



Digesto de jurisprudencia
latinoamericana sobre los
**derechos de los
pueblos indígenas**
a la participación, la consulta previa
y la propiedad comunitaria

Autoras

María Clara Galvis Patiño

Ángela María Ramírez Rincón

DPLf

Digesto de jurisprudencia
latinoamericana sobre los
**derechos de los
pueblos indígenas**
a la participación, la consulta previa
y la propiedad comunitaria

Autoras

María Clara Galvis Patiño

Ángela María Ramírez Rincón

Colaboradores y colaboradoras

Felipe Franco Gutiérrez

Mateo Gómez Vásquez

Mónica Hernández Jiménez

Carolina Restrepo Herrera

Jonathan Riveros Tarazona

Andrés Sarmiento Lamus

Valeria Silva Fonseca

Giovanni Vega Barbosa



1779 Massachusetts Ave. NW, Suite 710
Washington, D.C. 20036
T: 202-462-7701 | F: 202-462-7703
info@dplf.org | www.dplf.org

Esta publicación ha sido posible gracias al aporte de:



2013 Fundación para el Debido Proceso
Todos los derechos reservados
Impreso en los Estados Unidos de América
Publicado por la Fundación para el Debido Proceso
Washington D.C., 20036
www.dplf.org

ISBN: 978-0-9827557

Las opiniones expresadas en esta publicación pertenecen exclusivamente a sus autoras y no reflejan necesariamente las opiniones de MISEREOR, NED u OSI.

Diseño gráfico: ULTRAdesigns, Inc.

Contenido

Agradecimientos	vii
Prólogo	ix
Introducción	xi
Relación de sentencias	1
Epílogo	255

Capítulo I

Los miembros de las comunidades indígenas merecen especial protección	43
--	----

Capítulo II

Derecho a la participación	49
A. Aspectos generales	54
B. Formas de participación	60
1. Circunscripción especial indígena como forma de participación	63
2. Consulta previa como forma de participación	65
3. Participación como manifestación del derecho a la libre determinación	68

Capítulo III

Derecho a la consulta previa	71
A. Naturaleza del proceso de consulta previa	76
B. La consulta previa como derecho fundamental	84
C. Objetivos de la consulta previa	89
D. Ámbito de aplicación de la consulta previa	92
E. Los requisitos de los procesos de consulta previa	108
1. El proceso de consulta debe ser previo	115
2. El proceso de consulta debe ser libre	120
3. El proceso de consulta debe ser informado	121
4. El proceso de consulta debe realizarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo	127
5. El proceso de consulta debe ser culturalmente adecuado, accesible y realizarse de conformidad con las costumbres y tradiciones de la comunidad	139
F. Etapas de los procesos de consulta previa	142
G. Representación de las comunidades indígenas en los procesos de consulta previa	145

H.	La consulta previa como medio para preservar la identidad e integridad cultural	150
I.	La consulta previa como medio para evitar el desplazamiento forzado	156
J.	La consulta previa a la adopción de medidas legislativas (consulta legislativa)	157
	1. Consulta previa a la presentación de proyectos de ley cuando estos no son de iniciativa gubernamental	171
	2. Consulta previa de leyes aprobatorias de tratados internacionales	173
K.	La consulta previa a la adopción de medidas administrativas	176
L.	La consulta previa a la explotación de recursos naturales	177
M.	Los procesos preconsultivos	185
N.	Consecuencias de la falta de consulta y de la consulta inadecuada	190
	1. En caso de medidas legislativas	191
	2. En caso de medidas administrativas	203
O.	Derecho al consentimiento	207
	1. Aspectos generales	212
	2. Consentimiento y veto	212
	3. Proyectos a gran escala	217

Capítulo IV

Derecho a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales	221
A. Características de la propiedad comunal de los pueblos indígenas	227
B. La propiedad colectiva como elemento indispensable para garantizar la supervivencia de los pueblos indígenas	230
C. La relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios	232
D. Delimitación y titulación del territorio	236
E. Restitución de tierras y otras formas de reparación	241
F. Los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales: el derecho a participar de los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales en sus territorios	245

Agradecimientos

El proyecto para la realización de este digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de los pueblos indígenas a la participación, a la consulta y a la propiedad comunitaria fue diseñado por Katya Salazar, Directora Ejecutiva de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), en coordinación con el equipo de la Fundación. El proyecto fue coordinado y supervisado integralmente por Katya Salazar.

Las autoras de este digesto son María Clara Galvis Patiño, asesora jurídica sénior de DPLF, y Ángela María Ramírez Rincón, consultora de DPLF para este proyecto. Para la elaboración del digesto, ellas estuvieron a cargo de la recopilación, sistematización y análisis de la jurisprudencia y de la redacción de los comentarios explicativos que preceden a los extractos jurisprudenciales. María Clara Galvis, con el valioso apoyo de Valeria Silva Fonseca, estuvo a cargo de la revisión y edición final del documento.

La elaboración del digesto fue posible gracias al equipo de investigación integrado por: Felipe Franco Gutiérrez, Mateo Gómez Vásquez, Mónica Hernández Jiménez, Carolina Restrepo Herrera, Jonathan Riveros Tarazona, Andrés Sarmiento Lamus y Giovanni Vega Barbosa, jóvenes abogados y abogadas de Colombia, quienes se encargaron de la lectura inicial y selección preliminar de las sentencias, así como de la elaboración de fichas de jurisprudencia con la selección de los párrafos relevantes de cada una de las sentencias, según el índice temático. En la revisión final de la relación de sentencias incluidas en este digesto, colaboraron especialmente Carolina Restrepo, Valeria Silva y Angélica Zamora, abogadas colombianas, y Juan Carlos Ruiz, abogado peruano.

Abogados y abogadas litigantes, académicos y académicas, jueces y juezas, expertos y expertas de los distintos países incluidos en este digesto colaboraron con la Fundación para el Debido Proceso en la identificación y recopilación de las sentencias.

La estructura general de este digesto está inspirada en aquella empleada para el *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, elaborado por Ximena Medellín Urquiaga, como investigadora principal del Centro de Derechos Civiles y Humanos de la Universidad de Notre Dame, bajo la coordinación de María Clara Galvis y Katya Salazar, asesora jurídica sénior y directora ejecutiva, respectivamente, de la Fundación para el Debido Proceso.



Prólogo

En los últimos años la región latinoamericana ha sido el escenario de trascendentales avances, legislativos y jurisprudenciales, relativos al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas de América Latina han figurado entre los principales actores del movimiento indígena internacional que en las últimas décadas ha logrado que la comunidad internacional se preocupara de la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Y ello a pesar de la larga historia de colonización, opresión y discriminación que han enfrentado, y cuyas secuelas aún no logran superarse.

Los esfuerzos emprendidos por los representantes de los distintos pueblos y organizaciones indígenas de la región también tuvieron como resultado importantes reformas constitucionales y legislativas a nivel nacional que reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas a sus tierras, culturas, formas de organización social y política, entre otros. Asimismo, la movilización y cabildeo político realizado por los pueblos indígenas también influyó en el hecho de que gran parte de los Estados latinoamericanos hayan ratificado el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales de 1989, el principal tratado internacional sobre esta materia. Tampoco puede dejarse pasar por alto el importante papel que jugó el movimiento indígena internacional en el largo proceso de elaboración y negociación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General en 2007, con el voto favorable de la gran mayoría de los países de América Latina. Finalmente, diversos casos llevados por comunidades y pueblos indígenas ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, indudablemente han contribuido a marcar hitos jurisprudenciales a nivel mundial en relación con los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios, recursos naturales, a la consulta previa, a la integridad cultural, a la participación política y al acceso a la justicia.

Estos importantes avances a nivel de la OIT, las Naciones Unidas y el sistema interamericano de Derechos Humanos han marcado su influencia en la jurisprudencia de varios países de la región latinoamericana, tal como puede apreciarse en el presente *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, compilado por la Fundación para el Debido Proceso.

Los tribunales latinoamericanos referidos en esta publicación han utilizado como criterios orientadores los instrumentos internacionales en materia de pueblos indígenas, en particular, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos en casos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas. Por ende, es posible ver la incorporación y aplicación, en distinta medida a lo largo de la región, de una normativa común en relación con los derechos territoriales de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta previa, y a la participación política de los pueblos indígenas. Ello contribuye a un entendimiento común de los derechos de los pueblos indígenas en los países latinoamericanos, lo que a la vez pudiera servir de ejemplo para tribunales en otras regiones y continentes.

Sin embargo, también puede observarse que dentro de la jurisprudencia latinoamericana aún existen vacíos y divergencias en la interpretación de las normas internacionales mencionadas, particularmente en lo que respecta al alcance y contenido de la consulta previa con los pueblos indígenas y el principio conexo del consentimiento libre, previo e informado. Esto podría considerarse como un reflejo de los debates que se han dado en la región sobre estos temas, en donde pueden percibirse diversos intereses en juego y visiones encontradas entre gobiernos, pueblos indígenas, empresas privadas y otros actores, sobre el contenido de estos derechos. Los desafíos que surgen debido a los vacíos y divergencias en la interpretación de las normas sobre los derechos de los pueblos indígenas también se han presentado en el ámbito internacional. Al implementar mi mandato como Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, en mis intercambios de información con gobiernos, pueblos indígenas y otros actores, por ejemplo, he percibido diversas perspectivas sobre los estándares internacionales relativos a los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de actividades extractivas que les afectan.

En todo caso, la interpretación y aplicación de los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, tal como se refleja en la jurisprudencia recopilada en el presente trabajo, representa un paso inicial significativo hacia la realización de estos derechos a nivel interno de los Estados. Junto con el continuo desarrollo de normativa, políticas públicas y jurisprudencia en materia indígena, también resulta indispensable la divulgación de información e intercambio de jurisprudencia comparada en relación con los derechos de los pueblos indígenas entre los países latinoamericanos. Esta publicación de la Fundación para el Debido Proceso es un importante aporte para hacer accesibles las experiencias jurisprudenciales de la región, en relación con este tema. Es mi esperanza que mediante este tipo de iniciativa se pueda lograr un mayor intercambio de ideas y experiencias entre juristas, magistrados, funcionarios de gobierno, académicos y miembros de pueblos indígenas de los distintos países latinoamericanos sobre la promoción y fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

James Anaya

Relator Especial de las Naciones Unidas
sobre los derechos de los pueblos indígenas

Introducción

La rama del derecho internacional de los derechos humanos conocida como derecho internacional de los pueblos indígenas es relativamente de reciente surgimiento. Si bien el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue adoptado en la segunda mitad del siglo XX, no es sino hasta el siglo XXI, concretamente en el año 2001, que a nivel universal se establece la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas; y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también en el 2001, adopta su primera decisión relacionada con los derechos de los pueblos indígenas, en el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni contra Nicaragua.

No obstante lo anterior, en poco tiempo se ha producido un importante cuerpo de decisiones que protegen los derechos de los pueblos indígenas, en particular a nivel de la jurisprudencia interamericana y de los pronunciamientos del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Este *corpus iuris* internacional de los pueblos indígenas influye cada vez más en las decisiones de los jueces nacionales, que han incorporado en los ordenamientos jurídicos internos las normas y la jurisprudencia internacionales, y en no pocas ocasiones han ido más allá de los estándares internacionales en la materia, para orientar el diseño de políticas públicas o incidir, no siempre con éxito, en el cambio de prácticas gubernamentales que desconocen los derechos de los pueblos indígenas. A su vez, la jurisprudencia de los tribunales nacionales alimenta y nutre frecuentemente las decisiones de las instancias internacionales universales y regionales.

A pesar de los importantes avances que se han logrado en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas tanto a nivel internacional como interno, la cantidad e intensidad de los conflictos sociales relacionados con ellos ha aumentado considerablemente, a tal punto que ha puesto en peligro la gobernabilidad democrática y la estabilidad política y económica en varios países de América Latina. Si bien la causa de estos conflictos varía, una parte significativa de ellos está asociada con los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la delimitación y titulación de las tierras y territorios indígenas, así como con los procesos de participación y consulta previa.

A la situación descrita se suma la falta de información de actores importantes, como activistas, litigantes y autoridades estatales, tanto del nivel central como del local y tanto del poder ejecutivo como del legislativo y el judicial, sobre los marcos jurídicos internacionales y la jurisprudencia internacional y comparada sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Consciente de esta realidad y con el fin de llenar este vacío, la Fundación para el Debido Proceso, con el apoyo financiero de MISEREOR, la Fundación Nacional para la Democracia (NED), y el **Instituto Sociedad Abierta (OSI)** decidió emprender este proyecto, que pone a disposición de quienes tengan interés una compilación de jurisprudencia relevante sobre los

derechos de los pueblos indígenas a la participación y a la consulta previa, y a la propiedad sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales.

La compilación está ordenada por temas y **reproduce extractos de decisiones judiciales de cortes y tribunales constitucionales y de cortes supremas de nueve países de América Latina**: Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Panamá y Perú. Asimismo, al comienzo de cada capítulo y bajo algunos títulos y subtítulos seleccionados, el digesto incluye unos **comentarios introductorios**, en los que se analizan o explican las decisiones judiciales que se incluyen en cada aparte o se comentan los argumentos o tesis jurídicas de una decisión en particular, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y los desarrollos específicos de las normas, la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas.

De esta manera, el digesto busca, en primer lugar, ser una herramienta práctica que pueda ser utilizada por litigantes, jueces y juezas y otros usuarios y operadores de los sistemas de justicia nacionales, para el planteamiento y resolución de casos relacionados con la protección de los mencionados derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, busca ser una base para el desarrollo de estudios académicos, cursos, talleres o seminarios de capacitación sobre estos temas. También pretende promover, tanto nacional como internacionalmente, la difusión y el conocimiento de los criterios jurisprudenciales desarrollados por cortes nacionales latinoamericanas referentes a los derechos de los pueblos indígenas. Finalmente, el digesto propicia un diálogo entre el derecho latinoamericano y el derecho internacional de los pueblos indígenas, en particular, la jurisprudencia interamericana, los pronunciamientos del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y las decisiones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

La selección de temas y países

El estudio se enfocó en las decisiones judiciales de cortes y tribunales nacionales latinoamericanos, relacionadas con los derechos a la tierra, el territorio y los recursos naturales, y a la participación y la consulta previa de los pueblos indígenas. Si bien los derechos de los pueblos indígenas no se agotan en los que acabamos de mencionar, ellos sí son los derechos involucrados con mayor frecuencia en las decisiones estatales relativas a proyectos de extracción de recursos naturales y de construcción de obras de infraestructura.

La investigación y selección de las sentencias se inició teniendo como marco los temas de las sentencias relacionados con los temas y problemáticas indicadas. Sin embargo, durante la sistematización se mantuvo siempre un criterio flexible, a fin de hacer lugar a otros temas que pudieran surgir de las mismas sentencias. Lo anterior, porque desde el inicio de la investigación fue evidente que cada una de las decisiones abordaba muchos temas relevantes para el objetivo del estudio, los cuales se relacionaban directamente con aquéllos elegidos al inicio del proyecto. Como consecuencia de lo anterior, la determinación definitiva de los temas incluidos en este digesto es el resultado de la lectura de la jurisprudencia seleccionada, lo que nos permitió identificar tanto los temas que más se repetían en la jurisprudencia de los dife-

rentes países incluidos en el proyecto como aquellos que consideramos más relevantes para la presente investigación.

Luego de la lectura y análisis de las sentencias, los temas incluidos en el digesto se refieren a: i) los miembros de las comunidades indígenas como sujetos que merecen especial protección, ii) el derecho a la participación y las diferentes formas de participación, iii) la naturaleza, objetivos, requisitos y ámbito de aplicación de la consulta previa, iv) las etapas de los procesos de consulta previa, v) la representación de las comunidades indígenas en los procesos de consulta previa, vi) la consulta previa a la adopción tanto de medidas legislativas como administrativas y a la explotación de recursos naturales, vii) las consecuencias de la falta de consulta o de la consulta inadecuada, viii) el consentimiento y el veto, ix) las características de la propiedad comunal de los pueblos indígenas, x) la especial relación de los pueblos indígenas con su territorio, xi) la dimensión colectiva de la propiedad comunal de los pueblos indígenas como un elemento indispensable para asegurar su supervivencia, xii) la delimitación y la titulación del territorio indígena, xiii) la restitución de tierras y otras formas de reparación y xiv) los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales.

Los países cuya jurisprudencia ha sido compilada y analizada en este digesto fueron seleccionados teniendo en cuenta tres criterios: i) el reciente desarrollo jurisprudencial que ha tenido lugar en materia de derechos de los pueblos indígenas en algunos de los países seleccionados, ii) la tradición jurídica de sus cortes y iii) la influencia de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el desarrollo de la jurisprudencia local.

La identificación y recopilación de las decisiones judiciales

Con base en los temas identificados como prioritarios, el siguiente paso de la metodología de investigación consistió en determinar algunos criterios para la selección de sentencias de las cortes y tribunales latinoamericanos. Con base en estos criterios, las sentencias incluidas en este digesto se pueden agrupar en las siguientes categorías:

- Sentencias derivadas de demandas de inconstitucionalidad contra leyes respecto de las cuales se alegaba que vulneraban derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas o de otros ciudadanos;
- Sentencias derivadas de procesos de revisión constitucional, bien sea de tratados internacionales o de proyectos de leyes, que se relacionan directamente con los derechos de los pueblos indígenas;
- Sentencias derivadas de la interposición de recursos de apelación, de casación, de acciones contencioso-administrativas de nulidad, así como de acciones de amparo o de tutela.

No existe, a la fecha, una base de datos de carácter público que reúna la totalidad o al menos un número sustancial de decisiones latinoamericanas relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas. Como consecuencia de esto, la identificación y recopilación de decisiones requirió un prolongado proceso de búsqueda realizado i) en las distintas bases de datos temáticas disponibles, ii) mediante consultas con litigantes y expertos de los distintos países, iii) por medio de consultas con algunas autoridades gubernamentales y judiciales, iv) mediante el uso de los sistemas de in-

formación pública de los poderes judiciales de cada uno de los países objeto de investigación y v) mediante el seguimiento de las páginas web de universidades, centros de estudio y organizaciones no gubernamentales que trabajan en temas de derechos humanos o de ambiente.

Un criterio fundamental para la recopilación de sentencias fue la posibilidad de poder acceder al texto completo de las mismas; la sentencia debía provenir de una fuente de absoluta credibilidad, para garantizar que se estaba trabajando con el texto íntegro y fidedigno (aun si era transcripción del original). Teniendo estos criterios en cuenta, fueron descartadas varias fuentes que únicamente se referían a resúmenes, síntesis, extractos o que simplemente no permitían verificar la autenticidad e integridad del texto.

Entre las fuentes utilizadas para la recopilación de datos se destacan, como ya hemos mencionado, las propias páginas de internet de los poderes judiciales, particularmente en Bolivia, Colombia, Perú y Nicaragua. Adicionalmente, como ha sido indicado al inicio de esta sección, se realizaron consultas con litigantes, expertos o personas que de alguna forma están involucradas en el estudio de la jurisprudencia sobre derechos de los pueblos indígenas en los distintos países, a fin de solicitar su ayuda en la obtención del texto íntegro y original de las sentencias más relevantes o verificar la pertinencia de las listas preliminares de decisiones respecto de cada país.

Entre las personas consultadas, agradecemos particularmente a: Silvina Ramírez (Argentina), Alejandro Vera (Chile), Udiel Miranda (Guatemala), Félix Wing (Panamá) y Juan Carlos Ruiz (Perú).

Por último, como otra fuente de referencia para identificar o verificar la relevancia de las decisiones obtenidas, se consultaron algunas obras bibliográficas sobre jurisprudencia nacional que pudieran resultar importantes para el tema. Entre dichas obras se destacan: i) “Aplicación del Convenio 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina” del Programa para Promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), ii) “Compilación de Legislación sobre Asuntos Indígenas” del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), iii) “La Consulta Previa a Grupos Étnicos en Colombia: Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio” del Ministerio del Interior y de Justicia y iv) “El derecho fundamental a la consulta previa: línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia” de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado (CODHES) y el Fondo para la Sociedad Civil Colombiana por la Paz, los Derechos Humanos y la Democracia (FOS-Colombia), con la autoría de Olga Lucía Gaitán García.

La selección de las decisiones judiciales incluidas en el digesto

En el proceso de identificación y recopilación de sentencias se logró conseguir el texto íntegro de un número de decisiones que rebasó las expectativas iniciales del proyecto. Esto fue, en sí mismo, el primer resultado positivo de éste digesto: comprobar el avance jurisprudencial de los tribunales nacionales de América Latina en los últimos diez años.

Como consecuencia de lo anterior, se establecieron criterios básicos para la selección de decisiones a sistematizar, dentro del universo de aquellas disponibles. En primer lugar, se buscó hacer

una **muestra representativa de los argumentos jurídicos desarrollados por los tribunales de todos o de la mayoría de países**. Esto significó, metodológicamente, que se limitó el número de decisiones a incluir respecto de ciertos países en donde la producción jurisprudencial es más abundante, como es el caso de Colombia o Perú, o el acceso a las sentencias es más sencillo, para incluir decisiones de países con menor producción judicial o con menor acceso a las sentencias de sus cortes. Asimismo, conforme se avanzó en la sistematización, se dio prioridad a las decisiones que contenían temas aún no incluidos o no suficientemente desarrollados en el digesto.

Otro criterio fue el **carácter definitivo de la decisión**. En este sentido, se incluyeron únicamente las decisiones de cortes supremas o de tribunales constitucionales que, normalmente, son la última instancia en la determinación de un asunto a nivel nacional. De esta forma, se garantiza que la línea de interpretación plasmada en los párrafos incluidos en el cuerpo del digesto no haya sido revertida o revocada (en el mismo proceso) por una instancia superior.

La metodología para analizar las sentencias incluidas en el digesto

Una vez seleccionadas las decisiones judiciales que habrían de integrar el digesto, las autoras, junto con quienes integraron el equipo de investigación, acordaron la metodología que debía emplearse para el análisis de las sentencias y la selección de los párrafos para incluir en el digesto. Optamos por seleccionar tanto los párrafos que contienen la *ratio o holding* de la sentencia como aquellos que contienen *obiter dicta*¹. Lo anterior, teniendo en cuenta que las cortes y tribunales latinoamericanos con bastante frecuencia suelen incluir como *obiter dicta* consideraciones o reflexiones que tienen importancia simbólica o pedagógica, entre otras razones, porque sistematizan estándares, afirman su importancia, explican la manera de aplicarlos al contexto propio del país o se refieren al origen y evolución histórica de instituciones jurídicas relevantes. Los *obiter dicta* también tienen valor en la medida en que contienen razonamientos que pueden servir de base para nuevos desarrollos jurisprudenciales. Teniendo en cuenta los objetivos de este digesto, estimamos que este tipo de comentarios y razonamientos contenidos en las decisiones judiciales seleccionadas podrían ser de utilidad interpretativa o argumentativa en casos posteriores, para operadores judiciales o litigantes, tanto del país del que proviene la sentencia como de otros países.

Los comentarios introductorios

Para una mejor comprensión de la jurisprudencia presentada en el digesto, decidimos incluir una introducción a cada uno de los capítulos, con comentarios o explicaciones de los extractos jurisprudenciales de algunos de las secciones o temas incluidos en ese capítulo. Si bien la finalidad última de este digesto es presentar la “voz” directa de los órganos judiciales nacionales, consideramos oportuno e importante comentar la jurisprudencia a la luz del derecho internacional

¹ En la metodología de análisis de sentencias, la *ratio decidendi o holding* es la regla de derecho elaborada por el tribunal, que sirve de fundamento jurídico necesario para resolver el caso sometido a su conocimiento, y los *obiter dicta* –conocidos también como “dichos de paso”– aluden a las afirmaciones y razonamientos de la autoridad judicial, contenidos en la parte motiva de la decisión, pero que no son indispensables para resolver el caso concreto bajo estudio.

de los derechos de los pueblos indígenas, con el objetivo de facilitar su comprensión y análisis, en relación con la normativa y la jurisprudencia internacionales.

Los comentarios y explicaciones son una referencia general para aquellos lectores que no estén familiarizados con el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente con la protección que se ha dado a nivel internacional a los derechos de los pueblos indígenas. Es importante precisar, sin embargo, que los comentarios y explicaciones no buscan ser un estudio exhaustivo o detallado de cada uno de los temas en que se incluyen; tampoco pretenden analizar en detalle la jurisprudencia presentada.

Por último, es pertinente señalar que si bien se incluyeron introducciones o comentarios en cada uno de los capítulos, ello no ha sido así respecto de cada uno de los títulos y subtítulos bajo los cuales se sistematiza la jurisprudencia en cada capítulo. Con respecto a los títulos y subtítulos, únicamente se incorporaron comentarios cuando, según el criterio de las responsables de esta obra, ellos eran necesarios para la mejor comprensión de la jurisprudencia seleccionada.

El manejo de la jurisprudencia seleccionada

Con el objetivo de facilitar la lectura de las sentencias, se ha asignado a cada decisión judicial un nombre de referencia, el cual se utiliza a lo largo de este digesto. Así, antes de presentar los párrafos seleccionados para cada uno de los temas y subtemas, se menciona el nombre del país y la referencia de la sentencia, seguida por dos puntos, que indican que el texto a continuación es una transcripción textual de la sentencia referida. Además, y para facilitar su identificación, los párrafos seleccionados tienen una sangría o margen diferente a la utilizada para los comentarios introductorios.

Con el fin de preservar al máximo la integridad de los párrafos seleccionados y mantener la fidelidad con los textos originales, optamos por no modificar ni homogeneizar los términos o expresiones incluidos en los fallos. Los lectores podrán entonces encontrar a lo largo del digesto inconsistencias y diferencias en la ortografía de nombres propios, ciudades o localidades, entre otros; ellas reflejan los criterios y estilos de cada una de las cortes o tribunales. Asimismo, hemos respetado la forma en que los tribunales y cortes locales se refieren a tratados, instrumentos u órganos internacionales. Respecto de determinados errores ortográficos o gramaticales contenidos en los textos originales, que desconocen las reglas precisas del idioma, se ha utilizado el término “*sic*”, para hacer notar que la frase o palabra aparece así en el texto original. Asimismo, fueron mantenidas las cursivas, negrillas, subrayados y cualquier otro tipo de énfasis que aparecía en el texto original de las sentencias. En aquellos casos en que las autoras consideramos pertinente resaltar partes de la decisión, optamos por las subrayas y las negritas. En estos casos, al final del párrafo aparecerá un texto que indica que el énfasis fue añadido por DPLF.

En relación con las notas de pie de página, hemos mantenido aquéllas incluidas en la versión original de la decisión judicial. En algunas ocasiones hemos añadido “notas de edición”, con el objetivo de proporcionar la definición de algún término particular y, de esta manera, aclarar

el sentido del párrafo en su conjunto, o con el fin de explicar el significado de expresiones de uso cotidiano o generalizado en un país, pero que carecen de sentido en otros contextos.

Con el fin de conservar la armonía a lo largo del digesto, los textos originales de las sentencias se modificaron únicamente en lo que tiene que ver con i) la numeración de los párrafos al interior de ellas (de manera que siempre se incluye un punto al final del número del párrafo), ii) el orden de referencia en las citas (el orden usado es: comillas, número de la nota de pie de página y luego el punto) y iii) los espacios entre palabras (un solo espacio).

La Fundación para el Debido Proceso pretende con este digesto contribuir a la difusión de los desarrollos jurisprudenciales latinoamericanos sobre los derechos de los pueblos indígenas y, de esta manera, al empoderamiento de estos pueblos para la mejor defensa de sus derechos, mediante el uso de los mecanismos judiciales de los sistemas jurídicos de sus países.

María Clara Galvis Patiño
Asesora jurídica sénior
DPLF

Ángela María Ramírez Rincón
Consultora
DPLF



Relación de sentencias

En este digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales a la participación, a la consulta previa y a la propiedad comunitaria se han sistematizado un total de 50 decisiones judiciales, emitidas por diferentes cortes y tribunales de nueve países de América Latina: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Panamá y Perú.

A continuación se presenta la relación de fallos, organizados por país, en orden alfabético, y dentro de cada país, ordenados de manera cronológica. A cada sentencia se le ha asignado un número y un nombre de referencia, que contiene los datos que identifican la decisión: el nombre de la autoridad judicial, el nombre del caso (en lo posible) y la fecha de la decisión. El nombre de referencia se utiliza a lo largo de este digesto cada vez que se menciona el respectivo fallo, precedido del país.

Con el fin de proporcionar mayor información sobre cada una de las decisiones judiciales, a continuación del nombre de referencia se incluye un breve resumen de los **hechos** que fueron materia de la decisión judicial y de los **argumentos jurídicos** de las partes involucradas en el litigio del caso. Esto último, en la medida en que la sentencia lo permita, habida cuenta que, según la práctica judicial latinoamericana, las decisiones de los jueces no siempre dan cuenta del debate jurídico entre las partes y en ocasiones lo hacen de manera insuficiente para un lector ajeno al respectivo país. Adicionalmente, se menciona el **tipo de decisión** (acción de inconstitucionalidad, revisión constitucional de proyecto de ley, revisión de recurso de amparo constitucional², recurso de casación, acción contencioso-administrativa de nulidad, entre otros). Respecto de aquellas decisiones relativas a la constitucionalidad de leyes, el resumen incluye la referencia a la norma demandada y a las razones de los demandantes para cuestionar su constitucionalidad. En relación con las sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia, en los casos de control automático de constitucionalidad de proyectos de leyes estatutarias o de tratados internacionales, tan solo se hace referencia al nombre del proyecto o del tratado. Finalmente, el resumen incluye el **sentido en que la autoridad judicial resolvió el caso** y una breve mención de las razones que sustentan la decisión.

En el caso de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia, se incluye como parte de la referencia el nombre de la magistrada o magistrado ponente, precedido de las letras M.P. Lo anterior, por cuanto este tribunal indica, en el texto de sus sentencias (al inicio),

² El recurso de amparo recibe distintos nombres según el país. En Bolivia, Guatemala, Nicaragua y Perú –incluidos en este digesto– se conoce como recurso o acción de amparo; en Colombia se denomina acción de tutela; en Chile, recurso de protección de garantías constitucionales. Dado que en el presente digesto se incorporan decisiones tomadas por el Tribunal Constitucional de Perú al resolver recursos de agravio constitucional, conviene aclarar que en este país, cuando se declara infundada o improcedente una demanda de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* o cumplimiento, procede el recurso de agravio constitucional.

el nombre del magistrado o magistrada que estuvo a cargo de la ponencia y de la elaboración del fallo. Además, porque esta es la forma de citación que generalmente usa la propia Corte Constitucional al citar sus decisiones.

A. ARGENTINA

1. Sentencia “Consejo QUOMPI - LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco”, Cámara Contencioso Administrativa - Chaco, 21 de abril de 2006

Sentencia emitida por la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Provincia del Chaco, en la acción de amparo promovida por el Consejo Qompi –Lqataxac Nam Qompi– contra la Provincia del Chaco, con el objeto de solicitar: i) que se habilite un registro de comunidades y organizaciones indígenas en la Provincia del Chaco con efecto declarativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Constitución Provincial, el Convenio 169 de la OIT y el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, ii) que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 4804, que crea el Registro de Comunidades y Organizaciones Indígenas, por haberse expedido de forma inconulta y sin la participación libre e informada de las organizaciones y comunidades indígenas y iii) que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 5 y 6 de la Ley N° 3258 (anterior a la reforma constitucional de 1994), porque desvirtúan las instituciones indígenas y lesionan los derechos reconocidos expresamente por la Constitución del Chaco y el artículo 5 del Convenio 169 de la OIT.

La acción de amparo se originó debido a la negación de la personería jurídica a la comunidad Lqataxac Nam Qompi, que afectó su capacidad jurídica de recibir recursos entregados a la comunidad a título de donación para la construcción de una escuela en su territorio. El Estado provincial alegó que la acción interpuesta por la comunidad era improcedente ya que se trataba de un asunto propio de la jurisdicción contencioso administrativa. En relación con las leyes acusadas de inconstitucionalidad, el Estado provincial alegó que después de la reforma constitucional de 1994 se habían realizado modificaciones legales pero que no se había logrado consenso entre las partes interesadas durante el proceso de consulta para su reglamentación. El Estado provincial también alegó que el reconocimiento jurídico era de carácter constitutivo y no declarativo, dado que las organizaciones debían cumplir con una serie de requisitos y adoptar formas jurídicas para su reconocimiento.

El juez concedió el amparo solicitado y ordenó la habilitación de un registro de comunidades y organizaciones indígenas con efecto declarativo, y la inscripción del Consejo Qompi en el mismo. El juez declaró inconstitucionales las normas aprobadas sin consulta previa, decretó la inaplicabilidad de las leyes dictadas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 por haber quedado tácitamente derogadas y decidió que la facultad estatal para el registro de agrupaciones indígenas es de tipo declarativo y no constitutivo, pues su personalidad jurídica es un hecho preexistente.

B. BOLIVIA

1. Sentencia Constitucional 0045/2006, 2 de junio de 2006

Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Estado con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Luis Eduardo Siles Pérez, diputado nacional, contra algunos artículos de la Ley de Hidrocarburos N° 3058 de 19 de mayo de 2005. Entre los artículos demandados están el 114, el 115 y el 116, los cuales establecen la consulta para las comunidades y pueblos campesinos, indígenas y originarios, en forma previa, obligatoria y oportuna, para el desarrollo de cualquier actividad hidrocarburífera. El demandante considera que dichas normas son inconstitucionales por consagrar que la consulta es de carácter obligatorio y que las decisiones emergentes del proceso deben ser respetadas.

El Tribunal Constitucional declaró ajustado a la Constitución el artículo 114, que establece la consulta previa, obligatoria y oportuna a las comunidades y pueblos indígenas, originarios y campesinos, con la finalidad de determinar si sus intereses pueden resultar perjudicados con el desarrollo de cualquier programa de explotación de los recursos existentes en sus tierras, en concordancia con los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT, norma que integra el bloque de constitucionalidad boliviano. El Tribunal declaró inconstitucionales algunas expresiones de los artículos 115 y 116 que establecían que la consulta tiene por objeto, además de la mencionada finalidad, “lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios” (artículo 115), y que instauraban un mecanismo de conciliación en caso de que la consulta, al concluir, tuviere un “resultado negativo” (artículo 116). Para el Tribunal Constitucional, dichas normas convertían, equivocadamente, la consulta en una especie de autorización previa al desarrollo de cualquier actividad extractiva y, de manera errónea, le otorgaban a los resultados de la consulta un carácter determinativo o definitivo, que no debe tener, especialmente en ordenamientos jurídicos donde los recursos del subsuelo son propiedad del Estado.

2. Sentencia Constitucional 2003/2010-R, 25 de octubre de 2010

Sentencia proferida por el Tribunal Constitucional del Estado, en el proceso de revisión de la decisión de 29 de febrero de 2008, emitida por la Jueza Técnica del Tribunal de Sentencia de la provincia O'Connor de la Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija, dentro del recurso de amparo constitucional presentado por Mirtha Natividad Arce Camacho, en representación de Miguel Ángel Rojas Zamora, Director Técnico del Servicio Departamental de Caminos (SEDECA) de Tarija, contra Never Barrientos, Presidente de la Asamblea del Pueblo Guaraní Itika Guasu. La accionante alega la vulneración de los derechos del director técnico a reunirse y asociarse con fines lícitos y al trabajo en condiciones que no perjudiquen el bien colectivo, derechos que se habrían visto afectados debido a que la Asamblea del Pueblo Guaraní Itika Guasu expresó mediante una nota su inconformidad con el convenio suscrito entre la compañía PETROSUR SRL y SEDECA de Tarija, dado que este no respetó el derecho a la consulta previa consagrado en la Ley 1257 de 11 de julio de 199 –que ratifica el Convenio 169 de la OIT– ni la Ley 3760 de 7 de noviembre de 2007 –que eleva a rango de ley la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas–. La accionante del recurso de amparo alega que al convenio suscrito no le es inherente la adopción de medidas legislativas ni administrativas susceptibles de afectar al pueblo Guaraní.

El Tribunal Constitucional revocó la resolución adoptada por la Jueza Técnica del Tribunal de Sentencia de la provincia O'Connor y negó el amparo invocado por los accionantes, por considerar que la nota enviada por la Asamblea del Pueblo Guaraní Itika Guasu, en la que explica su posición contra el convenio entre la compañía petrolera y el SEDECA de Tarija, no quebranta el derecho de asociación con fines lícitos ni el derecho al trabajo sino que es una manifestación legítima de defensa de los derechos constitucionales e internacionales de los pueblos indígenas. El Tribunal argumentó que el derecho a la consulta previa se extiende a la aprobación de cualquier proyecto que afecte las tierras, territorios y otros recursos de los pueblos indígenas, por lo que al pueblo Guaraní le asistía el derecho a ser consultado previamente sobre el objeto del convenio, que era la utilización de las instalaciones del campamento Cañadas ubicado en su territorio en la región Itika Guasu. El Tribunal Constitucional exhortó a los órganos del poder público y a las instituciones estatales al cumplimiento de las normas internacionales y constitucionales referidas a los derechos de los pueblos indígenas, especialmente las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe “Comunidades Cautivas: Situación del Pueblo Indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia” de 24 de diciembre de 2008.

3. Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), 19 de junio de 2012

Sentencia adoptada por el Tribunal Constitucional Plurinacional del Estado con motivo de la acción de inconstitucionalidad abstracta³ presentada por Miguel Ángel Ruíz Morales y Zonia Guardia Melgar, diputado y diputada de la Asamblea Legislativa Plurinacional, quienes solicitaron la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley 180 de 24 de octubre de 2011, por medio de la cual se declaró que el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore –TIPNIS– es patrimonio sociocultural y natural, zona de preservación ecológica, reproducción histórica y hábitat de los pueblos indígenas Chiman, Yuracaré y Mojeño-trinitario. Los demandantes alegan la vulneración de los artículos 7, 11.I y II, 13.I, 17, 18, 19, 20, 30, 35, 36.I, 37, 77.I y 82.I de la Constitución Política del Estado, de los artículos XI y XII de la Declaración Americana de Derechos Humanos, del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los artículos 3, 4 y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, por considerar que los derechos consagrados en estas normas son imposibles de proteger en un territorio declarado intangible ya que esta categoría implica la imposibilidad de desarrollar políticas, programas o proyectos de desarrollo, además de que restringe los planes de manejo propios de los pueblos indígenas que legítimamente habitan ese territorio. Alegan también la vulneración del derecho a la consulta previa, libre e informada de toda medida legislativa

³ Nota de edición: En Bolivia, según el artículo 103 de la Ley 027 de 6 de julio de 2010, la acción de inconstitucionalidad abstracta “procederá contra toda ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto o cualquier género de ordenanzas y resoluciones no judiciales de carácter normativo que puedan resultar contrarias a la Constitución Política del Estado”. Por su parte, la acción de inconstitucionalidad concreta, según el artículo 109 de esa misma ley, “procederá en los procesos judiciales o administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales aplicables a aquellos procesos. Esta Acción será promovida por el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte”.

o administrativa susceptible de afectarlos, reconocido en la Ley Fundamental y en las normas internacionales, dado que la Ley 180 no fue consultada con los pueblos indígenas habitantes del territorio, antes de su aprobación.

En esta sentencia el Tribunal también decidió sobre la acción de inconstitucionalidad abstracta presentada por Fabián II Yaksic Feraudy y Miriam Marcela Revollo Quiroga, diputado y diputada de la Asamblea Legislativa Plurinacional, quienes cuestionaron la constitucionalidad de los artículos 1, 3, 4 inc. a), 5, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 222 de 10 de febrero de 2012, por ser contrarios a los artículos 2, 13.I, 14.V, 30.II.15 y III, 108, 403, 410 parágrafo II de la Constitución, a los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y a los artículos 19 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El diputado y la diputada alegan que si bien es cierto que la Ley 222 tiene por objeto convocar a los pueblos del TIPNIS al proceso de consulta previa, libre e informada, esta norma fue aprobada cuatro años después de la decisión de permitir la construcción del tramo carretero, dos años después de iniciada la ejecución del contrato y después de haber realizado –desde el 2006– actos gubernamentales, administrativos y legislativos que vulneran el derecho a la consulta consagrado en el art. 30.II.15 de la Constitución Política. Por lo anterior, los demandantes concluyen que no existió un proceso de consulta previo a la ejecución del proyecto de construcción de la carretera.

El Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia y Presidente Nato de la Asamblea Legislativa Plurinacional manifestó que las leyes 180 y 222 se expidieron en observancia de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad sobre derechos de los pueblos indígenas. La Ley 180, que declara la intangibilidad del territorio TIPNIS y prohíbe de manera expresa la construcción de una carretera en dicha región, se promulgó tras varios días de trabajo con la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB) y la Sub Central TIPNIS, que habían llegado a la capital del país luego de una marcha desde sus regiones. El gobierno afirmó que el legislador no desconoció la declaratoria de intangibilidad, sino que sujetó sus efectos a la realización del proceso de consulta previa previsto en la Ley 222, precisamente con el fin de respetar los derechos de las comunidades indígenas mojeño-trinitarias, chimanés y yuracarés que habitan el TIPNIS y que se verían directamente afectadas con la aplicación de la Ley 180.

Sobre la vulneración del derecho a la libre determinación y a la territorialidad, alegada en la demanda de inconstitucionalidad, el Vicepresidente manifestó que esta acción no es la indicada para remediar la violación, pues lo que debe verificarse es si en efecto se realizó la consulta previa y no el simple cotejo abstracto de las normas con la Constitución. Afirmó que en el caso concreto, la construcción de la carretera no se iniciaría sino después de realizar la consulta previa, libre e informada, y solo si el resultado de la misma fuere favorable a la construcción.

El Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad abstracta contra la Ley 180 y se abstuvo de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica y el alcance de la intangibilidad del territorio al que se refiere la ley, porque estos aspectos deben definirse dentro del proceso de consulta. El Tribunal afirmó que en razón de la Ley 222, la Ley 180 no puede ser materializada de manera inmediata, y que sus efectos se encuentran supeditados a la realización y a los resultados de la consulta entre el Estado y los pueblos indígenas.

En relación con la solicitud de inconstitucionalidad de la Ley 222, el Tribunal declaró constitucional la convocatoria a consulta previa contenida en la primera parte del artículo 1 de esta ley. Así, para el Tribunal, la Ley 222 subsanó la omisión de no disponer la consulta a los pueblos indígenas afectados por la Ley 180 y afirmó que no corregir esta omisión implicaría que la lesión de los derechos de los pueblos indígenas no podría ser reparada bajo ninguna circunstancia, lo que llevaría al absurdo de mantener indefinidamente un estado de cosas inconstitucional que sería violatorio de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos.

Adicionalmente, el Tribunal declaró la constitucionalidad de los artículos 1, en su segunda parte, y los artículos 3, 4 inc. a), 6 y 9 de la Ley 222, condicionada a que se cumplan los requisitos de participación plena de los pueblos indígenas y demás exigencias de la consulta previa; por esta razón, exhortó al Legislativo y al Ejecutivo a elaborar un protocolo, en forma conjunta y acordada con los pueblos indígenas y con plena participación de sus instituciones. Por último, el Tribunal declaró improcedente la acción de inconstitucionalidad abstracta formulada respecto del artículo 8 de la Ley 222 debido a que su contenido había sido modificado por una ley posterior que amplió el plazo para la realización de la consulta.

C. CHILE

1. Sentencia Rol N° 2.840-08, Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009

Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia en el recurso de casación promovido por la compañía Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C contra los fallos de primera y segunda instancia emitidos a favor de la Comunidad Indígena Chusmiza Usmagama, en el proceso que impulsó esta comunidad para obtener la regularización de sus derechos de aprovechamiento de aguas reconocidos en la Ley N° 19.253 de 1993, que contiene normas para la protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas. De acuerdo con la compañía Agua Mineral Chusmiza, esta ley desconoce la existencia y la propiedad de los derechos constituidos por la empresa sobre las fuentes de agua en disputa. La compañía también argumentó que la comunidad indígena no acreditó la posesión e inscripción de su derecho de aprovechamiento sobre las aguas Socavón o Vertiente Chusmiza, ubicadas en un predio inscrito a nombre de la empresa.

La Corte Suprema negó el recurso de casación y rechazó los argumentos expuestos por la empresa Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. La Corte Suprema basó su fallo en el artículo 64 de la Ley N° 19.253 de 1993, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas a favor de las comunidades indígenas aimaras y atacameñas. Según la Corte, los miembros de la comunidad indígena aimara de Chusmiza-Usmagama, desde tiempos inmemoriales han usado ininterrumpidamente las aguas para su consumo humano, por lo cual su derecho es anterior a cualquier constitución por acto de autoridad realizado a favor de terceros, y por tanto, previo al origen de los derechos inscritos de la empresa demandante. La Corte consideró que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino tan solo la falta de formalización en el registro público. Agregó que precisamente la Ley N° 19.253 crea un sistema de regularización de aguas que permite su ulterior inscripción. Para la Corte, esta situación da lugar a una coexistencia de los derechos de ambas partes ya que los derechos de la comunidad indígena no pueden restringirse únicamente a las aguas que recorren sus

terrenos, sino que comprenden también los terrenos necesarios para garantizar el abastecimiento de agua de la comunidad. Por tanto, la protección de los derechos de la comunidad indígena se extiende a todas las aguas que recorren los territorios que desde tiempos precolombinos han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades.

2. Sentencia Rol N° 11.040-2011, Corte Suprema, 30 de marzo de 2012

Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en el recurso de protección de garantías constitucionales contra la Resolución Exenta N° 81/2011 de la Comisión de Evaluación de la I Región de Tarapacá, que calificó favorablemente el proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”.

Según el recurrente, Marcelo Condore Vilca, Consejero Territorial del Alto Tarapacá, quien actúa por sí y en representación de comuneros de la Quebrada de Tarapacá, dicha decisión es ilegal y arbitraria por cuanto el proyecto en cuestión debió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por medio de un estudio de impacto ambiental, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 19.300. Al desconocer este requisito y haber calificado el proyecto como favorable mediante una Declaración de Impacto Ambiental, se afectaron las garantías constitucionales contempladas en los numerales 2 y 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. El recurrente alega también que se omitió el deber de consultar previamente a los pueblo indígenas, contemplado en el Convenio N° 169 de la OIT.

La decisión administrativa de aprobación de los sondeos de prospección certifica que el proyecto evaluado cumple con todas las exigencias que impone la normativa aplicable. Asimismo, establece que el titular del proyecto asumió el compromiso voluntario de realizar la socialización mensual, durante la ejecución del proyecto, con la finalidad de informar a las comunidades involucradas de lo realizado, y procurar, especialmente, aclarar los alcances de la actividad de prospección.

La Corte consideró que era necesario un Estudio de Impacto Ambiental, que como tal debe comprender un procedimiento de participación ciudadana, el cual deberá ajustarse, además, a los términos del Convenio N° 169 de la OIT. La Corte decidió acoger el recurso de protección presentado y revocar la sentencia apelada de ocho de noviembre de 2012. Declaró que dejaba sin efecto la Resolución Exenta N° 81/2011 de 29 de agosto de 2011 de la Comisión de Evaluación I Región de Tarapacá, por lo que el proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta” deberá someterse a un Estudio de Impacto Ambiental.

3. Sentencia Rol N° 2211-2012, Corte Suprema, 26 de abril de 2012

Sentencia adoptada por la Corte Suprema de Justicia en el recurso de protección de garantías constitucionales contra la Comisión de Evaluación de la III Región de Atacama, con motivo de la expedición de la Resolución Exenta N° 049/2011 de 14 de marzo de 2011, por medio de la cual se calificó favorablemente el “Estudio de Impacto Ambiental Proyecto El Morro”. Este estudio identificaba las afectaciones y las acciones requeridas para mitigar el impacto sobre los derechos territoriales, las aguas, las costumbres y formas de vida de las comunidades ubicadas en el territorio donde se pretendía construir una planta de producción y de extracción de mine-

rales. El accionante, Sergio Fernando Campusano Villches, actuando por sí y en representación de la Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos, solicitó que se dejara sin efecto dicha resolución y se ordenara al Estado de Chile realizar un nuevo estudio de impacto ambiental que asegure a la comunidad agrícola Diaguita sus derechos territoriales, culturales y participativos establecidos en la Ley Indígena, el Convenio 169 de la OIT y la Ley 19.300.

La Comisión de Evaluación –coadyuvada por la sociedad Constructor y Minera El Morro– sostuvo que el recurso era inadmisibile debido a que el demandante no estaba facultado por la ley para interponer este tipo de acciones, que no corresponden a aquellas de carácter popular o colectivo. También afirmó que la sola resolución de calificación ambiental no produce los hechos denunciados ni vulnera ninguno de los derechos señalados y que la evaluación de impacto ambiental se realizó con observancia de las normas nacionales e internacionales. Además, señaló que la comunidad Diaguita no se encuentra reconocida como comunidad indígena y, por tanto, no es titular de los derechos y prerrogativas especiales que la ley reconoce a estas comunidades. Por último, alegó que el recurso de protección carece de idoneidad para interpretar normas ambientales internacionales y que, además, el accionante no refutó mediante ningún concepto técnico las evaluaciones ambientales que ataca, y que por medio de un recurso de protección no le corresponde a la Corte resolver cuestiones técnicas que ya resolvieron otros órganos especializados en la materia.

La Corte Suprema de Justicia acogió el recurso de protección y dejó sin efecto el Estudio de Impacto Ambiental mientras no se complemente y se corrija lo relacionado con los efectos, características y circunstancias relativas al reasentamiento de comunidades humanas, a la alteración significativa del sistema de vida o las costumbres de grupos humanos (Ley 19.300, artículo 11, letra c). De acuerdo con la Corte, si bien el recurso de protección no es idóneo para revertir decisiones de la autoridad administrativa relacionadas con la calificación de un estudio de impacto ambiental, este estudio se desarrolló sin observancia de la normatividad nacional, que mediante la Ley 19.253 reconocía a la comunidad Diaguita del Norte como un grupo indígena, y establecía el deber estatal de respetar, proteger y promover su desarrollo. El estudio también desconoció las normas internacionales que le reconocen a la comunidad el derecho a ser consultada de manera previa cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente.

D. COLOMBIA

1. Sentencia SU-039 de 1997, 3 de febrero de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

Sentencia adoptada por la Corte Constitucional en el proceso de revisión de la acción de tutela instaurada por el entonces Defensor del Pueblo, Jaime Córdoba Triviño, en representación de varias personas integrantes del grupo étnico indígena U'WA, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc. El Defensor del Pueblo interpuso acción de tutela contra el Ministerio del Medio Ambiente por haber otorgado licencia ambiental a la empresa Occidental de Colombia, para llevar a cabo actividades de exploración de hidrocarburos, sin haber consultado previamente a la comunidad indígena. El peticionario le solicitó al Ministerio del Medio Ambiente aplicar la resolución mediante la cual otorgó la licencia ambiental.

El ministerio le dio el valor de consulta previa a las reuniones entre algunos de los miembros de la comunidad U'WA y representantes de los ministerios de Minas y Energía y del Medio Ambiente y de las petroleras Ecopetrol (sociedad comercial vinculada al Estado) y Occidental de Colombia. Le empresa afirmó que las reuniones realizadas con la comunidad indígena le habían permitido concertar y acordar con ella sobre los temas relacionados con la exploración petrolera.

La Corte concedió la tutela solicitada de manera transitoria (mientras la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncia sobre la nulidad de la licencia ambiental) y protegió los derechos a la participación, a la integridad étnica, cultural, social y económica y al debido proceso de la comunidad U'wa. La Corte consideró que las reuniones realizadas no cumplieron con el requisito de consulta previa exigido por las normas nacionales e internacionales. Dado que la consulta debe ser previa, las acciones posteriores al otorgamiento de la licencia ambiental carecen de valor. La participación de la comunidad, mediante la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar su subsistencia como grupo social. En consecuencia, la Corte ordenó efectuar la consulta con la comunidad U'wa, en los 30 días siguientes a la notificación de la sentencia.

2. Sentencia C-169 de 2001, 14 de febrero de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

Sentencia emitida por la Corte Constitucional en el proceso de revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria 025/99 Senado y 217/99 Cámara, *“por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”*, referente a la circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior.

El Ministerio Público le solicitó a la Corte declarar exequibles las normas del proyecto de ley relativas a la protección de las comunidades indígenas y negras, en el marco de la participación política. Resaltó que en un Estado Social de Derecho es importante asegurar, en virtud del principio de igualdad, la participación de los grupos tradicionalmente marginados, así como darles la oportunidad de expresarse e incidir sobre los asuntos fundamentales del Estado.

La Corte declaró constitucionales las disposiciones del proyecto de ley referidas a la representación política de los grupos étnicos e indígenas con base en los principios de pluralidad, democracia participativa e igualdad material. El Tribunal observó que las normas de la Ley Estatutaria consagraban unos requisitos menos exigentes para avalar la representación política de las comunidades negras ante el Congreso de la República; sin embargo, concluyó que era razonable la diferencia entre las poblaciones indígenas y las negras, toda vez que si se hacía uso de los criterios de razonabilidad histórica, se observaba que el proceso organizativo de las comunidades negras, más allá del ámbito local o regional, se encontraba apenas en sus primeras fases, a diferencia de lo que ocurre con los indígenas, que ya cuentan con una sólida organización a nivel nacional y departamental. Es decir, la consagración de requisitos más flexibles constituye un reconocimiento de la realidad específica de los grupos negros, y por lo mismo, resulta acorde con la Constitución.

3. Sentencia C-418-02, 28 de mayo de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)

Sentencia emitida por la Corte Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso primero del artículo 122 de la Ley 685 de 2001, “*por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*”, por considerar que vulnera los artículos 1, 79 y 330 de la Constitución Política, así como los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT. Según el actor, la norma demandada vulnera el derecho que tienen las minorías étnicas para determinar, en concierto con la administración, las zonas dentro de sus territorios que deben tener la calificación de zonas mineras, comoquiera que dispone que el Ministerio de Minas y Energía, en calidad de autoridad minera, señalará y delimitará unilateralmente dichas áreas dentro del territorio indígena.

El Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio Público señalaron, en sus conceptos, que la norma demandada era constitucional, porque si bien no disponía de manera expresa que las autoridades debían tener en cuenta la participación de las comunidades indígenas de manera previa a la decisión de declarar una zona minera, el ordenamiento jurídico, entendido como una unidad, establece como un propósito cierto la realización armónica de los principios constitucionales, uno de los cuales es el de participación.

La Corte Constitucional abordó la temática refiriéndose i) al régimen legal de la participación y la especial protección de las comunidades indígenas respecto de la explotación de los recursos naturales yacientes en el suelo y subsuelo de los territorios indígenas y ii) al pluralismo propio de la concepción de Estado Social de Derecho y la especial protección de las comunidades indígenas en el marco de la Constitución Política. Con base en lo anterior, concluyó que el texto de la norma acusada y la parte supuestamente omitida no configuran, en sí mismos, una disposición que prohíba la consulta o que ignore la garantía constitucional prevista en favor de las comunidades indígenas. Sin embargo, debido a que la misma Constitución establece el deber de las autoridades estatales de garantizar la participación previa de las comunidades indígenas, es indispensable incorporar al contenido de la disposición acusada las previsiones de la Constitución Política relacionadas con el derecho fundamental a la consulta y preaver, de esta manera, contra un alcance restrictivo de la participación de las comunidades en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos en sus territorios. La Corte declaró constitucional la norma demandada adicionando a su interpretación que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del artículo 330 constitucional y al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

4. Sentencia C-891 de 2002, 22 de octubre de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería)

Sentencia proferida por la Corte Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3 (parcial), 5, 6, 11 (parcial), 35 (parcial), 37, 39, 48, 58, 59, 121 a 128, 261, 267 (parcial), 271 (parcial), 275 y 332 de la Ley 685 de 2001, “*por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*”. A juicio de la demandante, dichos artículos violan derechos protegidos por la Constitución Política colombiana. En particular, considera que se vulneró el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas, consagrado en el Convenio 169 de la OIT, en la medida en que el Congreso y el Gobierno ignoraron que los

pueblos indígenas debían ser consultados antes de expedir el mencionado código, que constituye una medida legislativa susceptible de afectarlos directamente.

El Ministerio Público, por su parte, solicitó a la Corte Constitucional declarar exequible las normas acusadas, teniendo en cuenta que el conjunto normativo atacado hacía parte de un código que debe interpretarse de manera armónica e integral. Advirtió que las normas cuestionadas no vulneraban ninguna disposición constitucional, en la medida en que no hacían otra cosa que recalcar el imperativo constitucional de tener especial consideración con los pueblos indígenas en relación con la explotación de los recursos naturales en los territorios en donde se asientan, a efectos de garantizar su integridad cultural, social y económica. Sin embargo, el Ministerio Público solicitó a la Corte aclarar que cada una de las disposiciones que no exigían expresamente realizar la consulta con las comunidades indígenas interesadas, debían entenderse sometidas a este requisito constitucional.

La Corte analizó si el Gobierno había realizado un proceso de participación idóneo con las comunidades indígenas, en relación con el Código de Minas, y encontró que el proceso de consulta había fracasado porque no se había llegado a ningún acuerdo, pero las entidades gubernamentales habían tomado las medidas necesarias para asegurar los espacios de participación. Para la Corte esta circunstancia demostraba que la obligación del Estado de garantizar la consulta previa a las comunidades interesadas se había cumplido; otra cosa es que no se hubiera concluido con un acuerdo. Al respecto, la Corte expresó que el derecho a la consulta de los indígenas no es absoluto, pues, si bien la Constitución ordena que se propicie la participación de las comunidades en los asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, de ninguna manera podía entenderse que debía necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito *sine qua non* para radicar el proyecto del ley. La Corte declaró constitucionales las normas demandadas.

5. Sentencia SU-383 de 2003, 13 de mayo de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)

Sentencia adoptada por la Corte Constitucional en el proceso de revisión de las decisiones tomadas por el Juez Quince Civil del Circuito de Bogotá y por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que negaron la tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC), contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Dirección Nacional de Estupefacientes y el Director de la Policía Nacional. La OPIAC solicitó la protección transitoria de sus derechos a la vida, a la existencia comunitaria, al medio ambiente sano, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso y a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, en razón de que estos estaban siendo vulnerados por las entidades estatales mencionadas, al ordenar y autorizar, sin consulta previa, la fumigación de cultivos ilícitos en sus territorios mediante aspersión indiscriminada de herbicidas. Afirmar que no se oponen a la erradicación de cultivos ilícitos en sí misma, sino al método utilizado.

Las entidades demandadas afirmaron que la acción de tutela no es el mecanismo pertinente para prohibir la aspersión aérea de herbicidas, en razón de que el ordenamiento constitucional prevé para ello la acción popular. La Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Nacional

afirmaron que el Convenio 169 de la OIT no le impone al Gobierno la obligación de consultar con las comunidades indígenas una política de Estado como la erradicación de cultivos ilícitos, porque dicho convenio exige la consulta solo cuando se trata de la explotación de recursos naturales. Agregaron que una política de esta naturaleza no debe consultarse pues en ella prima el interés de la colectividad afectada por el narcotráfico, por encima del interés particular de las comunidades indígenas. Señalaron también que las fumigaciones con el herbicida glifosato no representan un peligro irremediable para las comunidades, pues se trata de una sustancia de baja toxicidad, y que su suspensión, por el contrario, beneficiaría al narcotráfico.

La Corte concedió la tutela solicitada y protegió los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales. No concedió la protección transitoria de los derechos a la vida, a la salud y al medio ambiente sano, en razón de que para ello existe otra vía en el ordenamiento colombiano: las acciones populares. En consecuencia, ordenó a las entidades estatales demandadas consultar de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana las decisiones relacionadas con el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que dichas entidades llevan a cabo en sus territorios, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, con plena observancia de los principios y reglas contenidos en el Convenio 169 de la OIT. La Corte dispuso que el procedimiento de consulta debería realizarse en un plazo de tres meses y que dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la sentencia, las entidades deberían poner en conocimiento de las comunidades indígenas y tribales temas como el procedimiento y los términos para adelantar la consulta, el ámbito territorial de la misma y la determinación de los medios adecuados para llevar a cabo la erradicación de cultivos de manera que cualquiera que sea el método elegido este garantice efectivamente los derechos que la Corte ordenó proteger.

6. Sentencia C-620 de 2003, 29 de julio de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Sentencia emitida por la Corte Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo primero (parcial) de la Ley 773 de 2002, *“por la cual se dictan normas relativas a la administración, fabricación, transformación, explotación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas ubicadas en el municipio de Manaure, Guajira y Salinas de Zipaquirá y se dictan otras disposiciones”*, por desconocer los artículos 7, 13, 58, 113 y 136.1 de la Constitución Política. El accionante considera que la expresión *“en calidad de concesionaria”*, contenida en el artículo 1° de la Ley 773 de 2002, desconoce los mencionados artículos constitucionales, teniendo en cuenta i) que si se crea la empresa de economía mixta en calidad de concesionaria se estaría atentando contra el artículo 13 de la Carta Política, pues la minoría étnica allí asentada no podría contar con el derecho de prelación de explotación de sus recursos minerales, que sí tendrían las demás comunidades indígenas del país, ii) no se estaría protegiendo la diversidad étnica y cultural, al desconocerle a una minoría indígena los derechos ya adquiridos y iii) el Congreso le estaría quitando la posibilidad al ejecutivo de considerar la oportunidad y conveniencia de contratar una concesión de minas con cualquier empresa o sociedad.

El Ministerio Público solicitó a la Corte declarar la constitucionalidad de los artículos demandados, en razón de que el derecho de prelación que tienen las comunidades indígenas, al cual hace referencia el artículo 24 del Código de Minas, solo se hace efectivo ante la posibilidad

de suscribir un contrato de concesión minera, supuesto que no es el que contempla el artículo acusado, el cual debe entenderse referido a un convenio interadministrativo. Adicionalmente, la autorización dada al Gobierno para crear la sociedad a que alude el artículo 1° de ninguna manera implica una vulneración de la diversidad étnica y cultural de los Wayúu; por el contrario, pretende apoyar a dicha comunidad.

La Corte Constitucional declaró constitucionales las normas atacadas. Consideró que los antecedentes históricos y legislativos del artículo 1° de la Ley 773 de 2002 demostraban que antes de la expedición de la norma, la comunidad indígena Wayúu asentada en la zona de las Minas de Sal de Manaure había tenido la oportunidad de ejercer su derecho a la participación en la adopción de la medida legislativa. Esta participación, además, se dio a través de la asociación que jurídicamente representaba a la etnia, es decir, la Asociación Sumain Ichi. Además, advirtió el Tribunal que la norma demandada solo concedía una autorización para constituir la sociedad a la que se refería, por lo cual la comunidad indígena de Manaure seguía manteniendo la opción de hacer valer la prelación que tiene dicha etnia para la adjudicación del contrato de concesión para la explotación de los yacimientos y depósitos mineros ubicados en la zona minera indígena.

7. Sentencia C-180 de 2005, 1 de marzo de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

Sentencia proferida por la Corte Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 (parcial) y el parágrafo 1° del artículo 85 de la Ley 160 de 1994, *“Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”*. El demandante solicita la declaratoria de inexecutable de algunas expresiones de la ley por vulnerar el principio de igualdad contenido en el Preámbulo y en el artículo 13 constitucional, debido a que establecen un trato diferenciado no justificado entre los campesinos y las comunidades indígenas respecto de la adquisición de tierras. Mientras a los indígenas se les entregan los predios a título gratuito para la ejecución de los programas de constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de resguardos y dotación de tierras, a los campesinos se les conceden subsidios de hasta el 70% del valor de las unidades agrícolas familiares.

El Ministerio Público solicitó a la Corte Constitucional declarar la constitucionalidad de las normas cuestionadas. Consideró que dichas normas son acordes con la Constitución en la medida en que incentivan la tenencia de la tierra a favor de los pueblos indígenas. Además, la titulación de tierras en favor de los indígenas desarrolla armónicamente sus costumbres y preserva sus valores culturales. Según su parecer, dicha tenencia, posesión y propiedad se justifican razonablemente, tanto en las condiciones de desigualdad en que se encuentran las comunidades indígenas y las minorías étnicas como también en la defensa del patrimonio y la identidad cultural de la Nación.

La Corte Constitucional declaró constitucionales las normas demandadas. Diferenció las comunidades indígenas de las campesinas. Advirtió que las primeras tienen una protección constitucional especial, en la que está en juego un derecho fundamental, que se refiere a la adquisición de tierras de propiedad colectiva para la constitución, reestructuración, ampliación

o saneamiento de los resguardos. En el caso de los trabajadores agrícolas, cualquiera que sea su condición, la entrega de subsidios es un mecanismo para acceder al derecho a la propiedad privada, el cual solo excepcionalmente tiene el carácter de fundamental, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Señaló la Corte que no se trata de sujetos que se encuentran en circunstancias idénticas, como opinaba el actor, sino de sujetos que se encuentran en circunstancias en parte similares y en parte diferentes. Para la Corte, el valor del subsidio para el acceso a la tierra, dispuesto por la norma demandada, en el caso de las comunidades indígenas, es una medida necesaria, idónea y proporcional, puesto que las diferencias entre las comunidades indígenas y las campesinas tienen sustento en razones constitucionalmente legítimas como la diferencia entre los sujetos destinatarios, la diferente destinación de los predios adquiridos y la diferencia de principios y valores constitucionales en juego.

8. Sentencia C-208 de 2007, 21 de marzo de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Sentencia adoptada por la Corte Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley 1278 de 2002, *“Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”*, debido a que no reguló de manera especial lo relacionado con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos para los grupos étnicos, con lo cual sometió a dichos grupos a las normas previstas para el régimen general de carrera. Según el accionante, las normas demandadas violan: i) la obligación de proteger las riquezas culturales de la nación, en la medida en que someten a los maestros indígenas a concurso de méritos abierto y público, ii) la norma constitucional que establece que las lenguas y dialectos indígenas son oficiales en sus territorios, iii) el derecho a la igualdad, al eliminar la exoneración de los docentes indígenas del concurso de méritos, iv) los derechos de las niñas y los niños indígenas a la educación y a la cultura, v) el derecho al desarrollo de la identidad cultural y vi) la obligación de consulta previa en relación con las normas demandadas.

El Ministerio Público solicitó a la Corte Constitucional declarar la constitucionalidad de las normas demandadas, al considerar que aunque el Decreto no eximía a los etnoeducadores del someterse a un concurso público de méritos, tal concurso se regiría por el decreto que para el efecto expediera el Gobierno, el cual debía tener en cuenta los principios y reglas especiales que gobiernan la etnoeducación. El carácter público de tales concursos es limitado, habida cuenta que en ellos solo pueden participar los educadores que cumplan los requisitos que a la luz de los principios constitucionales garanticen a los miembros de los grupos indígenas una formación que conserve y proteja su identidad cultural.

La Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la norma cuestionada. Para la Corte, el legislador, al expedir el Decreto 1278 de 2002, incurrió en una omisión legislativa relativa consistente en haberse abstenido de regular lo relacionado con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos indígenas. Con dicha omisión se desconocieron los derechos fundamentales de las comunidades indígenas al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y a ser destinatarios de un régimen educativo especial, ajustado a los requerimientos y características de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional, y que responda a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida. De igual manera, el Decreto desconoció el derecho de los grupos indígenas a que los programas y los servicios de educación destinados a ellos se desarrollen con su participación y cooperación, las

cuales marcan la distinción entre la etnoeducación y la educación tradicional. Por lo anterior, la Corte declaró exequible el Decreto siempre y cuando se entienda que no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, y aclaró que mientras el legislador expide un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias.

9. Sentencia C-030 de 2008, 23 de enero de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

Sentencia emitida por la Corte Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006, “*por la cual se expide la Ley General Forestal*”. Los demandantes, Carlos Humberto García Guzmán, Luis Alfredo García Gómez, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado, solicitan que se declare la inexequibilidad de la totalidad de la Ley Forestal en razón de que se omitió el derecho a la consulta previa que tienen las comunidades indígenas y afrodescendientes, el cual debe garantizarse antes de la adopción de decisiones administrativas y/o legislativas que los puedan afectar.

Los ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural y Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial se opusieron a la demanda y señalaron que la ley se aprobó en el escenario público y deliberativo del Congreso de la República, fue ampliamente discutida en un sin número de foros, contiene el marco general de la política forestal y, en esa medida, no afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, cuyos derechos –y en especial la autonomía para el manejo forestal en sus territorios– están garantizados por la propia ley. Por esta razón concluyen que en este caso no había lugar a la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT. El Ministerio Público, por su parte, respaldó los argumentos de la demanda y solicitó a la Corte declarar la inconstitucionalidad de la integridad de la norma, por no haberse realizado la consulta previa con las comunidades posiblemente afectadas.

La Corte Constitucional declaró inconstitucional la integridad de la ley demandada, al considerar que la materia regulada por ella –explotación de recursos naturales– afecta directamente los intereses de las comunidades indígenas y negras, y por ello debía haberse consultado previamente con ellas. En su lugar, el Estado realizó un proceso de participación general que no cumplió con los requisitos especiales de la consulta previa. La Corte precisó que para que se hubiese cumplido con el requisito de la consulta habría sido necesario poner el proyecto de ley en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas, ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo.

10. Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Sentencia proferida por la Corte Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1151 de 2007 “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*”. Los demandantes alegan que esta ley se aprobó sin que se hubiera realizado el proceso de consulta previa con los pueblos indígenas, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, el

cual fue ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, que se ha incorporado al bloque de constitucionalidad.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó a la Corte declarar la constitucionalidad de la norma, en razón de que –en su criterio– la consulta previa era improcedente para estudiar la validez del Plan Nacional de Desarrollo, ya que para discutirlo existían otros espacios de participación generales que cumplían con la garantía constitucional y aseguraban el diálogo con todos los sectores nacionales. Por su parte, el Ministerio Público se declaró inhibido para emitir concepto jurídico sobre la demanda.

La Corte Constitucional recordó que la participación, expresada mediante la consulta previa, es una garantía procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y a la integridad cultural de los grupos étnicos, aunque no es el único medio para alcanzar esta finalidad. De ello se desprende que, en caso de que se generen perjuicios actuales o potenciales para las comunidades indígenas o afrodescendientes del país, como consecuencia de la realización de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios, las comunidades pueden acudir a cualquiera de las demás vías existentes en el ordenamiento jurídico constitucional para la protección de sus derechos fundamentales colectivos e individuales y el resarcimiento de cualquier daño causado. De esta manera, la posibilidad de realizar la consulta previa en el ejercicio de actividades aprobadas por el mismo Plan de Desarrollo queda a disposición de cada una de las comunidades concretas al momento de realizar la actividad respectiva.

Por lo anterior, la Corte declaró constitucional la norma, bajo el entendido de que debe suspenderse la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta que se realice en forma integral y completa la consulta previa específica.

11. Sentencia T-154 de 2009, 12 de marzo de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla)

Sentencia adoptada por la Corte Constitucional en el proceso de revisión del fallo de segunda instancia emitido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dentro de la acción de tutela promovida por José Manuel Chimusquero Alberto y otros, contra los ministerios del Interior y de Justicia y del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Instituto Colombiano de Desarrollo Territorial (INCODER) y la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (CORPOGUAJIRA). Los accionantes, en su calidad de cabildos gobernadores de resguardos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, señalaron que el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (INAT) abrió una licitación por medio de la cual se adjudicó a la Unión Temporal Guajira (UTG) la construcción de la presa El Cercado y el distrito de riego del río Ranchería y que CORPOGUAJIRA expidió la licencia ambiental correspondiente. Indicaron que el proceso de consulta no fue adecuado porque se expidió la licencia ambiental sin consultar a todos los pueblos de la Sierra Nevada y se omitieron las cuestiones planteadas por miembros de las comunidades indígenas convocadas. Agregaron que la consulta no se ciñó a los términos definidos para garantizar el derecho fundamental a la participación de los pueblos indígenas, según el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional colombiana.

Una de las entidades demandadas, CORPOGUAJIRA, afirmó que sí se realizó un proceso de consulta, que fue difundido y que durante el mismo se recogieron todos los argumentos que plantearon los miembros de las diferentes comunidades. INCODER, por su parte, indicó que el proceso de consulta fue agotado correctamente. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural afirmó que la acción de tutela no es en este caso la vía idónea sino la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Corte Constitucional negó la tutela solicitada, dado que fue interpuesta más de dos años después de que quedara en firme el acto administrativo mediante el cual se otorgó la licencia ambiental, sin que la demora estuviera justificada. La Corte encontró que las comunidades no estaban en situación de imposibilidad real de acudir a los medios de defensa. Igualmente, concluyó que con buena parte de las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta se realizaron procesos de consulta adecuados y que antes de expedir la licencia ambiental se llevaron a cabo estudios de impacto ambiental y un plan de manejo del proyecto.

12. Sentencia C-175 de 2009, 18 de marzo de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Sentencia emitida por la Corte Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 1152 de 2007, *“por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”*. Los demandantes, Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón y Astrid Orjuela Ruiz, alegan que se violaron los artículos 2, 7, 40 y 330 de la Constitución Política, así como el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, debido a que no se realizó el proceso de consulta con las comunidades indígenas y afrodescendientes, de manera previa a la promulgación de la norma acusada, a pesar de que el Estatuto de Desarrollo Rural constituye una regulación integral sobre uso, distribución y aprovechamiento de la propiedad agraria, materia que puede afectar los intereses de dichos grupos étnicos.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se opuso a la demanda porque consideró que el texto de la norma acusada no contenía una afectación específica de los intereses de las comunidades indígenas, más allá del efecto general y abstracto que tienen todas las leyes. Por esta razón, sostuvo que no estaba acreditado uno de los requisitos que ha identificado la jurisprudencia constitucional para la exigibilidad de la consulta previa. Por su parte, el Ministerio Público apoyó los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional declaró la norma demandada contraria a la Constitución. Las razones de la Corte se pueden resumir en que consideró que los procesos de participación realizados por el Gobierno habían sido inoportunos y no habían garantizado las condiciones esenciales de la consulta previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes. La Corte advirtió que dado que la ley demandada, según su texto, constituye expresamente un régimen general y sistemático de uso y aprovechamiento de los territorios rurales, i) no resulta viable diferenciar entre las normas que afectan directamente a las comunidades y aquellas que no, amén de la posibilidad que en casos concretos cualquier disposición del Estatuto de Desarrollo Rural traiga una afectación directa y necesaria y ii) la exclusión, en virtud de su inexequibilidad, de las normas que hagan referencia nominal a los pueblos indígenas y tribales generaría un régimen discriminatorio contra ellos, pues contribuiría a generar un déficit de protección jurídica, contrario a los derechos que la Constitución reconoce a dichas minorías étnicas.

13. Sentencia C-615 de 2009, 2 de septiembre de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

Sentencia proferida por la Corte Constitucional en el proceso de revisión automática del “*Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*”, firmado en Caracas el 3 de mayo de 1990, y de la Ley 1214 de 2008, mediante la cual fue aprobado por el Congreso colombiano. Dicho acuerdo establece la colaboración entre los indígenas Wayúu venezolanos y colombianos para el desarrollo conjunto de planes, programas y proyectos tendientes a mejorar las condiciones de vida de los pueblos indígenas Wayúu ubicados en las zonas adyacentes a la frontera entre la República de Venezuela y la República de Colombia, en atención a las necesidades de dichas poblaciones. La Corte analizó la posible existencia de un vicio de procedimiento en el trámite de la ley aprobatoria del instrumento internacional, consistente en no haber consultado previamente a los pueblos indígenas Wayúu, en los términos del Convenio 169 de la OIT.

El Ministerio Público consideró que durante el trámite de la norma se había incurrido en dos vicios de procedimiento, uno de los cuales consistía en no haber llevado a cabo la consulta previa a los pueblos indígenas, en los términos del Convenio 169 de la OIT.

Durante el proceso de revisión automática, la Corte encontró que la ley aprobatoria del tratado no había sido debidamente consultada con la comunidad indígena interesada, por lo que analizó si la realización de este proceso debía ser un requisito para la constitucionalidad de la ley. Afirmó la Corte que, dada la materia regulada en el instrumento internacional, resultaba evidente que la realización de un conjunto de planes, programas y proyectos “*tendientes a mejorar las condiciones de vida de sus respectivas poblaciones indígenas Wayúu ubicadas en las zonas adyacentes a las fronteras de la República de Venezuela y de la República de Colombia en atención a las necesidades de dichas poblaciones*”, en los términos del artículo 1º del acuerdo, implicaba un impacto importante, así este fuera eventualmente positivo, en el desarrollo económico de las comunidades indígenas. Por tanto, la celebración del tratado internacional debía haber sido consultada previamente con las comunidades Wayúu, quienes eran las destinatarias directas de los compromisos asumidos por los Estados contratantes. La Corte concluyó que se había omitido la realización de la consulta previa con las comunidades Wayúu, antes del sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República, y que debía declararse inconstitucional la norma en su integridad, dado que se trataba de la omisión de una etapa esencial.

14. Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla)

Sentencia emitida por la Corte Constitucional en el proceso de revisión del fallo proferido en segunda instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó el adoptado por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Álvaro Bailarín y otros integrantes de comunidades indígenas y afrodescendientes, contra los ministerios del Interior y de Justicia, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de Defensa, de Minas y Energía y de Protección Social. Los accionantes solicitaron mediante la acción de tutela la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad personal, a la consulta previa, a la existencia, a la integridad cultural y social, a la identidad cultural, a la autonomía de las

comunidades culturales, a la protección de la riqueza de la Nación y al debido proceso, vulnerados como consecuencia de la suscripción de un contrato de concesión minera entre el Estado y la sociedad Muriel Mining Corporation, que tiene por objeto la exploración y la explotación de cobre, oro, molibdeno y otros minerales, en los departamentos de Antioquia y Chocó, en parte de los territorios del resguardo indígena Embera de Uradá Jiguamiandó. Los demandantes afirmaron: i) que el proyecto genera un grave impacto ambiental que pone en riesgo la biodiversidad, y de esta manera causa la pérdida de las economías tradicionales, base de la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales, ii) que se otorgó la concesión para la exploración a una empresa minera sin un debido proceso de consulta, dado que no se realizó con todas las comunidades directamente afectadas, muchas de las cuales no estaban representadas por quienes participaron en el proceso y iii) que se llevó a cabo una reunión con las comunidades en la que negociaron personas que no tenían autorización para hacerlo por parte de los cabildos superiores.

INGEOMINAS y el Ministerio del Interior y de Justicia consideraron que la tutela no debía ser concedida porque sí se realizó el proceso de consulta previa con las comunidades afectadas. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial sostuvo que la tutela era improcedente, habida cuenta que existen otras vías de reclamación, como las acciones populares. El Ministerio de Defensa solicitó que se niegue la tutela porque las Fuerzas Armadas tienen jurisdicción en todo el territorio nacional y no pueden ser retiradas del territorio indígena, como lo piden los accionantes.

La Corte revocó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia y protegió los derechos al debido proceso, a la consulta previa y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de las comunidades, y las riquezas naturales de la Nación. En consecuencia, ordenó a todas las autoridades demandadas, cada una en el ámbito de sus funciones: suspender las actividades de exploración y explotación que estén adelantando o que vayan a adelantar, en desarrollo de la concesión minera Mandé Norte; rehacer y extender la consulta previa con todas las comunidades interesadas en el proyecto; culminar los estudios científicos sobre el impacto ambiental que pueda producir el proyecto; evitar que se emitan licencias ambientales que afecten la biodiversidad y el medio ambiente; abstenerse de otorgar o suspender las licencias de exploración y explotación minera en el proyecto Mandé Norte hasta tanto no se realice adecuadamente la consulta previa y se concluyan los estudios de impacto ambiental y social.

15. Sentencia C-063 de 2010, 4 de febrero de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

Sentencia proferida por la Corte Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad contra el literal i) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, *“por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, por considerar que vulnera el artículo 7° de la Constitución y el literal a) numeral 1° del artículo 6°, el artículo 7° y el artículo 25 del Convenio 169 de la OIT. El accionante argumenta que la norma demandada, al obligar a que la población desplazada se afilie necesariamente a la EPS⁴ pública de ámbito nacional, incurre en una omisión constitucional en la medida en que: i) consagra una norma que afecta a la población indígena desplazada sin haber realizado la consulta previa, ii) limita la autonomía para escoger la empresa prestadora de salud a la cual deseen afiliarse, iii)

⁴ Nota de edición: EPS es la sigla de empresa prestadora de salud.

vulnera el principio de diversidad étnica y cultural y iv) no garantiza la puesta en marcha de servicios de salud adecuados para las poblaciones indígenas en situación de desplazamiento.

El Ministerio de Protección Social solicitó a la Corte que declarara constitucional la norma demandada, pues ella garantiza la efectiva prestación del servicio de salud a la población desplazada, sin discriminación alguna, y asegura la cobertura en cualquier parte del territorio, por medio de una EPS pública con cobertura nacional. Adicionalmente, señaló que la norma no vulnera el derecho a la libre escogencia, en la medida en que la vinculación a la EPS pública tiene lugar únicamente al inicio de la situación de desplazamiento, lo que permite que dicha población, dentro de los períodos de traslados definidos por los reglamentos, escoja la EPS de su preferencia. Las demás autoridades estatales que intervinieron, incluido el Ministerio Público, señalaron que en este caso resultaba evidente el desconocimiento por parte del legislador de la autonomía de las comunidades indígenas, garantizada por la Constitución, pues obligarlas, cuando se encuentren en situación de desplazamiento, a que se afilien a una EPS que no respete o no tenga en cuenta sus creencias, costumbres y tradiciones propias “supone un arbitrario sometimiento a un sistema de salud que les resulta ajeno, extraño a sus convicciones íntimas y, en esa medida, ilegítimo”. En consecuencia, le solicitaron a la Corte que condicionara la constitucionalidad de la disposición atacada a que se entienda que la afiliación inicial garantice a los indígenas desplazados la libre elección de una EPS de conformidad con las costumbres, creencias, tradiciones y saberes comunitarios que integran su específica cosmovisión.

La Corte Constitucional declaró constitucional la norma demandada, bajo el entendido que no impide que los indígenas desplazados realicen su afiliación inicial a una EPS indígena. El reconocimiento de esta garantía no debe originar ninguna restricción adicional a las previstas por la legislación general para realizar el cambio de EPS. Para la Corte, del análisis del literal acusado no se desprende que este tuviera como objetivo la regulación específica de una situación que afectara directamente a la población indígena, y en ese orden, no era necesaria la consulta previa como requisito esencial. Sin embargo, afirmó que en virtud del principio de diversidad étnica y cultural, el Estado debe garantizar la posibilidad de que los miembros de las comunidades indígenas puedan acceder a los servicios de salud de conformidad con sus costumbres étnicas y culturales, y no debe obligarlos a afiliarse a una entidad de salud concebida para la población en general.

16. Sentencia T-547 de 2010, 1 de julio de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

Sentencia adoptada la Corte Constitucional en el proceso de revisión de la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que había confirmado la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la acción de tutela interpuesta contra el Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT) y la Empresa Puerto Brisa S.A. Los actores solicitaron la protección de los derechos fundamentales de los pueblos Kogi, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta a la consulta previa, como manifestación del derecho a la participación en las decisiones que los afectan; a la diversidad étnica, social, cultural y religiosa; a la autonomía y al debido proceso. Los accionantes afirmaron que estos derechos fueron vulnerados con el trámite y la expedición de la Resolución N° 1298 de 30 de junio de 2006, mediante

la cual el MAVDT otorgó licencia ambiental a la empresa Puerto Brisa S.A., para la realización del proyecto denominado “Construcción y Operación de la Fase 1 del ‘Puerto Multipropósito de Brisa,’ localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira”, en un área que forma parte del territorio ancestral de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, en la cual se encuentra el cerro sagrado Jukulwa, donde los pueblos indígenas realizan ceremonias de pago.

El Ministerio del Interior y de Justicia solicitó declarar improcedente la acción de tutela porque i) la jurisdicción contenciosa es la vía adecuada, y en ella habrían podido solicitar la nulidad de la licencia ambiental, ii) no hay violación de derechos, en la medida en que el ministerio agotó los procedimientos necesarios para lograr un diálogo intercultural con los pueblos indígenas en torno al proyecto Puerto Brisa, pero no encontró respuesta positiva de las comunidades, iii) la tutela no fue presentada inmediatamente sino varios años después de ocurridos los hechos que habrían dado lugar a la violación de los derechos de los pueblos indígenas. El MAVDT también solicitó la improcedencia de la acción tutela en razón de no ser la vía procesal adecuada. Afirmó que había llevado a cabo un proceso de concertación con las comunidades indígenas, con el fin de respetar sus prácticas culturales, a pesar de que el Ministerio del Interior y de Justicia había indicado que no se requería llevar a cabo la consulta previa. Por su parte, la empresa Puerto Brisa S.A. también solicitó la improcedencia de la acción tutela. Afirmó que la consulta previa no es exigible cuando los proyectos van a desarrollarse por fuera de los territorios de las comunidades indígenas. Agregó que la ubicación geográfica del sitio de pago Jukulwa había sido definida oficialmente por los pueblos a 11 kilómetros de distancia del lugar del proyecto, pero con motivo del inicio de este, la ubicación del sitio sagrado cambió.

La Corte concedió la protección de los derechos a la integridad económica y cultural, a la consulta previa y al debido proceso de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, en relación no con la expedición de la licencia ambiental –que no podía en este caso ser cuestionada por la vía de la acción de tutela– sino con los impactos de la ejecución del proyecto y la manera de evitarlos o mitigarlos. En consecuencia, ordenó a la empresa suspender las actividades de desarrollo del proyecto Puerto Brisa hasta que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá ordene su reanudación. Al MAVDT le ordenó que consulte de manera adecuada con las autoridades de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, con el fin de establecer la afectación que la ejecución del proyecto puede causar a la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Agregó la Corte que de no ser posible una decisión concertada, el MAVDT podrá definir el asunto unilateralmente sin desconocer las inquietudes y expectativas de las autoridades indígenas consultadas.

17. Sentencia C-702 de 2010, 6 de septiembre de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Sentencia emitida por la Corte Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo 01 de 2009, “*Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*”. Los demandantes alegan que existió un vicio de procedimiento en el trámite en el Congreso de la República, pues no se realizó un proceso de consulta previa antes de la aprobación de la norma, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2, 3, 4 y 6 del Convenio 169 de la OIT.

El Ministerio del Interior y de Justicia solicitó a la Corte que se declarara inhibida para conocer la demanda. Argumentó que la Corte Constitucional únicamente es competente para conocer de los actos legislativos por vicios de procedimiento en su formación, es decir, que solo podrán declararse inconstitucionales si violan los requisitos señalados en los artículos 374 a 380 de la Carta Política. En ese orden, consideró que el cargo esgrimido por los demandantes no se refería a un vicio de formación en el trámite del Acto Legislativo sino a uno de carácter material, ya que se trataba de un defecto anterior al trámite legislativo, que se proyectaba sobre el contenido material de la norma objeto de examen. El Ministerio Público, por su parte, apoyó los argumentos del demandante y solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional declaró inconstitucional la norma demandada, al considerar que se encontraba plenamente probado que el Acto Legislativo se había tramitado sin la consulta previa correspondiente, a pesar de que este regula materias que afectan directamente a las comunidades indígenas y étnicas. Concluyó entonces la Corte que la omisión del deber de consultar a las comunidades étnicas, relacionada con la adopción de actos reformativos de la Constitución, se erigía en un vicio procedimental que se proyectaba sustancialmente, y por esta razón la norma podía ser demandada por razones de trámite en su aprobación.

18. Sentencia T-745 de 2010, 14 de septiembre de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

Sentencia proferida por la Corte Constitucional al revisar la sentencia del Juzgado Noveno Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cartagena, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Rafael Elías Escobar Cafarzuza, representante legal de la Empresa Asociativa de Agricultores del Corregimiento de Pasacaballos, y Ramiro Torres Espinoza, representante legal del Comité de Veeduría Ciudadana de Pasacaballos ‘Ojo Pelao’, contra la alcaldía de Cartagena y el Consorcio Vial Isla de Barú. Los accionantes alegan el desconocimiento del derecho a la consulta previa de las comunidades negras asentadas en el corregimiento de Pasacaballos, así como la trasgresión de la Ley 70 de 1993, el Decreto 1320 de 1998, la Ley 99 de 1993 y el Convenio 169 de la OIT, como consecuencia de la suscripción del contrato de concesión vial N° VAL-02-06, entre la alcaldía y el consorcio, para la “construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú”. El proyecto traspasa toda la isla, de noreste o suroeste, e implica la construcción de 31 kilómetros de carretera y las entradas a los puertos de los poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú. El proyecto, en su zona de influencia, presenta impactos como la modificación de las geoformas originales del terreno, la alteración del componente hídrico y el incremento de los niveles de ruido.

La alcaldía de Cartagena consideró que la tutela era improcedente porque el terreno objeto del proyecto no ha sido declarado por el INCODER como tierra de comunidades negras, y además, porque la vía legal pertinente en este caso es la acción de cumplimiento. Por su parte, la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (CARDIQUE) negó la necesidad de la consulta, porque en su criterio no se habían cumplido algunas de las regulaciones indicadas en el Decreto 1320 de 1998; en particular, en el presente caso no concurrían algunos de los lineamientos que hacen viable convocar un proceso de consulta, a saber: identidad cultural, ocupación de tierras baldías en zonas rurales ribereñas y prácticas tradicionales de producción.

La Corte Constitucional revocó la sentencia del Juzgado Noveno Penal Municipal de Cartagena, que había negado la tutela, y decidió, en su lugar, proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades negras asentadas en el área de influencia del proyecto de construcción de una carretera transversal en la isla Barú. En consecuencia, le ordenó al Consorcio Vial Barú suspender las actividades de desarrollo del proyecto mientras se lleva a cabo la consulta previa con las comunidades afrocolombianas; al Ministerio del Interior y de Justicia, consultar a las comunidades afrocolombianas asentadas en la zona de influencia del proyecto, en un ambiente discursivo y ceñido a los principios de representatividad, buena fe y confianza legítima, e inaplicar el Decreto 1320 de 1998 por ser incompatible con la Constitución Política, y en su lugar, consultar con las comunidades afrocolombianas los procedimientos y límites de espacio y tiempo para adelantar las consultas definitivas.

19. Sentencia C-915 de 2010, 16 de noviembre de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

Sentencia adoptada por la Corte Constitucional en el proceso de revisión constitucional de la Ley 1360 de 2009, *“Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo sobre medio ambiente entre Canadá y la República de Colombia hecho en Lima (Perú) el veintiuno (21) de noviembre de 2008 y el Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009 por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo sobre medio ambiente entre Canadá y la República de Colombia”*.

La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) solicitó declarar la inconstitucionalidad de la ley aprobatoria del tratado bajo estudio, dado que los pueblos indígenas no fueron consultados en ningún momento por los gobiernos de Colombia y Canadá, en el marco de la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre las dos repúblicas, en cuyo ámbito se hace el Acuerdo sobre Medio Ambiente, sobre el cual tampoco fueron consultados.

La Corte Constitucional declaró exequible la ley aprobatoria del tratado entre Colombia y Canadá. Sin embargo, le otorgó razón a la ONIC, en cuanto a la necesidad de garantizar la consulta previa a las comunidades indígenas. Por esa razón exigió que la conformación de la parte colombiana del Comité del Medio Ambiente, órgano concebido por el tratado bajo revisión, debería asegurar la participación *“por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población”*, de las comunidades étnicas –indígenas y afrodescendientes–.

20. Sentencia C-941 de 2010, 24 de noviembre de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

Sentencia proferida por la Corte Constitucional en el proceso de revisión constitucional del *“Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC, el Memorando de Entendimiento relativo al Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados de la AELC y el Canje de Notas respecto del Capítulo 4 del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC, suscritos en Ginebra, a los 25 días del mes de noviembre de dos mil ocho; el Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la Confederación Suiza, hecho en Ginebra, a los 25 días del mes de noviembre de 2008; el Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la República de Islandia, hecho en Ginebra, a los 25 días del mes de noviembre de 2008; y el Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y el Reino de*

Noruega, hecho en Ginebra, a los 25 días del mes de noviembre de 2008” y de la Ley 1372 de 7 de enero de 2010, aprobatoria de los mencionados acuerdos.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo señaló que en los acuerdos de libre comercio que se revisaban no había ninguna disposición, ni de sus textos se desprendían medidas que implicaran la explotación de recursos naturales en territorios de los grupos étnicos. Afirmó que, si bien el Gobierno no estaba obligado a someter a consulta previa con las comunidades étnicas los contenidos de los acuerdos de liberación comercial, de todas maneras las hizo partícipes en el proceso de negociación, con la finalidad de que pudieran expresar sus argumentos y preocupaciones, al igual que los demás sectores de la sociedad colombiana.

La Corte Constitucional declaró constitucional el Acuerdo de Libre Comercio. Consideró que sus disposiciones partían esencialmente de un marco general y abstracto que concernía al conjunto de la población colombiana. Es decir, se referían de manera uniforme a la generalidad de los colombianos pero no contenían normas que pudieran afectar de manera concreta y directa a los grupos étnicos y no contemplaban la explotación de recursos naturales en sus territorios. Sin embargo, advirtió la Corte que lo anterior no era óbice para que las disposiciones legislativas y administrativas que se expidieran en desarrollo y aplicación de los acuerdos de libre comercio bajo revisión debían estar precedidas de la consulta previa obligatoria, en la medida en que afecten de manera directa y específica a dichas comunidades.

21. Sentencia T-1045A de 2010, 14 de diciembre de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla)

Sentencia adoptada por la Corte Constitucional en el proceso de revisión del fallo proferido en segunda instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela instaurada por Yair Ortiz Larrahondo y Francia Elena Márquez Mina, a nombre propio y en representación del Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, departamento de Cauca, contra la alcaldía de Suárez; los ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT); de Minas y Energía; IN-GEOMINAS; el Juzgado 1° Administrativo del Circuito de Popayán; el señor Héctor Jesús Sarria y la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CRC). Los accionantes afirman que les fueron vulnerados sus derechos a la vida digna, a la consulta previa, al trabajo, al debido proceso y a la autonomía e integridad cultural, con el otorgamiento de una licencia al señor Héctor Jesús Sarria para la explotación de un yacimiento de oro de 99 hectáreas y 6.507 metros cuadrados localizado dentro del territorio ancestral de la comunidad, integrada en un 100% por afrodescendientes.

El Ministerio del Interior y de Justicia manifestó que no realizó el proceso de consulta previa porque el interesado, a pesar de haberla solicitado inicialmente, posteriormente desistió. El ministerio le había informado que no había comunidades indígenas en el municipio de Suárez, pero que sí se registran comunidades negras en la vereda el Tambo. El Ministerio indicó que la actitud del señor Sarria es contradictoria, pues, por una parte afirma que no hay comunidades en el área de explotación minera y que por ello no tiene la obligación de consultar, y por otra, interpone una acción de cumplimiento para desalojar a los mineros artesanales del área cubierta por la licencia. Por su parte, el señor Sarria afirmó que no hay comunidades negras ni indígenas que exploten artesanalmente la minería, y que por lo tanto no está obligado a realizar la con-

sulta. Agregó que a pesar de no ser obligatoria, la Corporación Regional Autónoma del Cauca (CRC) le exigió agotarla, como requisito para la expedición de la licencia ambiental, razón por la cual le solicitó a la CRC que le expidiera constancia de que no hay indígenas ni negros en la zona del proyecto y que no está obligado a consultar. Posteriormente, desistió de la solicitud de iniciar la consulta y les solicitó a los ministerios que organicen un programa de socialización del proyecto con la comunidad. La Defensoría del Pueblo, por su parte, intervino en apoyo de la solicitud de la comunidad de La Toma.

La Corte Constitucional revocó la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (que no concedió la tutela por considerarla improcedente), y, en su lugar, tuteló los derechos al debido proceso y a la consulta previa. En consecuencia, ordenó al Ministerio del Interior y de Justicia que realice y garantice la consulta, de manera que participen en ella tanto el señor Sarria como el Consejo Comunitario de La Toma, y la comunidad sea plenamente informada y escuchada, desde la preconsulta hasta la finalización del proceso; al señor Sarria, suspender inmediatamente las actividades de explotación minera; a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, dejar sin efecto la licencia ambiental que se hubiere expedido o que se llegare a expedir; a INGEOMINAS, abstenerse de otorgar o suspender las licencias de explotación minera no solo en el proyecto del señor Sarria sino en cualquier otro en el corregimiento de La Toma, mientras se realiza de manera adecuada la consulta previa y se expide, si a ello hubiere lugar, la licencia ambiental correspondiente.

22. Sentencia T-129 de 2011, 3 de marzo de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

Sentencia emitida por la Corte Constitucional en el proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Oscar Carupia Domicó y otros, a nombre de los resguardos Embera-Katío, Chidima-Tolo y Pescadito, contra el Ministerio de Transporte y otros. La acción de tutela interpuesta por los miembros de la comunidad se sustenta en cuatro actividades que ponen en riesgo su autonomía territorial: i) la construcción de una carretera que atravesaría los resguardos, ii) el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, iii) los trámites de concesión minera para explotación de oro en Acandí y iv) la invasión ilegal del territorio, sumadas al peligro de desplazamiento por la expectativa económica de las obras y los proyectos.

Respecto de la carretera, las entidades involucradas señalaron que el mejoramiento del tramo de 4 kilómetros que cruza por el resguardo no se ha realizado porque aún no se han cumplido los requisitos exigidos, dentro de los cuales se encuentra la realización de la consulta previa. Además, la autoridad ambiental es la competente para la expedición de la licencia ambiental, previa realización de la consulta previa. El Ministerio del Interior informó que la alcaldía de Acandí había solicitado la realización de la consulta previa, pero que esta no se había llevado a cabo por falta de personal y porque no se había realizado ninguna intervención en ese tramo de carretera. En lo concerniente a la interconexión eléctrica Colombia-Panamá, las autoridades dijeron que dado que no se sabe por dónde va a pasar el tramo de la interconexión, es imposible saber con certeza si afectará el resguardo, por lo que resultaba improcedente iniciar un proceso de consulta previa. Todas las entidades afirman que si la interconexión atraviesa territorio indígena, se llevará a cabo la consulta previa. Frente a las concesiones mineras, Ingeominas informó

que existen dos títulos mineros otorgados a una compañía que se superponen al resguardo, para cuyo otorgamiento no se realizó consulta previa. Uno de los títulos caducó y respecto del otro se decretará la caducidad. Todas las autoridades involucradas coinciden en que la autoridad ambiental es la competente para iniciar los trámites para realizar una consulta previa con las comunidades indígenas. Por último, en lo relacionado con la invasión ilegal del territorio, el Ministerio de Defensa expresó que las fuerzas militares tienen jurisdicción en todo el territorio colombiano, por lo que las tropas no pueden ser retiradas. En cuanto a la invasión del territorio por colonos, todas las entidades vinculadas señalaron que la situación no se derivaba de una falta de ejercicio de sus competencias.

La Corte Constitucional concedió la tutela y amparó los derechos fundamentales de las comunidades indígenas a la consulta previa y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales pueblos, al igual que a la protección de las riquezas naturales y culturales de la Nación. En consecuencia, emitió una serie de órdenes vinculadas a cada una de las problemáticas estudiadas en la sentencia. Así, frente a la carretera que atraviesa el resguardo, la Corte ordenó la suspensión de las obras mientras el Ministerio del Interior y de Justicia no inicie los trámites necesarios para llevar a cabo el proceso de consulta. Le solicitó a la autoridad ambiental que se abstenga de otorgar cualquier licencia ambiental sin que se hayan realizado procesos de consulta previa que cumplan con los estándares fijados en la sentencia. Respecto de la interconexión eléctrica, la Corte advierte a la empresa encargada de su ejecución, que en el caso de que el tramo de la interconexión pase por el resguardo indígena, deberá iniciar un proceso de consulta previa. En cuanto a las actividades de minería ejercidas dentro del resguardo, la Corte ordenó a las autoridades competentes la suspensión de todas las actividades de prospección, exploración legal e ilegal de minerales o similares que se estén realizando o se vayan a realizar en desarrollo de contratos de concesión, que puedan afectar a las comunidades indígenas, mientras no se hayan agotado los procesos de consulta previa necesarios. Frente a la invasión ilegal, la Corte ordenó al INCODER estudiar la posibilidad de ampliar el resguardo para su unificación, con el fin de prevenir la invasión de colonos. Además, ordenó al Ministerio del Interior y de Justicia que priorice el Plan de Salvaguarda Étnica de los pueblos indígenas implicados, con su participación. Por último, la Corte ordenó algunas medidas generales para garantizar el respeto y la protección de las comunidades étnicas de la Nación: ordenó al Ministerio del Interior que financie la traducción de las partes relevantes de la sentencia a la lengua Embera; que cree e implemente un mecanismo de información y coordinación que articule a las entidades involucradas, en relación con el derecho fundamental a la consulta previa y la consecución del consentimiento libre, previo e informado, en los términos de esta sentencia. Además, exhortó al Congreso y a la Presidencia de la República para que reglamenten el derecho a la consulta previa.

23. Sentencia C-187 de 2011, 16 de marzo de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

Sentencia proferida por la Corte Constitucional en el proceso de revisión de constitucionalidad de la Ley 1411 de 2010, “*por medio de la cual se aprueba el Acuerdo en materia de informes anuales sobre derechos humanos y libre comercio entre la República de Colombia y Canadá hecho en Bogotá el día 27 de mayo de 2010*”. Este acuerdo tiene como fin imponer a cada uno de los Estados la obligación de presentar un informe anual sobre el efecto de las medidas adoptadas en virtud del tratado de libre comercio y la situación de derechos humanos de cada país.

El Ministerio de Relaciones Exteriores solicitó a la Corte que declarara exequible la norma, por considerar que las disposiciones del tratado y la negociación realizada son temas de interés de la población en general que no afectan los intereses directos de las comunidades étnicas, razón por la cual no procedía la obligación de llevar a cabo una consulta previa.

La Corte Constitucional declaró constitucional el acuerdo entre Canadá y Colombia. Afir-
mó la Corte que las disposiciones del tratado se habían previsto de manera uniforme para la ge-
neralidad de la población colombiana y que el objeto del tratado no era la regulación específica
referida a las comunidades étnicas. No existe, por tanto, una decisión expresa de adoptar una
medida legislativa que pueda afectar directamente a las comunidades étnicas.

24. Sentencia T-235 de 2011, 31 de marzo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Sentencia adoptada por la Corte Constitucional en el proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Promiscuo⁵ Municipal de Dagua y el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de San-
tiago de Cali, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el Cabildo Mayor Indígena del
Cañón del Río Pepitas, Municipio de Dagua, Valle del Cauca, contra la alcaldía Municipal de
Dagua y otros. La acción de tutela se interpuso con el fin de obtener amparo constitucional de
los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y a la vivienda digna de los miembros
de la comunidad, que se consideran amenazados por la actitud omisiva de la alcaldía municipal
de Dagua frente a la grave afectación que produjo la ola invernal de 2008 en los caminos aleda-
ños al resguardo y en algunas edificaciones de la comunidad.

El municipio de Dagua expresó que no cuenta con los recursos necesarios para solventar
las necesidades de la comunidad indígena. Sin embargo, realizó la declaratoria de zona de riesgo
mitigable y de urgencia manifiesta, y realizó las gestiones pertinentes para obtener recursos del
Sistema de Atención y Prevención de Desastres. Las autoridades del nivel regional entregaron
ayuda humanitaria y pidieron al nivel central declarar la calamidad pública en el departamento
del Valle del Cauca. El nivel central dijo que no cuenta con políticas de atención diferenciada a
favor de los grupos indígenas.

La Corte Constitucional concedió el amparo de los derechos al territorio colectivo, a la vivien-
da digna, a la educación de los menores, a la prevención y atención de desastres, en relación con
la seguridad e integridad personal de sus miembros. Para hacer viable la protección dispuesta, la
Corte emitió órdenes de tres tipos y señaló que en todo caso las comunidades deben elegir repre-
sentantes para concertar con las autoridades competentes las medidas a adoptar. El primer tipo se
refiere a las medidas materiales de protección, donde se ubican las órdenes de reparar las viviendas
y, de no ser posible, reubicar a los afectados, previo consentimiento, e incluirlos en procesos de vi-
vienda de interés social. La alcaldía de Dagua debe reparar la escuela del resguardo. En el segundo
grupo se encuentran las medidas estructurales que implican la construcción de obras. El tercero
corresponde a los aspectos no estructurales, que se traducen en la creación de un plan de atención

⁵ Nota de edición: En Colombia, según la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de jus-
ticia, la Rama Judicial del Poder Público está constituida, entre otros, por los juzgados promiscuos,
que tendrán competencia para conocer procesos civiles, penales, laborales o de familia. Ver los artí-
culos 11 y 22 de la Ley 270 de 1996, reformada por la Ley 1285 de 2009.

inmediato para la comunidad, que tenga en cuenta aspectos étnicos y culturales como la participación de la comunidad, la consideración de factores determinantes para asegurar el respeto por la identidad cultural, la adecuación cultural de las viviendas y la protección del territorio colectivo como objetivo central de la política diferencial en el manejo de riesgo.

25. Sentencia T-282 de 2011, 12 de abril de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Sentencia emitida por la Corte Constitucional en el proceso de revisión de los fallos dictados dentro de las acciones de tutela promovidas separadamente por Chilo Valencia, en nombre propio y en representación de su esposa, Reveca Esneda Moreno, y Elvia Guatoro Baicué, en nombre propio y en representación de sus hijos Yeni Gonzales, de 28 años, y Felipe Belardes Gonzales, de 8 años, contra la Inspección Urbana de Policía Municipal 1ª categoría Fray Damián N° 4 de Santiago de Cali y la Secretaría de Vivienda de Santiago de Cali, Valle del Cauca. Los peticionarios, integrantes de un conjunto de 120 familias indígenas (400 personas) de las etnias nasa (paéz) y yanacona, desplazadas por la violencia, quienes llevaban nueve meses habitando un bien baldío (Alto Nápoles) al que accedieron buscando solucionar sus imperiosas necesidades de alojamiento, consideran que el trámite de lanzamiento por ocupación de hecho del inmueble urbano implica una violación de su derecho fundamental al debido proceso y una amenaza para otros derechos fundamentales como el mínimo vital y la vivienda digna.

La inspección urbana municipal Fray Damián afirmó que no violó el debido proceso de los peticionarios, puesto que se ciñó a los trámites legales y los notificó debidamente. La alcaldía de Cali coincide con lo sostenido por la inspección urbana y agrega que a los peticionarios se les concedió el derecho a demostrar que tenían la titularidad del derecho a permanecer en el predio. Por su parte, la Secretaría de Vivienda afirmó que en este caso no hay violación de ningún derecho porque la recuperación del espacio público y de los bienes fiscales es una obligación estatal que no puede obstaculizarse invocando la intención de adquirir vivienda de manera irregular. Agregó que para acceder a una vivienda, las personas deben necesariamente inscribirse en los planes de subsidios de vivienda de interés social, y que la condición de desplazados no los exonera de dichos trámites, que en este caso no fueron iniciados.

La Corte Constitucional concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vivienda digna, a la diversidad e identidad étnica, a la autonomía de las comunidades indígenas y a la especial protección de las personas en situación de desplazamiento. La Corte extendió la protección a las familias indígenas que ocuparon el predio de Alto Nápoles. El Tribunal le ordenó a la inspección Fray Damián suspender las diligencias de desalojo y el lanzamiento por ocupación de bien fiscal iniciado contra las familias indígenas que ocupan el predio Alto Nápoles. A las diferentes entidades demandadas, les ordenó que en el marco de sus competencias inicien un proceso de concertación con las familias indígenas que se encuentran en Alto Nápoles y adopten medidas para preservar el predio de Alto Nápoles como albergue temporal de la comunidad indígena nasa, mientras se cumple lo anterior.

26. Sentencia C-366 de 2011, 11 de mayo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Sentencia proferida por la Corte Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, *“Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”*.

Los demandantes afirman que la Ley 1382 de 2010 es inexecutable en su integridad porque viola los artículos 2, 7, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, debido a que las comunidades indígenas y afrodescendientes no fueron consultadas antes de la radicación del proyecto de ley ni durante su trámite en el Congreso.

El Ministerio de Minas y Energía solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de la norma, puesto que ella carecía de incidencia directa sobre los intereses de las comunidades étnicas e indígenas y, en esa medida, no había obligación de realizar la consulta previa.

La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la ley. Consideró que las reformas introducidas al Código de Minas afectaban los intereses de los pueblos indígenas y étnicos y, por tanto, debían necesariamente ser consultadas. Sostuvo que las disposiciones legales conformaban un todo sistemático dirigido a modificar la estructura normativa de la exploración y la explotación minera en el país, con el fin de cumplir con los objetivos de una política pública particular. En consecuencia, la consulta previa de esas normas a las comunidades indígenas y afrodescendientes debía fundarse en ese carácter sistémico. Esto significa que los acuerdos que llegaren a alcanzarse podrían incidir en la normativa propuesta, desde esa perspectiva general y sistémica y no frente a sus enunciados particulares. Adicionalmente, la Corte afirmó que no era posible permitir que la norma permaneciera en el ordenamiento jurídico, con la omisión de la consulta general del proyecto, a cambio de la obligación de consulta previa de cada proyecto de explotación particular, pues el margen de maniobra de los pueblos étnicos se reduciría al mínimo, al punto que los consensos que llegaren a adoptarse entre las autoridades competentes y dichas comunidades resultarían inanes frente a la medida legislativa. La Corte resaltó la importancia de realizar las consultas previas antes de la radicación del proyecto de ley en el Congreso, pues solo de esta manera el texto podría plasmar los intereses de las comunidades étnicas interesadas, ante un impacto directo en sus territorios.

27. Sentencia T-693 de 2011, 23 de septiembre de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Sentencia adoptada por la Corte Constitucional en el proceso de revisión de las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Villavicencio, que negaron la tutela instaurada por Marcos Arrepiche en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial-La Victoria, contra los ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa Meta Petroleum Limited. El accionante solicitó la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa consagrada en el Convenio 169 de la OIT, a otras formas de participación, a la integridad étnica y cultural y a la igualdad, que consideró vulnerados por las entidades demandantes al negar la realización de un proceso de consulta previa en el marco de un proyecto petrolero que –afirma el accionante– ha afectado a la comunidad indígena.

Las entidades demandadas manifestaron que no se realizó un proceso de consulta previa respecto del proyecto petrolero porque el territorio del resguardo no hacía parte del área de influencia del proyecto. Sin embargo, los ministerios del Interior y de Ambiente señalaron que desconocían los hechos y que iniciarían las investigaciones pertinentes en lo correspondiente a sus competencias.

La Corte concedió la tutela solicitada y protegió los derechos a la libre determinación, a la participación a través de la consulta previa, a la integridad cultural y a la supervivencia de la comunidad indígena. En vista de que las obras del proyecto ya estaban culminadas, ordenó a las entidades estatales demandadas consultar a la comunidad indígena en el término de tres meses con la finalidad de concertar medidas de compensación cultural. Adicionalmente, la Corte ordenó al Ministerio Público dirigir el proceso de consulta previa; a la entidad encargada de la titulación de territorios baldíos, iniciar los trámites para la ampliación del resguardo y exhortó a las entidades estatales para que revisen los procedimientos de determinación del área de influencia de este tipo de proyectos.

28. Sentencia T-348 de 2012, 15 de mayo de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Sentencia adoptada por la Corte Constitucional en el proceso de revisión del fallo de segunda instancia emitido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela promovida por la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco (ASOPESCOMFE) contra el Distrito Turístico de Cartagena, el Consorcio Vía al Mar, el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) y el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS). Los accionantes señalaron que las entidades vulneraron sus derechos 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, por cuanto las entidades demandadas omitieron garantizar un espacio de participación y concertación previo a la construcción de un proyecto vial que implica cerrar las playas en las que parquean sus botes, pescan artesanalmente, comercian los productos de mar y se reúnen. Además, señalaron que en el transcurso de la realización del proyecto solo se realizaron reuniones informativas y que las entidades involucradas en el proyecto no les han solucionado el problema de los ingresos que dejarán de percibir por cuenta del proyecto vial.

Las entidades estatales demandadas argumentaron falta de legitimación de los pescadores para presentar peticiones. El Consorcio Vía al Mar, encargado de desarrollar el proyecto, afirmó que en la licencia ambiental se había establecido que el área de realización del proyecto no presentaba vida marina ni condiciones para su hábitat, y que contaba con fondo arenoso que al ser extraído podría recuperarse rápidamente. Adicionalmente, señaló que el proyecto contempla el ofrecimiento a la comunidad afectada de puestos de trabajo para mano de obra calificada hasta la terminación de la construcción, la participación como “guardias ambientales” y la capacitación en proyectos productivos para la población de pescadores.

La Corte Constitucional negó el amparo del derecho a la consulta previa porque no se trataba de una comunidad indígena, tribal o afrodescendiente. Además, desestimó la petición de indemnización por no ser esta el objeto del amparo constitucional. Por otra parte, amparó los derechos fundamentales a la participación, a la alimentación, al trabajo, a la libre escogencia de profesión u oficio y a la dignidad humana de los miembros de la Asociación de Pescadores de Comfenalco. En consecuencia, ordenó a las entidades demandadas la realización de reuniones con los pescadores para asegurar su derecho a la participación y a su vez, diseñar las medidas de compensación adecuadas y acordes con la actividad de pesca artesanal que ejercen los accionantes.

29. Sentencia C-068 de 2013, 13 de febrero de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

Sentencia emitida por la Corte Constitucional con motivo de la demanda de constitucionalidad presentada contra la Ley 1530 de 2012 “*Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías*”. El demandante, José Manuel Abuchaibe Escolar, solicita que se declare la inexecutable de la totalidad de la Ley del Sistema General de Regalías debido a que el gobierno omitió cumplir el deber de realizar un proceso de consulta previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes, a las cuales la ley afecta directamente.

Por su parte, los ministerios de Hacienda y Crédito Público, de Minas y Energía, del Interior, la Federación Colombiana de Municipios, el Departamento Nacional de Planeación y el Congreso de la República señalaron que el gobierno cumplió con el deber de realizar la consulta previa, pues intentó en varias ocasiones discutir la ley en el marco de la Mesa Permanente de Concertación –el escenario de participación indígena más grande del país– sin que los representantes de las comunidades quisieran dialogar sobre la norma. Por su parte, el Procurador General de la Nación señaló que no era necesario realizar una consulta previa sobre la ley por cuanto no se cumplía con el requisito de afectación directa. Por último, la Defensoría del Pueblo y la Asociación de Cabildos del Norte Cauca solicitaron a la Corte declarar la inexecutable de la ley al considerar que los intentos del gobierno no se acomodaron a los requisitos exigidos para la realización de la consulta previa.

La Corte Constitucional declaró constitucional la integridad de la ley demandada, al considerar que el gobierno había cumplido con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas el respectivo proyecto de ley, de acuerdo con el principio de buena fe y de manera libre e informada. Adicionalmente, afirmó que el derecho a la consulta previa no es un derecho absoluto, por lo cual la ausencia de un acuerdo, ante la abstención de las comunidades de participar en la consulta del proyecto de ley, no constituía una causal de inconstitucionalidad de la norma.

E. ECUADOR

1. Sentencia N° 001-10-SIN-CC, Casos N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 19 de marzo de 2010

Sentencia adoptada por la Corte Constitucional en el proceso de acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2, 15, 22, 26, 28, 30, 31, 43, 67, 79, 96 y la disposición final segunda de la Ley de Minería. Los accionantes consideran que estas normas son violatorias de los artículos 3, 10, 12, 14, 32, 57 numeral 17, 71, 133, 313, 318 y 425 de la Constitución Política; el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; y afirman que la Ley debe ser declarada inconstitucional porque i) desconoció el derecho de las comunidades indígenas a la consulta previa prelegislativa, ii) violó el derecho a la propiedad y al territorio de las comunidades indígenas e iii) impuso una actividad económica no sustentable en el territorio de las comunidades indígenas, en contravía del texto constitucional, el cual ordena que se respeten las actividades de sustento de las nacionalidades indígenas, en especial el manejo de la biodiversidad y de su territorio.

La Corte Constitucional consideró que la Ley de Minería se ajusta a la Constitución y declaró que el proceso de consulta prelegislativa es de carácter sustancial y no formal. Encontró que, en ausencia de regulación del procedimiento de consulta previa, durante el proceso de aprobación de la Ley de Minería, se aplicó directamente la Constitución y se implementaron mecanismos de información, participación y recepción de opiniones y criterios de un grupo de comunidades y pueblos indígenas, acordes con el núcleo esencial del derecho a la consulta previa. La Corte declaró la constitucionalidad de las disposiciones acusadas de la Ley de Minería (referidas a la declaratoria de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera), pero la condicionó a que no se apliquen a los territorios ocupados por las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, y a que toda actividad minera que pretenda realizarse en dichos territorios sea sometida a un proceso de consulta previa.

F. GUATEMALA

1. Sentencia Expedientes 1643-2005 y 1654-2005, 28 de febrero de 2008

Sentencia proferida por la Corte de Constitucionalidad al resolver la apelación de la sentencia de 20 de julio de 2005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Económico Coactivo del departamento de San Marcos, en el proceso de amparo promovido por la compañía Montana Exploradora de Guatemala contra el Concejo Municipal del municipio de Sipacapa del departamento de San Marcos. La compañía alega que el Consejo Municipal, al convocar a una consulta popular de buena fe, no tuvo en cuenta que la consulta no forma parte del trámite que debe agotarse para la extensión de licencias de explotación minera, que un órgano municipal no puede convocarla y que la explotación racional y técnica de minerales está consagrada constitucionalmente como de utilidad y necesidad públicas, por lo que no puede modificarse por medio de un acuerdo de nivel municipal.

El Consejo Municipal alegó que la consulta popular realizada tiene fundamento jurídico en los artículos 253 y 254 de la Constitución Política, en el Código Municipal y en el Convenio 169 de la OIT. Adicionalmente, expresó que en el municipio de Sipacapa se encuentra asentada la comunidad Sipakapense, reconocida como una de las 22 comunidades lingüísticas de ascendencia maya existentes en Guatemala, a la que el Estado tiene la obligación de proteger.

La Corte de Constitucionalidad revocó la sentencia apelada al no encontrar violación de los derechos señalados por la compañía y constatar que el Consejo Municipal, al convocar la consulta popular, actuó dentro de sus competencias legales, que lo facultan para convocar a sus habitantes para que se pronuncien sobre medidas susceptibles de afectarlos. La Corte constató igualmente que las disposiciones adoptadas no afectan el dominio de los bienes de la compañía.

2. Sentencia Expediente 2376-2007, 28 de febrero de 2008

Sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad en la acción de inconstitucionalidad promovida por Hidroeléctrica Río Hondo, contra las disposiciones contenidas en el punto tercero del acta 20-2005 de 10 de mayo de 2005, el punto cuarto del acta 32-2005 de 5 de julio de 2005 y el punto tercero del acta 33-2005 de 7 de julio de 2005, todas del Concejo Municipal de Río

Hondo, departamento de Zacapa, mediante las cuales se convoca a sus habitantes a una consulta sobre la construcción de hidroeléctricas en su territorio. El accionante estima que el Consejo Municipal usurpó las facultades del Congreso de la República y de otros órganos administrativos y gubernamentales al emitir disposiciones de carácter general que regulan la generación y distribución de energía eléctrica, lo cual contraviene el principio de jerarquía normativa y colisiona con los artículos 1, 2, 39, 44, 119, 121, 129, 134, 138, 152, 153, 154 y 171 de la Constitución Política. También considera contrario a la Constitución que una municipalidad decida evitar la construcción de hidroeléctricas en su territorio con fundamento en una consulta popular local, en detrimento del interés nacional y sobre bienes estatales de uso público.

La Municipalidad de Río Hondo defendió la constitucionalidad de las disposiciones adoptadas por el Consejo Municipal argumentando que está facultado por la Constitución Política y el Código Municipal para convocar a los vecinos del municipio a consultas sobre temas de interés general. Además, el Consejo Municipal se encuentra facultado para intervenir cuando se vean afectados los intereses de su población y su territorio. A fin de respetar la autonomía municipal, los planes de electrificación del Gobierno central deben estar coordinados con los planes de desarrollo social del Concejo Municipal.

La Corte declaró constitucional el punto tercero de las actas del Consejo Municipal, mediante las cuales se convocó a la consulta sobre la construcción de las hidroeléctricas, por considerar que es acorde con el derecho a la consulta previa y que los consejos municipales están facultados para convocar a sus habitantes para consultarles temas de interés. La Corte declaró inconstitucionales los puntos tercero y cuarto de las actas del Consejo Municipal que declaraban “vinculantes” los resultados de la consulta popular y que establecían que la municipalidad no podría otorgar ningún tipo de licencia que autorice la construcción o ampliación de hidroeléctricas en los ríos del municipio de Río Hondo. La Corte afirmó que los resultados de la consulta son de carácter indicativo y no regulatorios, pues con dicho procedimiento se busca conocer la opinión de la población, pero no regular sobre asuntos que competen a un órgano estatal diferente del convocante.

G. NICARAGUA

1. Sentencia No. 123 de 2000, 13 de junio de 2000

Sentencia adoptada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia en el recurso de amparo interpuesto por los representantes de la Comunidad Rama Key, mediante el cual solicitan la protección de sus territorios. Los peticionarios fundamentan el recurso en la invasión que pretenden hacer unas 100 personas instigadas por el delegado departamental del INRA en Bluefields, y dirigidas por el señor Ruiz Blandón, en tierras pertenecientes a la comunidad de Rama Key, en las áreas conocidas como El Tomas, Pataste, La Cabecera de Kent Creek, Willin Key, hasta cruzarse con la cabecera de Tonswani. Los representantes del INRA alegaron que la acción de amparo era improcedente debido a que los accionantes tenían disponible la vía administrativa para manifestar su inconformidad.

La Corte Superior de Justicia concedió el recurso de amparo interpuesto por la Comunidad Rama Key, en razón de la violación del derecho a la propiedad comunal; rechazó el argumento

del INRA, dado que la invasión de los terrenos constituye una vía de hecho, por lo cual no existía para los accionantes ningún recurso ordinario que pudieran interponer ni vía administrativa para agotar. Concluyó la Corte que el Estado tiene el deber constitucional de mantener, reconocer y garantizar la propiedad comunal como sistema de tenencia, dominio y titularidad de las tierras dentro de las comunidades de la Costa Atlántica.

2. Sentencia No. 107 de 2003, 20 de mayo de 2003

Sentencia adoptada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia en el recurso de amparo interpuesto por cuatro ciudadanos a nombre propio y en representación de sus comunidades indígenas de la Costa Atlántica, de los domicilios de Monkey Point, Cane Creek y Rama Cay, del municipio de Bluefields, en la Región Autónoma del Atlántico Sur, contra el Presidente de la República y el Procurador General de la Nación, por haber presentado el proyecto de ley de aprobación del *Contrato para el Estudio de Factibilidad, Diseño Final, Construcción y Operación del Proyecto, Canal Interoceánico de Nicaragua*. Alegaron los actores que la concesión estaba conformada por inversionistas extranjeros que pretendían pasar las construcciones y operaciones sobre las tierras ancestrales y tradicionales de las comunidades indígenas Rama y Monkey Point, y que toda la negociación del proyecto de ley se realizó sin contar con la participación ni el consentimiento de estas. Asimismo, expresaron que el proyecto arrebataría derechos de esas comunidades indígenas sobre sus bosques, aguas y otros recursos naturales, y afirmaron que la acciones realizadas por los funcionarios denunciados amenazan el goce por parte de esas comunidades de sus derechos ancestrales, lo que viola sus derechos y garantías constitucionales contenidas en los artículos 5, 46, 60, 89, 90, 91, 102, 128, 129, 177, 180 y 181 de la Constitución Política de Nicaragua.

El Procurador General de la Nación solicitó que se declare improcedente el recurso interpuesto por considerar que se dirige contra actos futuros e inciertos, como la iniciativa contenida en un anteproyecto de ley, la cual carece de efecto jurídico por ser una mera expectativa.

La Corte Superior de Justicia negó el recurso de amparo y acogió los argumentos expuestos por el Procurador General de la Nación; afirmó que no procede la acción de amparo contra el proyecto de ley por tratarse de un hecho futuro e incierto, sin vida jurídica. Además, consideró que el Presidente de la República actuó dentro de sus competencias constitucionales, al presentar una iniciativa de ley a la Asamblea Nacional, la cual no puede afectar los derechos señalados por los accionantes hasta que no sea aprobada por la Asamblea Nacional y sancionada y promulgada por el Poder Ejecutivo.

H. PANAMÁ

1. Sentencia de 6 de diciembre de 2000, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo

Sentencia adoptada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en la demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta por el licenciado Jacinto A. Cárdenas M, obrando en interés social, con el objeto de que se declare nula la Resolución N° I A-048-2000 de 1 de febrero de 2000, dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente (ANA),

mediante la cual se aprueba el estudio de impacto ambiental para la ejecución del proyecto “Hidroeléctrica Tabasará II”. El demandante alega que de no suspenderse los efectos de dicha resolución, el ente regulador de servicios públicos autorizará la concesión, se iniciarán los trabajos y se despojará a los indígenas de sus tierras, sin que haya mediado el consentimiento de las comunidades.

La Corte Suprema de Justicia suspendió provisionalmente el acto administrativo de la ANA que aprueba el estudio de impacto ambiental, debido a que dicho estudio concluía que la realización del proyecto hidroeléctrico produciría impactos permanentes e irreversibles no solo en las áreas territoriales donde tendrían lugar los trabajos para la hidroeléctrica, sino también en los terrenos ocupados desde tiempos ancestrales por la población indígena. La Corte basó su decisión, además, en que el estudio ambiental se realizó sin respetar el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y no contó con su consentimiento, necesario en aquellos casos que impliquen el traslado o desplazamiento de la población de sus reservas por virtud de la inundación de las áreas comprendidas en los trabajos de construcción de la hidroeléctrica.

La Corte desestimó los argumentos del Consorcio Hidroeléctrico Tabasará, S. A., que defendió la legalidad de la resolución dictada por la ANA y afirmó que los trabajos del proyecto de hidroeléctrica se realizarían dentro de una zona que no está habitada por población indígena, y que por esta razón no se llevó a cabo ningún proceso de consulta previa. El consorcio alegó que la Corte, al momento de suspender el acto administrativo, había ignorado las medidas acordadas para la mitigación de daños, los cuales en muchos casos eran leves; y afirmó que no se podían desconocer los beneficios en términos de generación de empleo y energía para el país. Posteriormente, el Consorcio Hidroeléctrico Tabasará, S. A. solicitó el levantamiento de la suspensión provisional. A esta solicitud se opuso el legislador de la comarca Ngobe-Buglé, Enrique Montezuma Moreno, Presidente de la Comisión de Asuntos Indígenas de la Asamblea Legislativa, representado por el licenciado Héctor Huertas González. En sentencia del 21 de diciembre de 2001, la Corte Suprema de Justicia resolvió mantener la suspensión provisional.

Nota: En el presente digesto se incluyó únicamente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 6 de diciembre de 2000, habida cuenta que esta contiene desarrollos jurisprudenciales sobre el tema de la consulta previa, mientras que la sentencia de la misma corte de 21 de diciembre de 2001 se limita a mantener la suspensión provisional de la resolución expedida por la ANA.

I. PERÚ

1. Sentencia STC 03343-2007-AA, 19 de febrero de 2009

Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el recurso de agravio constitucional interpuesto por Jaime Hans Bustamante Johnson, en representación del frente cívico de defensa de San Martín, con el apoyo del Gobierno Regional de San Martín, contra la resolución de 10 de mayo de 2007 adoptada por la Primera Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín. Esta sala había declarado infundada la demanda de amparo interpuesta contra las empresas Occidental Petrolera del Perú; LLC, Sucursal del Perú (hoy Talismán Pe-

tolera del Perú, LLC Sucursal del Perú); Repsol Exploración Perú, Sucursal del Perú (Repsol) y Petrobras Energía Perú S.A. (Petrobras).

La demanda de amparo sostiene que la exploración y posible explotación hidrocarburífera del lote petrolero 103, en el que se encuentra el Área de Conservación Regional denominada “Cordillera Escalera”, implicaría una afectación del ecosistema protegido y, por consiguiente, vulneraría el derecho de los habitantes de la Región San Martín, en particular de los habitantes del lote 103, a un ambiente sano y equilibrado. Esta área de conservación tiene una especial importancia por su biodiversidad y por ser fuente captadora y almacenadora de agua, habida cuenta que en este lugar nacen las tres cuencas hidrográficas (Cumbaza, Caynarachi y Shanusi) que son la única fuente de agua con que cuenta la población de la zona. El demandante solicitó que se suspenda la exploración y la eventual explotación de hidrocarburos en el área natural de conservación, que es un bien jurídico de relevancia constitucional.

Las empresas afirmaron que la actividad de explotación de hidrocarburos es de necesidad pública, que es compatible con la protección del ecosistema de “Cordillera Escalera” y que cumplieron con todos los requisitos y obtuvieron todas las autorizaciones legales. Solicitaron que la demanda se declarara improcedente, dado que en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria y no se ha probado el nexo de causalidad entre la exploración y la amenaza al ecosistema.

El Tribunal Constitucional acogió las pretensiones del recurrente y prohibió la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del área conocida como “Cordillera Escalera”, hasta que no se cuente con un plan maestro. El Tribunal indicó que la actividad de exploración solo puede reiniciarse una vez que el plan haya sido elaborado y se establezca la compatibilidad de la exploración y la explotación con los objetivos del Área de Conservación Regional.

2. Sentencia STC 06316-2008-PA/TC, 11 de noviembre de 2009

Sentencia proferida por el Tribunal Constitucional en el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) contra la Resolución N° 53 emitida por la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, el 1 de octubre de 2008, que declaró infundada la demanda de amparo interpuesta contra el Ministerio de Energía y Minas, Perupetro S.A., Barret Resource Perú Corporation y Repsol YPF.

En la demanda de amparo, AIDSESP sostuvo que mediante los contratos de licencia de exploración y explotación de los lotes 39 y 67, celebrados con las mencionadas empresas y aprobados mediante los decretos supremos 028-1999 de 7 de julio de 1999 y 038-1995 de 10 de diciembre de 1995 se vulneraron los derechos a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad, a la posesión ancestral, a los recursos naturales así como el derecho a la intangibilidad del territorio –previsto para futuras reservas– de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario waorani (tagaeri-taromenane), pananujuri (arabela) y aushiris o abijiras, todos ellos incluidos en el ámbito geográfico de la “Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre”. En la demanda de amparo

se sostiene igualmente que los mencionados decretos no fueron previamente consultados. La organización peticionaria solicita que se ordene la suspensión de las actividades de exploración y/o extracción de hidrocarburos en dichos territorios, así como el contacto con los pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

Las empresas demandadas sostienen que están ejerciendo las libertades económicas reconocidas en la Constitución, en un contexto de economía de libre mercado; que la organización demandante no ha presentado documentación ni otra prueba fehaciente que demuestre que las actividades hidrocarburíferas han afectado los derechos a la vida, a la salud de los pueblos indígenas o de las poblaciones no contactadas; que la empresa cuenta con un Estudio de Impacto Ambiental debidamente aprobado por la autoridad administrativa competente; que consultaron con los pueblos indígenas y que no se ha corroborado que la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos traiga como consecuencia efectos ambientales negativos. Añaden que paralizar las operaciones hidrocarburíficas causaría un grave perjuicio para el Estado, que dejaría de percibir ingresos por concepto de canon⁶ petrolero. Dado que por disposición constitucional el Estado ejerce soberanía sobre los recursos naturales, que son patrimonio nacional, es el propio Estado el que debe decidir sobre la concesión u otorgamiento de derechos sobre dichos recursos. Indican que la ley establece que los contratos de licencia son contratos-ley que se rigen por el principio de “intangibilidad contractual”, consagrado en el artículo 62° de la Constitución, por lo que no pueden ser modificados. Afirman que los pueblos indígenas en aislamiento voluntario no han sido reconocidos y que la reserva territorial indígena en que se basa el recurso es jurídicamente inexistente dado que aún no ha sido reconocida mediante decreto supremo.

El Tribunal Constitucional declaró improcedente el recurso, al considerar que no se había acreditado la existencia de la comunidad no contactada, o en aislamiento voluntario, cuyos derechos fundamentales se estarían viendo afectados. Posteriormente, en una resolución aclaratoria de esta sentencia, el Tribunal sostuvo que si bien este proyecto extractivo no había sido consultado, en atención a la seguridad jurídica de las empresas petroleras, la implementación del derecho a la consulta debe ser gradual y debe tener lugar, no desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, sino a partir del 9 de junio de 2010, fecha en que se expidió la sentencia 00022-2009-PI/TC, en la que se desarrollaron las reglas mínimas para la realización de un proceso de consulta.

3. Sentencia STC 00027-2009-PI/TC, 5 de enero de 2010

Sentencia adoptada por el Tribunal Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de 8.307 ciudadanos, contra el Decreto Legislativo 1020, mediante el cual se promueve la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario, publicado el 10 de junio de 2008 en el diario oficial *El Peruano*. Los demandantes afirman que el decreto mencionado, que constituye una medida legislativa que puede afectar directamente a las comunidades

⁶ Nota de edición: en Perú, el ingreso que reciben del Gobierno Nacional las autoridades regionales y locales, derivado de las actividades de extracción y comercialización de recursos naturales, se conoce como canon. Según el diccionario de la Real Academia Española, el canon es la “prestación pecuniaria periódica que grava una concesión gubernativa o un disfrute en el dominio público”.

campesinas y nativas, fue aprobado y promulgado sin consulta previa, libre e informada con los pueblos indígenas, tal como lo exigen los artículos 6, 15 y 17 del Convenio 169 de la OIT y los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El Procurador del Ministerio de Energía y Minas afirma que es arbitrario considerar a todas las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas, porque no todas están identificadas como tales; no existe una norma que establezca los parámetros para su determinación ni las materias específicas que deben ser consultadas con ellas y tampoco existe una norma legal que establezca el procedimiento para llevar a cabo dicha consulta. Agrega que la norma es de carácter general, que está dirigida a todos los peruanos, y que no incide o afecta a las comunidades nativas y campesinas, por lo que la pretensión de consulta previa antes de su aprobación no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la consulta previa.

El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, al considerar que la norma acusada no afecta directamente a los pueblos indígenas pues se circunscribe a la regulación del crédito agrario, que es una materia vinculada al sistema financiero, y cuyo desarrollo legal no vulnera la Constitución.

4. Sentencia STC 00022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010

Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5.000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo 1089, que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008. Este decreto fue expedido en el marco de la delegación de facultades que el Congreso le había otorgado al Ejecutivo para la implementación del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos. Los demandantes solicitaron que la norma fuera declarada inconstitucional, pues aunque afectaba directamente a los pueblos indígenas, fue promulgada sin consulta previa, libre e informada con estos pueblos, en contravía de lo que ordena el Convenio 169 de la OIT. De esta manera se afectaron los derechos fundamentales de los pueblos indígenas a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral, establecidos en los artículos 6, 15 y 17 del mencionado convenio.

El Procurador del Ministerio de Energía y Minas señala que el Convenio N° 169 de la OIT no es aplicable a este caso puesto que la población peruana es predominantemente mestiza, que los pueblos indígenas en el Perú no están identificados, que no puede hablarse de la omisión de consulta pues este derecho no está reglamentado y que el decreto legislativo cuestionado no afecta a los pueblos indígenas.

El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, teniendo en cuenta que el Decreto Legislativo 1089 no resultaba aplicable a los pueblos indígenas, por disposición expresa del Decreto Supremo N° 032-2008-VIVIENDA, que al reglamentar aquel, señaló que los pueblos indígenas se encontraban excluidos de su ámbito de aplicación. El Tribunal, sin embargo,

desarrolla ampliamente en esta sentencia los alcances del derecho a la consulta previa, de los principios y las características que le son inherentes (buena fe, flexibilidad, objetivo de alcanzar un acuerdo, transparencia, implementación previa del proceso de consulta) y de las etapas que comprende el proceso de consulta.

5. Sentencia STC 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010

Sentencia proferida por el Tribunal Constitucional en el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESEP) contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de 4 de junio de 2009, que declaró improcedente la demanda de cumplimiento interpuesta contra el Ministerio de Energía y Minas para que cumpliera con el Convenio 169 de la OIT y adecuara sus normas, reglamentos y directivas a este tratado internacional.

Los recurrentes solicitan que el Ministerio de Energía y Minas adecue su normatividad interna (reglamentos y directivas) al contenido del mencionado convenio, particularmente en lo relativo a los derechos a la consulta previa, a las tierras, los territorios y los recursos naturales. Agregan que si bien existen algunas normas que se refieren a estos temas, ellas son de carácter general, es decir, son aplicables a toda la población nacional y no se refieren especialmente a la situación de los pueblos indígenas. También indican los recurrentes que el Congreso ha incurrido en omisión legislativa, por no desarrollar normativamente el derecho a la consulta previa. Por su parte, el Estado envió al Tribunal las normas que en su criterio implican un desarrollo normativo de la consulta previa en el sector de energía y minas.

El Tribunal Constitucional declaró fundado el recurso y ordenó al Ministerio de Energía y Minas emitir un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y exhortó al Congreso a desarrollar legislativamente este derecho. Con esta sentencia, el Tribunal le otorga una nueva dimensión al proceso constitucional de cumplimiento, al señalar que este no solamente es la vía idónea para reclamar el cumplimiento de normas de rango legal o la ejecución de actos administrativos, sino que también es la vía pertinente para reclamar el cumplimiento de normas constitucionales, como el Convenio 69 de la OIT, específicamente cuando se evidencia una inconstitucionalidad por omisión por parte del legislador. El Tribunal consideró que las normas que según el Ministerio de Energía y Minas habían desarrollado el derecho a la consulta previa lo habían hecho en forma parcial e insuficiente y en muchos casos habían desnaturalizado el derecho, al convertirlo en talleres informativos.

6. Sentencia STC 00025-2009-PI/TC, 17 de marzo de 2011

Sentencia adoptada por el Tribunal Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama y 8.099 ciudadanos contra la Ley de Recursos Hídricos N° 29338. Los demandantes alegan que la norma impugnada constituye una medida legislativa que fue promulgada sin que se efectuara previamente ninguna consulta con los pueblos indígenas, a pesar de contener disposiciones que los afectaban. Agregan que de esta manera se desconoció lo que ordena el Convenio 169 de la OIT. De igual forma, expresan que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Señalan que la ley no establece mecanismos mediante

los cuales las comunidades nativas y campesinas puedan desarrollarse y mejorar su economía, lo que pone en grave riesgo su supervivencia.

El Estado, al contestar la demanda, señala que de acuerdo con los artículos 6 y 7 del Convenio 169 OIT, la consulta a los pueblos indígenas solo debe realizarse en el supuesto de que la ley pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural, lo que no sucede en este caso. Añade que no existe una violación del derecho a la igualdad, pues la ley impugnada trata de manera más favorable a las comunidades campesinas y nativas. Igualmente, sostiene que la ley cuestionada no tenía que ser consultada con los pueblos indígenas, pues no los comprende exclusivamente entre sus destinatarios, al ser una regulación general del uso primario y poblacional de los recursos hídricos.

El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, al considerar que la medida legislativa impugnada no había afectado directamente a los pueblos indígenas, pues se trataba de una norma de carácter general que no los tenía como únicos destinatarios. Además, la norma no regula directamente aspectos que tienen que ver con sus derechos colectivos. El Tribunal considera que la Ley 29338 es una norma de alcance general que solo de manera indirecta podría implicar una afectación de los pueblos indígenas.

7. Sentencia STC 00024-2009-PI, 26 de julio de 2011

Sentencia proferida por el Tribunal Constitucional con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de 6.226 ciudadanos, contra el Decreto Legislativo 994, mediante el cual se promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola, publicado el 13 de marzo de 2008 en el diario oficial *El Peruano*. La norma cuestionada fue expedida sin realizar un proceso de consulta previa e informada con los pueblos indígenas. Esta norma permite la realización de proyectos de irrigación en las tierras eriazas⁷, con excepción de aquellas que tengan títulos de propiedad privada o comunal; de esta forma se desprotegen las comunidades que tienen derechos de posesión ancestral en dichas tierras aunque no cuenten con títulos de propiedad.

El Estado sostiene que el Convenio 169 de la OIT es inaplicable en el Perú, que tiene una población predominantemente mestiza; que si bien es cierto que gran parte de las comunidades campesinas en su origen fueron ancestrales e indígenas, ahora son mestizas. Afirmar que resulta arbitrario considerar a todas las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas. A su juicio, lo pertinente y necesario para adaptar el Convenio 169 de la OIT a la realidad del país, es dictar una ley que precise bajo qué requisitos, condiciones, características, etc., debería considerarse que determinadas comunidades o colectividades sociales son pueblos indígenas. El Estado sostiene que no se puede declarar la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 994 ni de ninguna norma legal con rango de ley por no haber consultado previamente a los pueblos indígenas, porque estos no están identificados en una norma legal que establezca los lineamientos y parámetros para su determinación así como las materias específicas a consultarles

⁷ Nota de edición: En Perú, las tierras eriazas son aquellas que no pueden ser explotadas por ausencia o exceso de agua. La Ley 24656 las define en su artículo 7 así: “Son tierras eriazas con aptitud agropecuaria, las no explotadas por falta o exceso de agua”.

y, además, porque no existe una norma legal que establezca el procedimiento para llevar a cabo la consulta.

El Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda, al considerar que no afecta directamente a los pueblos indígenas. Según el Tribunal, el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 994 no contiene, directa ni indirectamente, ninguna regulación que afecte la propiedad comunal de los pueblos indígenas, porque sus tierras no se encuentran comprendidas en los alcances del Decreto Legislativo N° 994.

8. Sentencia STC 01126-2011-HC/TC, 11 de septiembre de 2012

Sentencia proferida por el Tribunal Constitucional en el recurso de agravio constitucional interpuesto por Juana Griselda Payaba Cachique, presidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas, contra la resolución expedida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, mediante la cual ordenó el retiro de un cerco de madera y de una vivienda construida en medio de un camino vecinal dentro del territorio de la comunidad. Manifiesta la demandante que la construcción del cerco y de la vivienda es producto de las decisiones tomadas en ejercicio de la jurisdicción indígena, para detener la intrusión no autorizada de terceros que estarían vulnerando la integridad territorial, física y biológica de la comunidad con la realización de actividades de tala ilegal de árboles, de minería informal y de prostitución dentro de su territorio.

La Procuraduría del Poder Judicial solicitó el rechazo de la demanda, por cuanto la sentencia objetada había sido motivada adecuadamente y no había vulnerado ningún derecho fundamental. También se pronunciaron las empresas de transportes Los Pioneros S.R.L. y Los Mineros S.A.C, que utilizan el camino vecinal que resultó obstaculizado por el cerco y la vivienda construida por la comunidad. Afirman que la demandante nunca interpuso el recurso de agravio constitucional contra la sentencia ahora cuestionada y que ahora pretende su anulación. Por último, señalan que cuentan con el permiso respectivo para transitar por la carretera.

El Tribunal Constitucional declaró procedente el recurso, al considerar que existió una vulneración de los derechos a la propiedad del territorio y a la autonomía de la comunidad nativa, por la autorización, otorgada mediante la sentencia de la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, para la utilización del camino vecinal y por la orden de remover el cerco y la vivienda que habían sido construidos por la comunidad. En consecuencia, el Tribunal declaró nula la Resolución No. 8, derivada del Expediente No. 00624-2010-0-2701-JR-PE-01, expedida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.



Capítulo I

Los miembros de las comunidades indígenas merecen especial protección

Tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se inspiran en la idea de que los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en tanto tales, merecen una protección especial, orientada a preservar y a fortalecer sus identidades particulares y diferentes así como su diversidad cultural, consideradas por la comunidad internacional como patrimonio común de la humanidad⁸. Los Estados que han ratificado o aprobado estos instrumentos internacionales deben entonces asegurar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales que habitan en su territorio una protección especial, respecto de la que otorgan al resto de ciudadanos, que les permita lograr los objetivos últimos que son la razón de ser del Convenio y de la Declaración. Así, a partir de estos dos instrumentos internacionales la especial protección que merecen los pueblos indígenas y tribales se erige como un principio y un valor estructural de la organización y el funcionamiento de un Estado Constitucional de Derecho.

En este sentido, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señalan que los indígenas tienen derecho a ejercer y a gozar plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en el derecho internacional, sin ningún tipo de obstáculos o discriminación. Para garantizar efectivamente estos derechos, los Estados deben tener en cuenta las características propias de los miembros de los pueblos indígenas y conforme a ello adoptar medidas especiales de protección⁹. Con este tipo de medidas se pretende garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el mismo nivel de vida y de oportunidades disponible para los demás miembros de la sociedad. Estas medidas especiales deben reflejar las aspiraciones de los pueblos indígenas de proteger, mantener y desarrollar sus culturas e identidades, costumbres, tradiciones e instituciones.

En lo que respecta a los pueblos indígenas, sobre el principio de no discriminación, la reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”¹⁰.

La jurisprudencia del sistema interamericano, además de señalar que los miembros de las comunidades indígenas merecen especial protección, ha afirmado que los pueblos y las comunidades indígenas, como sujetos colectivos, son titulares de los derechos que les han sido reconocidos por las normas internacionales, y no únicamente sus miembros¹¹. La Corte, en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sostuvo que “los pueblos

⁸ Ver los considerandos del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁹ Convenio 169 de la OIT, art. 4.

¹⁰ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 270.

¹¹ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 231.

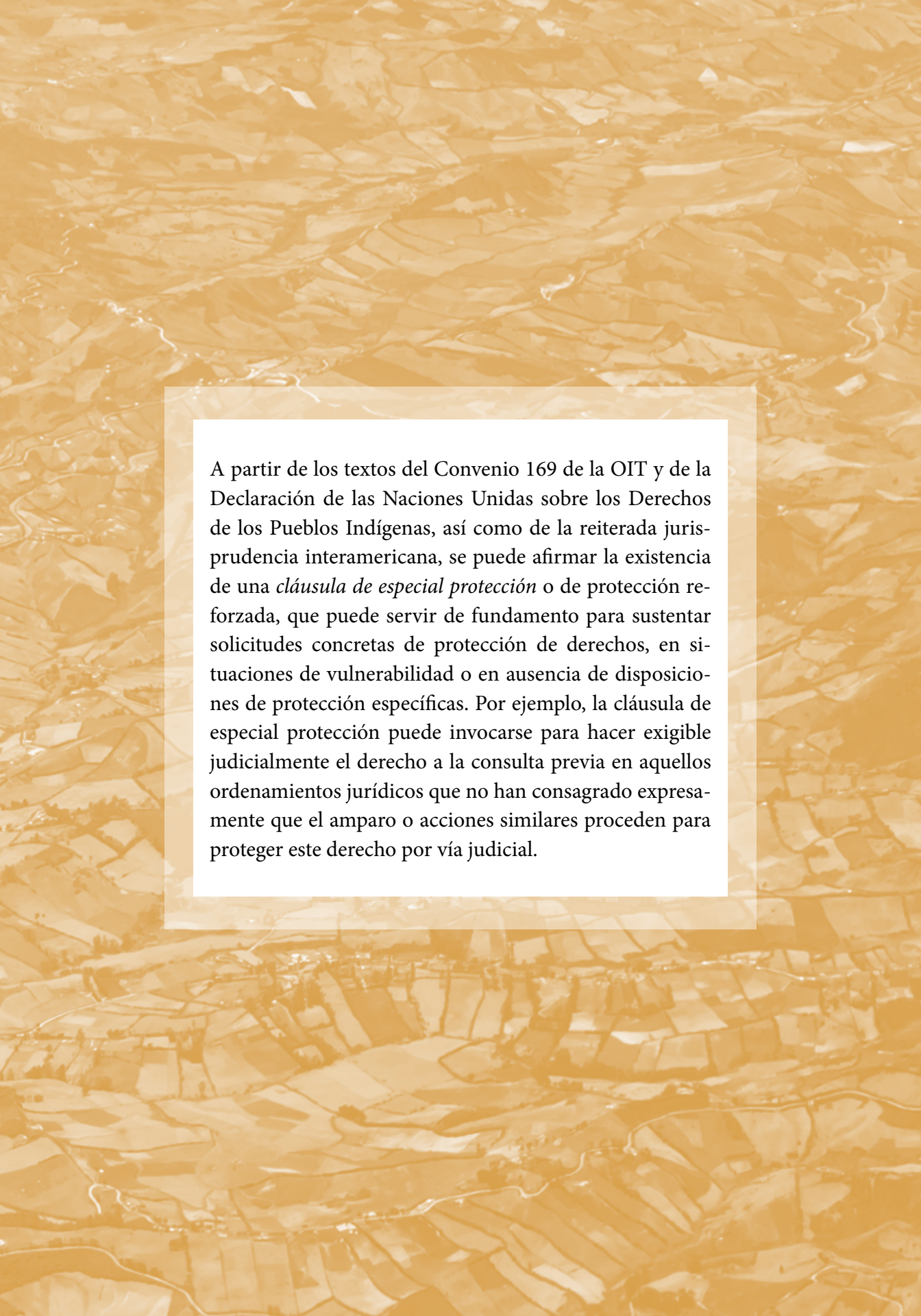
y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva”¹².

En armonía con las normas internacionales y con la jurisprudencia interamericana mencionada, la jurisprudencia constitucional colombiana ha señalado de manera uniforme que, bajo el ordenamiento jurídico colombiano, las comunidades étnicas (indígenas, afrodescendientes, palenqueros, raizales, rom) en sí mismas como sus miembros individuales son sujetos de especial protección. Lo anterior, en virtud del principio de igualdad real y material, y habida cuenta del grado de vulnerabilidad en el que se encuentran dichas comunidades en este país, como consecuencia de la discriminación histórica y sistemática a la que han estado sometidas y de la violencia derivada del conflicto armado interno, que las ha afectado de manera particular.

Se puede observar, en este tema específico, una incorporación en el derecho interno de Colombia –uno de los Estados cuya jurisprudencia se estudió para este digesto– de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es pertinente señalar que en las sentencias analizadas de los demás países incluidos en este estudio no encontramos desarrollos específicos similares. No obstante, en esos otros países, a partir de los textos del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como de la reiterada jurisprudencia interamericana¹³, se puede afirmar la existencia de una *cláusula de especial protección* o de protección reforzada, que puede servir de fundamento para sustentar solicitudes concretas de protección de derechos, en situaciones de vulnerabilidad o en ausencia de disposiciones de protección específicas. Por ejemplo, la cláusula de especial protección puede invocarse para hacer exigible judicialmente el derecho a la consulta previa en aquellos ordenamientos jurídicos que no han consagrado expresamente que el amparo o acciones similares proceden para proteger este derecho por vía judicial (ver, en este mismo digesto, el capítulo III.B).

¹² *Ídem*.

¹³ Todos los países incluidos en este estudio han ratificado el Convenio 169 de la OIT, salvo Panamá; todos aprobaron la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y todos han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cabe aclarar que Colombia se abstuvo de votar a favor de la Declaración el día en que esta fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007, pero posteriormente, el 21 de abril de 2009, hizo llegar a la Secretaría General de las Naciones Unidas una nota en la que expresa su decisión de respaldar unilateralmente la Declaración.



A partir de los textos del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como de la reiterada jurisprudencia interamericana, se puede afirmar la existencia de una *cláusula de especial protección* o de protección reforzada, que puede servir de fundamento para sustentar solicitudes concretas de protección de derechos, en situaciones de vulnerabilidad o en ausencia de disposiciones de protección específicas. Por ejemplo, la cláusula de especial protección puede invocarse para hacer exigible judicialmente el derecho a la consulta previa en aquellos ordenamientos jurídicos que no han consagrado expresamente que el amparo o acciones similares proceden para proteger este derecho por vía judicial.

COLOMBIA, Sentencia C-180 de 2005, 1 de marzo de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto):

4. [...] En efecto, las comunidades indígenas de conformidad con reiterada jurisprudencia son sujetos constitucionales de especial protección, en razón a la situación de marginamiento y discriminación a la que tradicionalmente han estado sometidos. Con fundamento en el principio constitucional que reconoce el carácter pluriétnico y multicultural de la Nación colombiana (art. 7 CP), y en el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991), la Corte Constitucional ha reconocido a las comunidades indígenas como sujetos colectivos¹⁴, titulares del derecho a la diversidad e integridad étnica y cultural.

COLOMBIA, Sentencia T-235 de 2011, 31 de marzo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva):

2.2. La jurisprudencia constitucional ha señalado, además, que los pueblos indígenas, al igual que las personas con identidad étnica indígena, son sujetos de protección constitucional reforzada, en atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, especialmente en sus incisos 2º y 3º, que ordenan a todas las autoridades prodigar un trato especial (favorable) a grupos y personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad o en situación de debilidad manifiesta.

La caracterización de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional atiende a su situación de vulnerabilidad, originada en los siguientes aspectos históricos, sociales y jurídicos: la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión); y la especial afectación que el conflicto armado del país ha significado para las comunidades indígenas, principalmente por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios, situación que adquiere particular gravedad, en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de las comunidades aborígenes¹⁵.

¹⁴ Ver por ejemplo las sentencias T-380/93, T-01/9(sic), SU-510/98[,] entre otras.

¹⁵ Sobre el último de los aspectos mencionados remite la Sala al auto 04 de 2009.



Capítulo II

Derecho a la participación

En las democracias constitucionales, la participación es un principio y un valor inherente a la noción y a la esencia misma de democracia, al punto que es difícil concebir la existencia de un verdadero régimen democrático sin derechos de participación y sin mecanismos que garanticen estos derechos de las personas en los procesos de toma de decisiones estatales que puedan afectarlas. En esta lógica, la participación es, además, un fin principal de los gobiernos democráticos, habida cuenta que sus decisiones tienen legitimidad en la medida en que sean producto de la deliberación pública y de la participación ciudadana. Adicionalmente, el principio democrático debe concretarse en la protección de los derechos individuales de participación así como en su ejercicio colectivo. En las democracias constitucionales, los derechos de participación cuentan con protección jurídica tanto en normas internas, como las constituciones políticas, cuanto en instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio 169 de la OIT.

En este orden de ideas, la participación ciudadana va más allá de los derechos a acceder al ejercicio de funciones públicas, a conformar los órganos de elección popular y a votar por quienes aspiran a integrar dichos órganos. Para configurar una sociedad auténticamente democrática, los derechos políticos, como primera y básica manifestación del principio democrático, deben complementarse con otros mecanismos y formas de participación, que los Estados deben poner a disposición de todas las personas que habitan su territorio. Este deber estatal tiene particular importancia respecto de las minorías y los grupos vulnerables, a quienes se les deben garantizar las condiciones que les permitan participar real y efectivamente en los asuntos y decisiones que les atañen. Este deber es especialmente importante en relación con los pueblos indígenas, habida cuenta que “los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender sus preocupaciones particulares [y que estos pueblos] por lo general quedan excluidos de la esfera política”¹⁶.

La participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida política, económica y social es entonces un aspecto central y de vital importancia en una verdadera democracia constitucional. En armonía con este planteamiento, la normativa internacional protege el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en la vida política, social y cultural del Estado¹⁷. De manera más concreta, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a participar en:

- 1) las acciones que desarrollen los Estados para proteger los derechos de dichos pueblos y asegurar el respeto de su dignidad¹⁸;
- 2) la adopción de decisiones que afecten sus derechos, por conducto de representantes elegidos de conformidad con sus propios procedimientos, así como en las instituciones

¹⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 80.

¹⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 15.

¹⁸ Convenio 169 de la OIT, art. 2.

electivas y organismos responsables de políticas y programas que les conciernan, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población¹⁹;

- 3) la adopción de medidas encaminadas a superar las dificultades que experimenten los pueblos indígenas al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo; en el mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo, salud y educación, que deberá ser una prioridad en los planes de desarrollo económico de las regiones que habitan, y en la formulación y ejecución de programas de educación que aseguren la formación de los miembros de los pueblos indígenas²⁰;
- 4) la elaboración de los programas económicos y sociales que les conciernan y en la administración de esos programas mediante sus propias instituciones²¹;
- 5) la formulación, aplicación y evaluación de los planes de desarrollo nacional y regional que los puedan afectar directamente²²;
- 6) los procesos de reconocimiento y adjudicación de derechos sobre sus tierras, territorios y recursos, incluidos aquellos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado²³;
- 7) la utilización, administración y conservación de los recursos naturales y, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten las actividades de prospección o extracción de recursos naturales²⁴;
- 8) la adopción de medidas orientadas a poner a disposición de los pueblos indígenas programas de formación profesional que respondan a las necesidades de dichos pueblos²⁵;
- 9) las medidas que se adopten para fomentar y fortalecer la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección²⁶.

Además del derecho a participar en los anteriores ámbitos de decisión, las normas internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales establecen una forma específica de participación: la consulta previa que deben realizar los gobiernos con los pueblos indígenas y tribales siempre que prevean la adopción de medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos directamente²⁷.

¹⁹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 18 y Convenio 169 de la OIT, art. 6.1.b.

²⁰ Convenio 169 de la OIT, arts. 5, 7.2 y 27.

²¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 23.

²² Convenio 169 de la OIT, art. 7.1.


²³ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 27.

²⁴ Convenio 169 de la OIT, art. 15.1 y 15.2.

²⁵ Convenio 169 de la OIT, art. 22.2.

²⁶ Convenio 169 de la OIT, art. 23.1.

²⁷ Convenio 169 de la OIT, art. 6 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 19 y 32.



Del carácter esencial que tiene la participación, como postulado fundamental, columna vertebral y criterio de interpretación del Convenio 169 de la OIT, se deriva que la consulta previa no puede entenderse solo desde una perspectiva procesal, como un simple trámite. La consulta previa debe comprenderse como una forma de participación, que se concreta en un derecho cuyo respeto pleno es crucial para lograr una protección efectiva de los pueblos indígenas, además de contribuir al correcto cumplimiento del Convenio 169 de la OIT y al robustecimiento de la democracia constitucional.

Los derechos a la participación en general y a la consulta previa en particular, en la lógica del Convenio 169 de la OIT, son vitales para preservar la identidad propia y la diversidad cultural de dichos pueblos, que es una finalidad tanto del Convenio como de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El derecho a la participación y el derecho a la consulta previa tienen una importancia medular en la estructura del mencionado convenio. Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha afirmado de manera reiterada “que la “consulta y participación” constituyen la piedra angular del Convenio núm. 169 y la base de todas sus disposiciones”²⁸; y, en el mismo sentido, el Director de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe ha afirmado que el Convenio 169 de la OIT “tiene dos postulados básicos: el respeto de las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas, y la consulta y la participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan”²⁹. Son tan importantes el respeto de la forma de vida y la cultura de los indígenas, y la participación y la consulta, que “[e]stas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del instrumento que fue adoptado en 1989”³⁰.

Del carácter esencial que tiene la participación, como postulado fundamental, columna vertebral y criterio de interpretación del Convenio 169 de la OIT, se deriva, por ejemplo, que la consulta previa no puede entenderse solo desde una perspectiva procesal, como un simple trámite. La consulta previa debe comprenderse como una forma de participación, que se concreta en un derecho cuyo respeto pleno es crucial para lograr una protección efectiva de los pueblos indígenas, además de contribuir al correcto cumplimiento del Convenio 169 de la OIT y al robustecimiento de la democracia constitucional.

La trascendencia del derecho a la participación puede irradiar también la realización y la interpretación de otros derechos de los pueblos indígenas consagrados tanto en las normas internacionales como en las constituciones y la legislación interna de los Estados. Así, por ejemplo, la participación de los pueblos indígenas en los procesos de reconocimiento y adjudicación de derechos sobre sus tierras y territorios reviste tal importancia, que si las decisiones de este tipo son tomadas sin la adecuada participación de los pueblos indígenas, su legalidad puede resultar viciada, lo que puede traer como consecuencia la invalidez, nulidad, inconstitucionalidad, carencia de efectos o inaplicabilidad de dichas decisiones.

Las decisiones judiciales que se presentan a continuación –provenientes de la Corte Constitucional colombiana– resaltan la importancia estructural del derecho a la participación en una democracia constitucional, y su carácter de mecanismo de garantía, entre otros, del

²⁸ OIT, Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169)* en: Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ref: ILC.100/III/IA, 16 de febrero de 2011.

²⁹ OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, *Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, segunda edición, Lima, 2007, presentación del Director de la Oficina Regional, Jean Maninat Machado, a la segunda edición, diciembre de 2007.

³⁰ *Ídem.*

derecho a la integridad cultural. En armonía con los contenidos del Convenio 169 de la OIT, la corte colombiana afirma que los pueblos indígenas tienen varias formas de ejercer su derecho a la participación y las distingue de los mecanismos existentes para el resto de la población. Por una parte, subraya que los pueblos indígenas deben contar con las condiciones necesarias para ejercer la participación como mínimo en las mismas condiciones que lo hacen el resto de ciudadanos. Por otra, establece que el principio general de participación se complementa con una garantía especial, que es el derecho a la consulta previa, la cual tiene como fin lograr el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y las comunidades cuando se vayan a adoptar decisiones que tengan como propósito o efecto la afectación de sus derechos. Por último, la Corte ha adoptado un concepto de libre determinación en el que se incluyen los derechos de participación. El aparte B de este capítulo incluye las decisiones judiciales que se refieren a estas tres formas de participación democrática con que cuentan los pueblos indígenas.

Teniendo en cuenta que el fundamento de las sentencias seleccionadas para esta parte del digesto se encuentra en el Convenio 169 de la OIT (además de las disposiciones de la Constitución Política de Colombia), este tratado puede servir de base jurídica para que en otros países se adopten razonamientos similares sobre el derecho a la participación de los pueblos indígenas, por ejemplo, en lo que tiene que ver con el deber estatal de adoptar medidas que les permitan a las minorías lograr una participación real en los asuntos que las afectan, incluidos los mecanismos electorales especiales.

A. ASPECTOS GENERALES

COLOMBIA, *Sentencia C-169-01, 14 de febrero de 2001* (M.P. Carlos Gaviria Díaz):

3.1. [...] la participación es un elemento de importancia estructural para el ordenamiento constitucional colombiano; tanto así que, de conformidad con el Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta, es uno de los principios fundantes del Estado y, simultáneamente, uno de los fines esenciales hacia los cuales se debe orientar su actividad. Por ello, cualquier medida destinada a fortalecer la participación cuenta, de entrada, con un firme apoyo en la Constitución. [...]

La relación inescindible que se establece entre el pluralismo y la participación en una democracia constitucional como la colombiana, trae como consecuencia inmediata la necesidad de que el sistema representativo refleje al máximo, en su conformación, las distintas alternativas políticas que plantea la sociedad; especialmente cuando el artículo 133 de la Carta dispone, expresamente, que “*los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común*”. Es esta representatividad social, sin duda, lo que legitima el quehacer de corporaciones de elección popular como el Congreso de la República, las cuales, por esa misma razón, deberán contar con la participación efectiva, tanto de los sectores tradicionalmente marginados de lo público, como de las formas minoritarias y diferentes de organización social –categorías frecuentemente superpuestas–.

COLOMBIA, Sentencia C-418-02, 28 de mayo de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis):

5. [...] La Corte, igualmente, ha estudiado en forma detenida lo relativo a las características, alcance y efectos de la proyección del derecho de participación como garantía de efectividad y realización del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas cuando de la explotación de los recursos naturales se trata y ha establecido como rasgos especiales del mismo los siguientes:

- Constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social³¹.
- No se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades³² (subrayas fuera de texto).
- El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos³³. Ahora bien corresponde a cada

³¹ Entre otras sentencias[, se encuentran] las T-188 de 1993[,] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-342 de 1994[,] M.P. Antonio Barrera Carbonell, SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-825 de 2001[,] M.P. Martha V. Sáchica M[é]ndez, C-825 de 2001[,] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³² SU-039 de 1997[,] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³³ Sentencia T-652 de 1998 que pone de presente la unificación jurisprudencial que en cuanto al tema del bloque de constitucionalidad que integra el Convenio 169 de la OIT con el artículo 40-2 de la Constitución, de conformidad con los artículos 93 y 94 de la Constitución, formul[ó] la Sentencia SU-039 de 1997. En esta sentencia se puntualiza:

“Diferentes normas del mencionado convenio apuntan a asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios, así:

‘Artículo 5o. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

‘a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

‘b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

‘c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo’.

‘Artículo 6o. 1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

‘a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

‘b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueden participar libremente, por

lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin;

‘2.- 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’.

‘Artículo 7: Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente’.

‘Artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos’.

‘2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades’.

“Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la 9ª- (sic) Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

“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 dé 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.

“Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

“En todo caso deben arbitrase 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”.

Estado señalar, ya sea en la Constitución y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades como un instrumento de protección de los intereses de éstas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado.

COLOMBIA, *Sentencia C-891 de 2002, 22 de octubre de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería)*:

8. [...] [T]oda persona tiene derecho a vincularse a los procesos de toma de decisiones que le conciernen o que afecten directa o indirectamente su esfera vital, así como a tomar parte en los diversos aspectos de la vida socio-económica y en las decisiones adoptadas por los distintos órganos del Estado, valiéndose al efecto de los correspondientes mecanismos de participación [...].

9. Ahora bien, según se ha visto en líneas precedentes, al tenor del artículo 1 de la Constitución Política la participación ciudadana es un principio ligado al carácter pluralista del Estado, en la medida en que uno de sus fines es el de garantizar la efectividad de los mecanismos de participación de todos los asociados, especialmente de las minorías que, por lo general, carecen de instrumentos y espacios idóneos para promover sus propuestas y cultivar sus ideas en los distintos niveles comunitarios y políticos. En ese sentido renuevan su vigencia las palabras de la Corte cuando afirma que “*el respeto por las minorías debe traducirse en formas reales de participación como minorías, en el respeto por la diferencia como garantía de libre expresión*”³⁴. Así entonces, **por tratarse de sujetos de especial protección (C.P. Art. 13) al Estado le corresponde impulsar mecanismos que empoderen a las minorías en orden a lograr su participación real en los asuntos que las afectan.**

COLOMBIA, *Sentencia C-030 de 2008, 23 de enero de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)*:

4.2.1. En cuanto tiene que ver con el derecho general de participación cabe señalar que el Convenio se orienta a obtener que se garanticen a los pueblos interesados unas oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que están a disposición de otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. [...]

De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias³⁵ y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la cir-

³⁴ Sentencia C-866 de 2001[,] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³⁵ En el Capítulo IX de la Ley 5 de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual, en el artículo 230 se dispone que “Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto

cunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.

COLOMBIA, *Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla)*:

4. [...] Lo anterior [el derecho general de participación de los pueblos indígenas], encuentra asidero en [el] artículo 1° de la Constitución que consagra el ámbito de la democracia participativa; el mandato general contenido en el artículo 2°, conforme al cual debe promoverse la participación de todos en los asuntos que los afecten; y el artículo 13 que dispone una garantía general de igualdad que proscribire toda forma de discriminación y contempla la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados.

COLOMBIA, *Sentencia T-547 de 2010, 1 de julio de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)*:

4.1.2.1. [...] Para la Corte el derecho general de participación a que alude el Convenio se orienta a obtener que se garanticen a los pueblos interesados unas oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que están a disposición de otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

Esa previsión tiene arraigo en la garantía contra la discriminación, en la medida en que proscribire toda acción u omisión que, de alguna manera, recorte, en relación con estas comunidades, los espacios de participación que, de manera general, se han previsto para todos los colombianos. Ello impone, también, la adopción de acciones positivas encaminadas a asegurar que el derecho de participación sea real y efectivo en relación con comunidades que han sido tradicionalmente discriminadas y marginadas y que han estado por fuera de los circuitos de la participación política.

COLOMBIA, *Sentencia T-348 de 2012, 15 de mayo de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)*:

2.3.2.6. [...] [E]l derecho a la participación de la comunidad en el diseño y ejecución de megaproyectos, es un derecho autónomo que se encuentra reconocido por la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación, y adquiere un carácter instrumental en el marco de la ejecución de megaproyectos que implican la intervención del medio ambiente, en la medida en que sirven para realizar diagnósticos de impacto adecuados y diseñar medidas de compensación acordes con las calidades de las comunidades locales que se verán afectadas. **El derecho a la participación de comunidades**

que no son titulares del derecho fundamental a la consulta previa debe garantizarse por medio de espacios de información y concertación, en los que se manifieste el consentimiento libre e informado de la comunidad que se verá afectada, con el fin de establecer medidas de compensación eficientes. [...]

2.6.3.1. Para la Sala es importante advertir que en el presente caso, no es aplicable la consulta previa, en razón a que no se está ante un grupo culturalmente diferenciado titular de este derecho especial de participación, como lo son los indígenas y los afrodescendientes³⁶.

2.6.3.2. Sin perjuicio de lo anterior, como se resaltó en apartes previos, lo cierto es que cuando se trata de la realización de grandes proyectos de infraestructura que conllevan una afectación al ambiente, es necesario garantizar la participación de las comunidades afectadas con base en lo consagrado en los artículos 2, 40, 79 y 103 en la Constitución. De la misma forma, como parte de las decisiones que toma la administración y que afectan las tradiciones y la vida diaria de las poblaciones, el derecho al debido proceso administrativo y el derecho a la participación, obligan a concertar con la comunidad las medidas previas, interinas y posteriores que se adoptarán en el desarrollo de la ejecución del proyecto, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales.

Como se ilustró en el aparte de consideraciones de la presente sentencia, a pesar de que la Asociación actora no hace parte de una comunidad indígena, afrodescendiente o tribal, esto no es óbice para que en las negociaciones previas y estudios de impacto del proyecto “Anillo Vial Malecón Vía Crespo”, ignoren las opiniones de la comunidad de pescadores que trabajan en las playas afectadas. Es decir, 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 sobretudo 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 realizará³⁷, 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 este orden de ideas, la Sala advierte que la participación de una comunidad específica no se puede reducir a que la autoridad competente organice reuniones de información o de socialización del proyecto, sino que éstas deben realizarse en coordinación con la comunidad, y deben contener espacios que garanticen efectivamente la participación³⁸. En otras palabras, los espacios no deben ser de naturaleza únicamente informativa sino verdaderos espacios de concertación teniendo en cuenta los intereses de la comunidad afectada, y no sólo los del proyecto a realizar.

³⁶ Esto es confirmado por el escrito allegado por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior a la Secretaría de la Corte Constitucional el 13 de abril de 2012. Adicionalmente es corroborado por la Procuraduría judicial de asuntos Ambientales y Rurales de Cartagena.

³⁷ Ver sentencia T-244 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁸ Ver sentencia T-129 del 3 de marzo de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

B. FORMAS DE PARTICIPACIÓN

Los instrumentos internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas prevén diversas formas de participación³⁹. Una primera forma “tiene que ver con la participación de los pueblos indígenas en la vida pública general del Estado”⁴⁰, dimensión esta que impone a los Estados el deber de adoptar medidas especiales para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en las instituciones políticas del Estado. Una segunda forma tiene que ver con el derecho de los pueblos indígenas a participar en los procesos de adopción de decisiones estatales que puedan afectarlos, cuyo corolario es el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas dichas decisiones⁴¹.

En línea con los desarrollos internacionales mencionados, en la jurisprudencia que se expone a continuación –en su mayoría de Colombia, aunque se incluyen también fallos de Chile y de Perú– es posible identificar varios tipos de mecanismos que permiten a los pueblos indígenas ejercer y hacer efectivo su derecho a la participación. Para que los pueblos indígenas puedan hacer parte de las decisiones que afectan a la generalidad de ciudadanos del país, sin que exista algún elemento que los vincule especialmente, la Constitución colombiana ha contemplado que estos pueblos participen en las elecciones para miembros del Congreso de la República, mediante circunscripciones electorales especiales que garantizan que sus miembros puedan ocupar las curules destinadas a representantes de los pueblos indígenas. En efecto, según la Constitución Política, la circunscripción nacional indígena permite la elección de senadores indígenas, y según la ley, la circunscripción especial permite que los indígenas sean elegidos para la Cámara de Representantes. Ahora bien, en caso de que la decisión se relacione con aspectos que afectan directamente a los pueblos indígenas, la jurisprudencia constitucional ha identificado una garantía independiente del mecanismo electoral, consistente en la consulta previa de la decisión, con los pueblos indígenas o sus representantes, bien que esta sea de carácter administrativo o legislativo.

COLOMBIA, Sentencia C-030 de 2008, 23 de enero de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil):

4.2. [...] De este modo, cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, **cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta** (énfasis añadido por DPLF). [...]

4.2.1. [...] [E]l ordenamiento constitucional ha abierto a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colom-

³⁹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 5.

⁴⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/65/264, 9 de agosto de 2010, párr. 43.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 44.

bianos, como los que resultan de la previsión conforme a la cual aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional; o de la disposición a cuyo tenor la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes⁴²; o de la decisión de erigir los territorios indígenas como entidades territoriales⁴³, que estarán gobernadas por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y con funciones muy amplias en ámbitos tales como la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, el diseño de las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, la colaboración con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional o la representación de los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; o de la consagración del derecho de estos pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República.

De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias⁴⁴ y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.

Tratándose de medidas generales que de alguna manera conciernan a estas comunidades, este es el escenario apropiado de participación, sin perjuicio de la mayor o menor actividad que puedan desplegar, a través de sus distintas organizaciones, en la discusión pública de los asuntos que sean objeto de consideración en el Congreso de la República y de la gestión que dichas organizaciones puedan adelantar ante las diferentes instancias administrativas y legislativas.

⁴² Sentencia C-169 de 2001.

⁴³ C.P. art. 329.

⁴⁴ En el Capítulo IX de la Ley 5 de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual, en el artículo 230 se dispone que “Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes”.

COLOMBIA, *Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla)*:

4. [...] Cabe distinguir en la anterior disposición [artículo 6 del Convenio 169 de la OIT], dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales: Primero, la obligación contenida en el literal b) de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. En segundo lugar, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

Cuando se adopten medidas en aplicación del Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos nativos: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les competen, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación; y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta.

COLOMBIA, *Sentencia C-915 de 2010, 16 de noviembre de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)*:

3.1. [...] [E]l ordenamiento constitucional abre a las comunidades indígenas y afrodescendientes espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos dentro de los cuales también están incluidas⁴⁵. Entre otros, se pueden identificar como espacio[s] de participación concretos (i) la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, (ii) la posibilidad, ya desarrollada por la ley, de establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes, (iii) la obligación de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial –artículo 329–, (iv) el mandato de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios –artículo 330– y (v) la consulta previa sobre las medidas legislativas y administrativas que los afectan directamente.

COLOMBIA, *Sentencia C-366 de 2011, 11 de mayo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)*:

11. [...] [D]e las normas constitucionales se desprenden dos modalidades definidas de participación a favor de los pueblos indígenas y afrodescendientes. La primera, de carácter general, según la cual las comunidades diferenciadas tienen el derecho a participar en la definición de las políticas estatales en el mismo grado que los demás ciudadanos, resultando por ende inadmisibles las diferenciaciones que impongan barreras

⁴⁵ Mandatos que han sido desarrollados por la ley en diversos aspectos. Al respecto ver sentencia SU-383 de 2003.

para el acceso al debate democrático. No obstante, también se ha considerado que la equidad en la participación opera sin perjuicio del reconocimiento de la identidad diferenciada de dichas comunidades, lo que obliga [a] que su participación se realice a través de mecanismos concretos y adecuados, que resulten compatibles con las particularidades de esa identidad. Dentro de esas medidas se encuentra la asignación de curules especiales en las corporaciones públicas. [...]

12. El segundo ámbito de participación es el relativo [a] la instauración de medidas que afecten *directamente* a las comunidades indígenas y afrodescendientes. En este caso, la interpretación de las normas constitucionales aplicables y, en especial, el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, hace concluir que **en estos eventos debe surtirse un procedimiento particular de consulta previa a dichas comunidades, como requisito necesario para garantizar la preservación de su identidad diferenciada.** Sobre el particular, ha señalado la Corte que *“En lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas. Este es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen”.*

1. Circunscripción especial indígena como forma de participación

Esta forma de participación (adoptada por la Constitución Política de Colombia⁴⁶, para el caso del Senado, y prevista por la misma Constitución para ser desarrollada mediante ley⁴⁷, para el caso de la Cámara de Representantes) tiene un vínculo inescindible con la representación política en sentido material. Mediante disposiciones de carácter constitucional y legal se estableció que, sin importar el grado de participación electoral de los pueblos indígenas, se debía garantizar, como mínimo, que un tanto de curules en el Senado y otro tanto en la Cámara de Representantes debían ser ocupados por personas indígenas.

COLOMBIA, Sentencia C-169-01, 14 de febrero de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz):

2.1. Así, resulta claro que el tema de dicho proyecto [de ley] se encuentra directamente relacionado con dos de los aspectos reservados por el Constituyente para ser materia de leyes estatutarias: a) por una parte, desarrolla el derecho fundamental de participación política de los ciudadanos colombianos que se encuentren en cualquiera de las tres categorías previstas por el artículo 176 Superior –grupos étnicos, minorías políticas y colombianos residentes en el exterior–; y b) por otra, crea una circunscripción electoral especial, esto es, una de las principales figuras con las que cuenta el sistema democrá-

⁴⁶ Constitución Política, art. 171.

⁴⁷ Constitución Política, art. 176, modificado por el Acto Legislativo 3 de 2005, y Ley 649 de 2001.

tico para canalizar la participación ciudadana en el órgano legislativo y enriquecer su carácter representativo. Ya ha establecido esta Corporación que *“la creación de una circunscripción especial constituye un acto que afecta directamente los resultados de los procesos electorales, pues a través de ella se modifica - en mayor o menor medida - la forma en que surge la representación política. En efecto, los estudiosos del tema electoral afirman que el establecimiento de las circunscripciones electorales – su tamaño, su delimitación – es uno de los aspectos más importantes para la determinación del sistema electoral de un país”* (Sentencia C-484/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

2.3. [...] el establecimiento de una circunscripción especial para garantizar la participación de los pueblos indígenas y las comunidades negras en la Cámara de Representantes, constituye una decisión legislativa de gran influjo sobre la vida de tales colectividades, ya que a través de dicha circunscripción podrán acceder, en condiciones más equitativas, a la instancia decisoria central del Estado colombiano.

3.1. [...] [El proyecto de ley que se revisa] enriquece la composición de la Cámara de Representantes, dotando de vocería efectiva en tal Corporación a cuatro categorías sociales que tienen en común el hecho de ocupar una posición marginal frente a las instancias decisorias nacionales y que, en ese sentido, se pueden definir como verdaderas “minorías”, desde el punto de vista político, étnico y social. Por otra, trasciende la noción clásica de la ciudadanía en tanto atributo formal de individuos abstractos, admitiendo que una parte esencial y constitutiva de la subjetividad humana está dada por la pertenencia a un grupo determinado, y que, en ciertos casos –como los de los pueblos indígenas y las comunidades negras–, dicha adscripción es de tal importancia para los individuos que la comparten, que constituye el marco referencial de su visión del mundo y de su identidad, por lo cual se trata de un hecho social digno de ser reconocido y protegido con medidas que, como ésta, vayan más allá de la simple retórica.

[...] el proyecto se encuentra a tono con el principio constitucional de igualdad. Es un hecho notorio el que, en el contexto social colombiano, las diferencias y desigualdades se intersectan y se superponen unas a otras, convirtiendo a ciertos grupos en sectores particularmente vulnerables. Es así como las diferencias derivadas de la identidad étnica, del origen “racial” o de la afiliación política, coinciden, por factores históricos, con desigualdades en el acceso a los recursos económicos y a la participación en el sector público, generando un círculo vicioso de causalidades recíprocas que actúa siempre en detrimento de la colectividad en cuestión. El caso de las comunidades indígenas y negras es, a este respecto, paradigmático: localizadas, como regla general, en la periferia geográfica y económica del país, sufren de elevados niveles de pobreza y marginación económica. [...] el proyecto bajo revisión es una medida válida de discriminación positiva, puesto que asigna a determinadas categorías sociales una situación formalmente más ventajosa que la de la generalidad de los colombianos –quienes no tienen una circunscripción especial a su favor–, como medio para contrarrestar las desigualdades materiales que les aquejan y lograr, así, una mayor posibilidad de que accedan a los beneficios que justamente les corresponden.

3.4.1. [...] observa la Corte que el artículo en comento [artículo 2 del proyecto de ley] consagra requisitos idénticos a los que contempla el inciso quinto del artículo 171 de

la Constitución, para quienes aspiren a ser elegidos senadores por la circunscripción especial indígena que allí se consagra. Estos requisitos, además de ser razonables –por estar orientados hacia la selección de quien mejor conozca los intereses y problemas de las comunidades indígenas colombianas–, son los que más concuerdan con el principio de igualdad, puesto que no sería justificable la imposición de condiciones diferentes para los senadores y los representantes indígenas, siendo que ambos actúan en pro de las comunidades aborígenes del país y, para esos efectos, no existe una diferencia significativa entre las dos cámaras legislativas [...].

2. Consulta previa como forma de participación

Tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen la consulta previa como una forma específica de participación de los pueblos indígenas. En virtud de las disposiciones contenidas en estos instrumentos internacionales –concretamente en los artículos 6 del Convenio y 19 y 32 de la Declaración– varios ordenamientos jurídicos latinoamericanos han reconocido el derecho a la consulta previa como una forma especial de participación, orientada a garantizar los derechos de los pueblos indígenas en el marco de los procesos de toma de decisiones estatales que los afecten.

Así, la consulta previa se ha erigido en un régimen especial y específico de participación para los pueblos indígenas, según el cual las autoridades estatales que tengan a su cargo la toma de decisiones que puedan afectar directamente los derechos de las comunidades y pueblos indígenas y tribales deben, por una parte, realizar todas las gestiones necesarias y suficientes para poner en conocimiento de dichos pueblos las características y consecuencias de la decisión que se prevé tomar y, por otra, generar las condiciones que permitan que los pueblos tengan una oportunidad real de interlocución con las agencias estatales correspondientes, con el fin de obtener el consentimiento de aquellos o llegar a un acuerdo con ellos, antes de adoptar una decisión que pueda afectar de manera directa sus derechos como personas y como pueblos.

Las decisiones judiciales que se han seleccionado para esta parte del digesto se refieren a la consulta previa en su dimensión de forma de participación. Otros aspectos del derecho a la consulta previa se incluyen en el capítulo III de esta publicación, dedicado al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales. Los fallos judiciales que a continuación se presentan siguen los pronunciamientos del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en relación con el Convenio 169 de la OIT, más que los desarrollos de la jurisprudencia interamericana, que en este punto específico es aún incipiente. El Relator Especial, al respecto ha mencionado que “el deber de celebrar consultas se deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular”⁴⁸.

⁴⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 79.

CHILE, *Sentencia Rol N° 11.040-2011, Corte Suprema, 30 de marzo de 2012:*

QUINTO: Que conviene dejar consignado que el **Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.**

De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.

COLOMBIA, *Sentencia C-891 de 2002, 22 de octubre de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería):*

15. Además de los mecanismos de participación ciudadana de que son titulares todas las personas (C.P. Art. 2), la participación de los pueblos indígenas se concreta a través del derecho de consulta, tal como lo estipula el parágrafo del artículo 330 superior. Este derecho, ha sostenido la Corte, adquiere el carácter de fundamental en la medida en que constituye un importante medio para garantizar el ejercicio de otro derecho de la misma estirpe, como es la preservación de la integridad étnica a que se refiere el citado canon constitucional⁴⁹.

COLOMBIA, *Sentencia C-030 de 2008, 23 de enero de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil):*

4.1. [...] En ese contexto, la Corte Constitucional ha puntualizado que, en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios, y que tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos.

4.2.2.1. [...] Posteriormente la Corte, en la Sentencia C-891 de 2002, señaló que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 330 de la Constitución y teniendo en cuenta “... *la vital importancia que el ordenamiento minero reviste para las comunidades indígenas y otros grupos étnicos, en la perspectiva de la exploración y explotación de recursos mineros yacientes en sus territorios* ...” y que “... *la relevancia de la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios*”

⁴⁹ Sobre el carácter fundamental del derecho de consulta de los pueblos indígenas, pueden consultarse las sentencias SU-039/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-652/98, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

está directamente vinculada con el trascendental significado que ellos le dan al territorio ...”, era posible concluir que el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas y se concreta en el derecho de consulta que se desprende del artículo 330 de la Constitución y que corresponde a las previsiones del Convenio 169 de la OIT, en particular a lo que sobre la materia se dispone en su artículo 6°.

COLOMBIA, *Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)*:

4.1.1. La Carta Política otorga especial protección al derecho de participación de los pueblos indígenas del país en las decisiones que los afectan, en virtud de la definición de Colombia como república democrática, participativa y pluralista (C.P. art. 1), y del reconocimiento de la diversidad cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana (C.P. arts. 7 y 70). Esta especial protección “se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que puedan afectarles”, procesos de consulta que constituyen una forma de participación democrática específicamente regulado en el artículo 330 Superior, y con un sustento adicional en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por Colombia mediante Ley 21 de 1991, que forma parte del bloque de constitucionalidad.

6.3.1. **Los procesos de consulta previa son manifestaciones del derecho fundamental a la participación de los pueblos indígenas, que se encuentran expresamente reguladas por el derecho internacional y la Constitución Política dentro de un marco jurídico “fuertemente garantista”⁵⁰.**

PERÚ, *Sentencia STC N° 03343-2007-AA, 19 de febrero de 2009*:

37. En la actualidad, en el ámbito interno debemos referirnos al Decreto Supremo N.° 012-2008-EM, que regula lo referente a la participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos. En dicha normativa se establece que la “consulta es una forma de Participación Ciudadana” de aquellas poblaciones que **podrían verse afectadas por un proyecto de Hidrocarburos. Este Decreto Supremo perfecciona lo establecido en la Resolución Ministerial N.° 535-2004-MEM-DM**, que también disponía la realización de talleres y consultas⁵¹ a las comunidades que podían verse afectadas.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

⁵¹ Nota de edición: En esta decisión, el Tribunal Constitucional peruano parece referirse indistintamente a los talleres y a las consultas, sin precisar que los talleres que se realicen con las comunidades o pueblos indígenas no pueden ser considerados como consultas, en el sentido del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su *Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169)*, ha señalado que “no se puede considerar que una simple reunión informativa cumpla con las disposiciones del Convenio”. Cfr. OIT, Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ref: ILC.100/III/IA, 16 de febrero de 2011. Sin embargo, en una sentencia posterior, la STC N° 06316-2008-PA/TC, de 11 de noviembre de 2009, el Tribunal parece adoptar una interpretación diferente, más cercana a los

Así se busca materializar el contenido del Convenio N. 169, por lo que las comunidades nativas y campesinas son los principales sujetos beneficiados con esta normativa.

PERÚ, *Sentencia STC N° 06316-2008-PA/TC*, 11 de noviembre de 2009:

21. Es decir, cuando nuestra propia ley fundamental reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad; pero en ningún caso habilitándolas para excluir la presencia del Estado y del Derecho en sus territorios.

PERÚ, *Sentencia STC N° 05427-2009-PC/TC*, 30 de junio de 2010:

62. [...] Al respecto, este Tribunal aprecia que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación.

3. Participación como manifestación del derecho a la libre determinación

El derecho internacional de los derechos humanos, desde los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos sociales y culturales, ha consagrado el derecho de libre determinación, de manera general, referido a “todos los pueblos”⁵². Respecto de los pueblos indígenas, este derecho fue consagrado, en el ámbito internacional, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos los Pueblos Indígenas⁵³. Según la propia declaración, comprende el derecho a determinar libremente su condición política y su desarrollo económico, social y cultural⁵⁴. La libre determinación se refiere al derecho que tienen los pueblos indígenas a decidir sobre su propio destino como pueblos distintos. Este derecho ha sido reconocido ampliamente como un principio del derecho consuetudinario internacional e incluso como una norma de carácter perentorio⁵⁵.

estándares internacionales, al mencionar que la consulta “no puede reducirse a que se relegue a los integrantes de la comunidad a simples receptores de información”. Ver el extracto pertinente de la mencionada sentencia, en este digesto, en el capítulo III.E.3.

⁵² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1.

⁵³ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, preámbulo y artículo 3.

⁵⁴ *Ibidem*, art. 3.

⁵⁵ Cfr., Naciones Unidas, Asamblea General, *Progress report on the study on indigenous peoples and the rights to participate in decision-making*, Doc. ONU A/HRC/15/35, 23 de agosto de 2010, párr. 30.

La libre determinación, como principio y como derecho, es fundamental para hacer efectiva la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que puedan afectarlos ya sea directa o indirectamente. Por una parte, la libre determinación implica que los pueblos indígenas tienen el derecho a tomar decisiones independientes mediante las cuales puedan determinar su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural. Por otra parte, la libre determinación debe entenderse como un proceso continuo que asegure que los pueblos indígenas participen permanentemente en los procesos de decisión sobre sus propios destinos. Esto implica que las instituciones de toma de decisiones deben estar establecidas y organizadas de una manera tal que permita a los pueblos indígenas tomar decisiones relacionadas con sus asuntos internos y locales y participar colectivamente en procesos de decisión externos, de conformidad con los estándares de derechos humanos pertinentes⁵⁶.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha sostenido que el deber general de realizar consultas deriva “del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular [...] Esta afirmación responde a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en el proceso de adopción de decisiones que los afecten”⁵⁷.

La Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que la libre determinación es un derecho fundamental de los pueblos indígenas, que tiene fundamento no solo en la Constitución Política de ese país sino también en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. El derecho a la libre determinación como derecho fundamental de las comunidades étnicas –incluidas las indígenas– tiene una importante manifestación, según la jurisprudencia constitucional colombiana, en el derecho a la consulta previa.

COLOMBIA, Sentencia T-693 de 2011, 23 de septiembre de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub):

4.3. [...] Como ha indicado la jurisprudencia constitucional, la libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a “(...) *determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o 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 adecuadas para la conservación o protección de esos fines*”.⁵⁸ Así,

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 31.

⁵⁷ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41.

⁵⁸ *Cfr.* Sentencia T-514 de 2009. En la sentencia T-973 de 2009, la Corte Constitucional nuevamente definió el derecho de la siguiente manera: “*a decidir por sí mismos los asuntos y aspiraciones propias de su comunidad, en los ámbitos material, cultural, espiritual, político y jurídico, de acuerdo con sus referentes propios y conforme con los límites que señalen la Constitución y la ley.*” Por su parte, el artículo 4 de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas dispone: “*Los pueblos indígenas, en ejercicio de*

la consagración de este derecho, junto con el de otros derechos de las comunidades étnicas, como se manifestó en la **sentencia C-030 de 2008**, parte del reconocimiento del valor intrínseco de las comunidades étnicas como grupos diferenciados culturalmente.

Este derecho comprende al menos **tres ámbitos de protección** ligados a distintos factores de interacción, como precisó la Corte en la **sentencia T-973 de 2009**:

*“En el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a **participar en las decisiones que los afectan**. Ese reconocimiento supone que en las relaciones entre estos pueblos y el Estado, **la consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados**, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración. Por lo tanto, estos pueblos tienen el derecho a ser consultados previamente con relación a las decisiones que los afecten, en los términos que determine la Constitución y la ley. Un segundo ámbito de protección, también externo, tiene que ver **con la participación política de estas comunidades**, en la esfera de representación nacional en el Congreso. Así, las comunidades indígenas tienen el derecho de participar en la circunscripción especial electoral prevista para ellas, de acuerdo con la Constitución. (...)*

*Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con **las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas**. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva”.*⁵⁹ [...]

4.4. [...] La Corte ha destacado que la protección constitucional del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas se hace efectiva de manera especial mediante el deber estatal de adelantar **procesos de consulta** antes de la adopción y la ejecución de decisiones que directamente puedan afectarles.

su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.” El artículo 5 agrega que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

⁵⁹ Cfr. Sentencia T-973 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo. En la sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte ya había resaltado los dos primeros componentes del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas: participación en términos generales y consulta previa.



Capítulo III

Derecho a la consulta previa

Las normas internacionales y los pronunciamientos de órganos internacionales establecen con claridad los lineamientos básicos sobre la manera de realizar los procesos de consulta con los pueblos indígenas y tribales. Estos lineamientos constituyen, a su vez, el **contenido esencial del derecho a la consulta previa**. Así, los desarrollos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales del derecho internacional de los pueblos indígenas han determinado que las consultas deben ser **previas** (antes de aprobar la ley, la medida administrativa, el plan de desarrollo o el proyecto de exploración o explotación), **libres** (sin violencia, presiones o condicionamientos de ninguna índole) e **informadas** (sobre las condiciones de ejecución y las consecuencias del proyecto, plan, ley o medida). Igualmente, han establecido que los procesos de consulta previa se deben realizar mediante **procedimientos culturalmente adecuados y accesibles**, de conformidad con las tradiciones propias de los pueblos y mediante sus instituciones representativas. Asimismo, que los procesos de consulta previa deben llevarse a cabo de **buena fe** y con el **objetivo de obtener el consentimiento** libre, previo e informado por parte de las comunidades indígenas.

Además de lo anterior, las consultas deben contar con un **marco regulatorio adecuado**. Adicionalmente, en los procesos de consulta previa las partes deben someterse al **deber de acomodo** (flexibilidad para acomodar los intereses y derechos en juego y disposición para ajustar o cancelar el proyecto) y las autoridades estatales, al deber de **adoptar decisiones razonadas, objetivas y proporcionales**, cuando no se logre el acuerdo o el acomodo del proyecto no sea posible.

El deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas y tribales es uno de los pilares fundamentales del Convenio 169 de la OIT, tal como lo resaltamos en el anterior capítulo. Este convenio y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas consagran el deber estatal de consultar con dichos pueblos antes de adoptar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar sus derechos⁶⁰.

Como también lo mencionamos en el capítulo anterior, la consulta previa es una manifestación del derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en las decisiones estatales que los puedan afectar, que se concreta, según el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el derecho que tienen estos pueblos a ser consultados:

- 1) antes de que el Estado adopte o aplique leyes o medidas administrativas que los puedan afectar directamente⁶¹, tales como las que están destinadas a:
 - i) combatir los prejuicios, eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad,
 - ii) proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en su educación,
 - iii) crear programas y servicios de educación y formación profesional,
- 2) antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo⁶²,
- 3) antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan⁶³ y
- 4) antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares⁶⁴.

Dada la importancia del derecho a la consulta previa, órganos internacionales como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, la Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, los comités creados por las principales convenciones de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas⁶⁵ y la Comisión y la Corte interamericanas de Derechos Humana-

⁶⁰ Convenio 169 de la OIT, art. 6.1. y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 19 y 32.

⁶¹ Convenio 169 de la OIT, art. 6.1. y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 19.

⁶² Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 32.2.

⁶³ Convenio 169 de la OIT, art. 15.2.

⁶⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 30.

⁶⁵ Para una referencia completa de los comités de Naciones Unidas que se han referido a los derechos

nos se han pronunciado sobre diferentes aspectos de la consulta previa, como su naturaleza, sus objetivos, sus ámbitos de aplicación, sus requisitos y condiciones de legitimidad.

En armonía con las normas internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas y tribales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho énfasis en que la consulta previa es esencial para garantizar otros derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a la propiedad indígena, el derecho a sus territorios ancestrales (dada la especial relación y el estrecho vínculo de los indígenas con sus territorios), el derecho a los recursos naturales que se encuentren en sus territorios y el derecho a la identidad cultural⁶⁶.

Las normas internacionales y los pronunciamientos de órganos internacionales establecen con claridad los lineamientos básicos sobre la manera de realizar los procesos de consulta con los pueblos indígenas y tribales. Estos lineamientos constituyen, a su vez, el **contenido esencial del derecho a la consulta previa**. Así, los desarrollos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales del derecho internacional de los pueblos indígenas han determinado que las consultas deben ser **previas** (antes de aprobar la ley, la medida administrativa, el plan de desarrollo o el proyecto de exploración o explotación), **libres** (sin violencia, presiones o condicionamientos de ninguna índole) e **informadas** (sobre las condiciones de ejecución y las consecuencias del proyecto, plan, ley o medida). Igualmente, han establecido que los procesos de consulta previa se deben realizar mediante **procedimientos culturalmente adecuados y accesibles**, de conformidad con las tradiciones propias de los pueblos y mediante sus instituciones representativas. Asimismo, que los procesos de consulta previa deben llevarse a cabo de **buena fe** y con el **objetivo de obtener el consentimiento** libre, previo e informado por parte de las comunidades indígenas.

Además de lo anterior, las consultas deben contar con un **marco regulatorio adecuado**⁶⁷. Adicionalmente, en los procesos de consulta previa las partes deben someterse al **deber de acomodo** (flexibilidad para acomodar los intereses y derechos en juego y disposición para ajustar o cancelar el proyecto) y las autoridades estatales, al deber de **adoptar decisiones razonadas, objetivas y proporcionales**, cuando no se logre el acuerdo o el acomodo del proyecto no sea posible⁶⁸.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre la obligación de los Estados de consultar y ha manifestado que para garantizar la participación efectiva de los miembros del pueblo en los planes de desarrollo o inversión que se vayan a ejecutar en el territorio de un pueblo indígena o tribal, el Estado tiene el deber de “consultar activamente” con la comunidad, según sus costumbres y tradiciones, y

de los pueblos indígenas, incluido el derecho a la consulta previa, ver: DPLF, *Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas*, DPLF, Washington D.C., págs. 31 y ss.

⁶⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 273 a 297.

⁶⁷ *Ibidem*, párrs. 298 a 301.

⁶⁸ *Ibidem*, párrs. 323 a 328.

la obligación de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados⁶⁹.

La Corte Interamericana ha afirmado también que la consulta previa es una manifestación directa de la obligación general de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo anterior implica la obligación estatal de “estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia”⁷⁰. En este sentido, los Estados deben incorporar estos estándares en los procesos de consulta previa, para generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas⁷¹.

Adicionalmente, la jurisprudencia interamericana ha formulado lo que podría denominarse un código o una guía para la realización de procesos de consulta previa, al señalar que:

El Estado tiene el deber de consultar, [1] **activamente** y [2] **de manera informada**, con dicha comunidad, [3] **según sus costumbres y tradiciones**, [4] en el marco de una **comunicación constante entre las partes**. Además, [5] las consultas deben realizarse **de buena fe**, [6] a través de **procedimientos culturalmente adecuados** y [7] deben **tener como fin llegar a un acuerdo**. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, **de conformidad con sus propias tradiciones**, [8] **en las primeras etapas** del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, [9] el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan **conocimiento de los posibles beneficios y riesgos**, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, [10] la consulta debe tener en cuenta los **métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones** (énfasis y numeración añadidos por DPLF)⁷².

Las decisiones judiciales que se presentan en este capítulo reflejan que las normas y la jurisprudencia internacionales sobre el contenido esencial del derecho a la consulta previa han sido incorporadas en el derecho interno de los Estados comprendidos en este estudio. En algunos casos, los tribunales nacionales han profundizado, precisado o ampliado las reglas internacionales, teniendo en cuenta las características de sus sistemas jurídicos. Por ejemplo, para señalar que ante la ausencia de regulaciones internacionales específicas sobre procedimientos para realizar la consulta previa, el Estado debe adoptar esos procedimientos.

⁶⁹ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr.130. Ver también, Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párrs. 165, 177 y 201.

⁷⁰ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 166.

⁷¹ *Ídem*.

⁷² *Ibidem*, párr. 177 y Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 133.

A. NATURALEZA DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA

Al interpretar las normas que regulan el derecho a la consulta previa, los órganos internacionales han precisado que esta no puede entenderse como un momento ni como un acto singular, sino como un **proceso de diálogo y negociación** realizado de buena fe por ambas partes y con la finalidad de alcanzar un acuerdo⁷³. El concepto de consulta, según la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, comporta el establecimiento de un **diálogo verdadero y genuino** entre ambas partes, “caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de llegar a un acuerdo”⁷⁴. La piedra angular de la consulta, como proceso de diálogo, está entonces en “encontrar soluciones conjuntas”⁷⁵. En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha afirmado que la consulta previa debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe permitir establecer un proceso de diálogo y de **búsqueda de acuerdos o de consensos**, basado en principios de confianza y respeto mutuos⁷⁶.

En los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que se expondrán a continuación, la consulta previa ha sido definida como un deber del Estado de carácter constitucional (que en varios países forma parte del bloque de constitucionalidad), cuyo objetivo consiste en asegurar o habilitar una verdadera protección de los derechos esenciales de los pueblos indígenas, que a su vez constituye una forma de garantizar la supervivencia de dichos pueblos, sus culturas y sus cosmovisiones. Varios de los pronunciamientos incluidos en este aparte resaltan que la consulta previa es una forma específica del derecho a la participación. Algunas decisiones, como las de Guatemala y Colombia, han señalado que la falta de regulación en los instrumentos internacionales pertinentes sobre el procedimiento para realizar los procesos de consulta previa implica que el Estado, en aplicación del principio de buena fe, debe diseñar un método o procedimiento que permita recoger fielmente las opiniones de los pueblos indígenas. Estas decisiones atienden entonces el mandato –mencionado en la introducción de este capítulo– según el cual los procesos de consulta previa deben contar con un marco regulatorio adecuado.

⁷³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 285.

⁷⁴ OIT, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres, Ref: GB.282/14/2, párr. 38, en: Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169), Ref: ILC.100/III/IA, 16 de febrero de 2011.

⁷⁵ *Ídem*.

⁷⁶ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párrs. 167 y 186.

En el mismo sentido de las interpretaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia incluida en esta parte afirma que la consulta previa es un proceso y no un momento, de manera que los procesos de consulta no pueden agotarse con el mero suministro unilateral de información, sin que exista un auténtico y verdadero diálogo. En esta línea, las decisiones que a continuación se exponen se refieren también a **la naturaleza de los procesos de consulta previa como espacios de diálogo intercultural**. Así, estos procesos no pueden estar sometidos a plazos fijos sino a plazos razonables –como lo afirma el Tribunal Constitucional peruano–, que deben respetar los tiempos propios de los pueblos indígenas.

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional 2003/2010-R, 25 de octubre 2010*:

III.5. [...] a la luz de las normas constitucionales e internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, que –como se tiene señalado– forman parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad a lo establecido en el art. 410 de la CPE, se puede concluir que **la consulta previa es un deber del Estado, tanto en el nivel central, como en las entidades territoriales autónomas**, que debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), 19 de junio de 2012*:

III.5.2. [...] **[L]a consulta tiene una doble naturaleza jurídica; por un lado se trata de un derecho fundamental de carácter colectivo inherente a los pueblos y naciones indígenas que está directamente vinculado con el derecho de los miembros de estos pueblos a la tierra, el territorio y los recursos naturales no renovables, sin que se pueda perder de contexto que también están involucrados los derechos a la integridad física y a la vida de los miembros de los pueblos indígenas; ahora, si se establece como referencia central el hecho de que la consulta es indudablemente un derecho fundamental de los pueblos indígenas, por el otro lado, ésta se convierte en un deber de carácter obligatorio para el Estado el realizarlas en el marco del cumplimiento de las obligaciones constitucionales e incluso internacionales (considerando el bloque de constitucionalidad reconocido por el art. 410 de la CPE), con el objeto de buscar la paz social y evitar conflictos sociales que pudieran suscitarse, por lo que el realizar las consultas resulta necesario en los casos en que existan proyectos a gran escala o gran impacto, para obtener el consentimiento de las comunidades que pudieran verse afectadas, es por lo tanto una obligación indelegable por parte del Estado.**

CHILE, *Sentencia Rol N° 11.040-2011, Corte Suprema, 30 de marzo de 2012*:

NOVENO: Que se debe considerar además que las instancias de participación que aduce haber utilizado el encargado del proyecto en la ADENDA N° 3 y que corresponden al **contacto directo que se ha realizado con las comunidades con el objeto de socializar el proyecto, a través de reuniones y asambleas, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha**. En efec-

to, las empleadas en este procedimiento de evaluación consistieron en informar a los vecinos acerca de la descripción del proyecto, el estado del mismo y lo que se pretende desarrollar a futuro, todo lo cual no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la gestación y forma de desarrollo del mismo, en consideración a la necesidad de protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad (énfasis añadido por DPLF).

COLOMBIA, Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa):

6.3.3. [...] Los procesos de consulta previa no son fines en sí mismos, sino medios para asegurar la protección de la supervivencia colectiva, la integridad cultural, los intereses comunitarios y los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En consecuencia, cada proceso de consulta previa “no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales”⁷⁷ de las referidas comunidades”⁷⁸.

La consulta previa no es un simple trámite administrativo, ni se asemeja a las vías procedimentales administrativas ordinarias para el ejercicio del derecho de defensa por los afectados por una determinada decisión de la Administración Pública. Se trata de un proceso cualitativamente diferente, de naturaleza constitucional, orientado a salvaguardar derechos fundamentales celosamente protegidos por la Carta Política; “de este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”⁷⁹. En este orden de ideas, **no** tendrán valor de consulta previa: “la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales”⁸⁰; ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de

⁷⁷ Ver sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido ver sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, en el caso de la acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC en contra de la Presidencia de la República y otros.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

⁷⁹ Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁸⁰ 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 mediadas”.

ser consultados previamente⁸¹; ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes afectadas⁸². [...]

6.3.7. [...] 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 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”⁸³.

COLOMBIA, Sentencia T-154 de 2009, 12 de marzo de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla):

4. La consulta previa es un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan en nuestro país.

Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave para la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas en la medida de lo posible. [...]

Cuando la concertación no es posible, la decisión sobre el proyecto de desarrollo recae en el Estado y, si debe ir en contra del consentimiento indígena, deberá justificar su pronunciamiento y establecer, entre otras cosas, que el proyecto los beneficia y no viola la integridad cultural.

⁸¹ “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.

⁸² “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.

⁸³ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

Así, en cumplimiento de la Ley 21 de 1991, al realizar un proceso de consulta el Estado debe establecer medios para consultar a los grupos étnicos (art. 15), mediante procedimientos apropiados (art. 6) y con las instituciones representativas de los grupos étnicos; también se han de realizar estudios en cooperación con los pueblos indígenas, a fin de evaluar el impacto social, espiritual, cultural y ambiental que las actividades previstas puedan tener sobre ellos. Hay que tener en cuenta, como criterios fundamentales para la ejecución de los proyectos o programas, los resultados de los estudios que se realicen con la participación de los grupos étnicos (art. 7), fijar los criterios, términos y condiciones en que las comunidades indígenas puedan participar en la evaluación de los efectos que ocasione el proyecto y, si es posible, garantizar la participación de los grupos étnicos en los beneficios que reporten las actividades de desarrollo que se realicen en su territorio.

COLOMBIA, *Sentencia C-175 de 2009, 18 de marzo de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)*:

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

COLOMBIA, *Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla)*:

4. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁸⁴, en el marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana (arts. 7 y 70 Const.) y en el contexto de la definición de Colombia como república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (art. 1 ib.), la Constitución Política otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan.

Esta especial protección implica un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales que habitan el país. Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave en la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas, en la medida de lo posible.

⁸⁴ Cfr. al respecto C-169 de febrero 14 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz; SU-383 de mayo 13 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-620 de julio 29 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-208 de marzo 21 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil; entre otras.

Así, los procesos de consulta que constituyen una forma de participación democrática específicamente, se encuentran regulados en el artículo 330 superior, y con un sustento adicional en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por Colombia mediante Ley 21 de 1991, el cual fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, siendo preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de tales pueblos son permanentes y perdurables, dado el interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado⁸⁵. [...]

ii) Frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta a la que se ha venido aludiendo, es preciso aclarar que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra ese instrumento y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de buena fe, *“lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar”*⁸⁶.

Al respecto, cabe anotar que el procedimiento de consulta no queda librado completamente a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales y que, tal como *“se estableció por la Corte en relación con el Decreto 1320 de 1998, cuando dicho procedimiento no se sujete a las previsiones del Convenio 169 y a las disposiciones constitucionales, se puede disponer su inaplicación”*⁸⁷.

COLOMBIA, Sentencia C-063 de 2010, 4 de febrero de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto):

3.2.3. [...] A manera de resumen respecto de la Consulta puede decirse:

- i. Que es fruto del cambio de paradigma respecto de las relaciones de los Estados con las minorías étnicas existentes dentro de su territorio.

⁸⁵ SU-383 de 2003, antes referida.

⁸⁶ Nota de edición: En el texto de la sentencia publicada en la página de internet de la Corte Constitucional colombiana no aparece referencia para esta cita textual.

⁸⁷ *En la Sentencia SU-383 de 2003 la Corte puso de presente que ‘por haber expedido el Decreto 1320 de 1998 sin recurrir a la consulta previa y debido a que la consulta que la norma diseña no se ajusta a los dictados del Convenio 169, las reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y por la Central Unitaria de Trabajadores ante la Oficina Internacional del Trabajo fueron admitidas por el Consejo de Administración por recomendación de la Mesa –276ª y 277ª reuniones– y culminaron con la aprobación, por parte del Consejo de Administración, de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, las que coinciden en la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998’.*

- ii. Que la misma resulta ser la concreción de muchos principios esenciales a cualquier orden estatal con pretensiones de avance en el camino de la democracia y, por consiguiente, con pretensiones de ser reconocido como democrático.
- iii. El carácter de derecho fundamental que tiene esta actuación deviene de que a su través se actúan y protegen elementos básicos de las minorías étnicas dentro de un Estado pluralista, como pueden ser la propiedad, la participación en las decisiones estatales y el respeto de su cosmovisión al momento de determinar políticas públicas o tomar decisiones administrativas.
- iv. Tan importante es su significación sustancial, como el procedimiento por el cual se lleve a cabo, ya que al realizarlo se están protegiendo principios constitucionales y derechos fundamentales.
- v. Su realización resulta obligatoria únicamente en aquellos casos en los que la comunidad se vea directamente afectada por la disposición normativa, ya sea ésta de naturaleza legal o administrativa.
- vi. Cuando una comunidad se ve afectada de la misma forma e intensidad que el resto de la población, no se está ante un caso que requiera la realización de consulta previa.
- vii. La no realización de la consulta afecta principios y derechos fundamentales esenciales en un Estado social y democrático como el colombiano, por lo tanto su omisión tendrá efectos en la aplicación y en la exequibilidad de la respectiva disposición.

COLOMBIA, *Sentencia T-547 de 2010, 1 de julio de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)*:

5.1. [...] Se advierte, en primer lugar, que la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando existan dudas sobre la procedencia de la consulta, debe adelantarse un escrutinio, preliminar pero formal, con las comunidades, en orden a establecer si existe una potencial afectación de sus derechos que haga imperativa dicha consulta.

COLOMBIA, *Sentencia T-129 de 2011, 3 de marzo de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)*:

5.1. [...] [E]s plausible responder que el debate en torno al “desarrollo” o el “progreso” en territorios de comunidades étnicas debe analizarse a la luz del desarrollo o progreso propio de los pueblos implicados. En otras palabras, debido al reconocimiento de la cosmovisión o mera visión de los pueblos étnicos frente a lo que suele llamarse de forma abstracta el “interés general”. Por eso, para la Corte se torna indispensable equilibrar el reconocimiento del “otro” y de las “otras” distintas visiones que se puedan tener frente al desarrollo por parte de grupos étnicos que hacen parte de la alteridad y la pluralidad propia de una Nación como la colombiana, con los cuales se tiene el privilegio de coexistir en el mismo territorio.

Por lo estudiado, es necesario que el Estado de forma articulada garantice e incentive la aplicación real y efectiva del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, pues ante todo **las herramientas que subyacen a la consulta, permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural en el que los pueblos ejerzan su derecho a la autonomía con sus planes propios de vida frente a los modelos económicos basados en la economía de mercado o similares.** [...]

7.1. [...] No obstante, los distintos casos que han sido objeto de revisión por parte de la Corte en esta materia permiten concluir que la consulta previa no ha sido llevada ni cumplida con el rigor que merece; puesto que en los casos sometidos a revisión ha sido constante por parte de las entidades accionadas la asimilación del proceso de consulta a un mero trámite de reuniones informales sin articulación ni consideración por los derechos que se encuentran en juego en estos procesos. En esa medida, es imprescindible para este Tribunal que el proceso no se limite sólo a la etapa previa a la intervención en los territorios étnicos, razón por la que se requiere de fórmulas que permitan equilibrar los fines del Convenio 169 de la OIT y los desarrollos posteriores en la materia.

En virtud de lo expuesto, la Corte encuentra inaplazable que las comunidades afectadas puedan hacer uso de la posibilidad de revisar y poner de presente sus puntos de vista sobre la intervención, no sólo de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo. Para ello, conforme a las especificidades y exigencias propias de cada caso, al momento de la consulta inicial se deberán fijar los tiempos de revisión a corto, mediano y largo plazo.

GUATEMALA, *Sentencia Expediente 2376-2007*, 28 de febrero de 2008:

III. Previo al análisis correspondiente esta Corte estima oportuno señalar que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre medidas susceptibles de causarles afectación emanada del Convenio ciento sesenta y nueve (169) de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, el cual fue ratificado por el Estado de Guatemala y, según la opinión consultiva emitida el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco, dentro del expediente ciento noventa y nueve-noventa y cinco (199-95), “... no regula ninguna materia que colisione con la ley fundamental...”. Dicho convenio establece en el artículo 6, numeral 1: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente...”, luego en el numeral 2 del mismo artículo dispone lo siguiente: “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...”. Posteriormente, el artículo 15, numeral 2, establece: “En caso que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados...”.

Del contenido de los preceptos transcritos, se advierte que es incuestionable el derecho de los pueblos interesados a ser consultados; sin embargo, esta Corte aprecia que dichos artículos [6.1, 6.2 y 15.2] carecen de precisión en cuanto al procedimiento adecuado que “las instituciones representativas” deben llevar a cabo para efectivizar ese derecho, **pudiéndose estimar conveniente cualquier método consultivo que permita recoger fielmente las opiniones de los integrantes de la población cuando “prevean” que van a ser afectados con una medida legislativa o administrativa –lo cual supone que la consulta debe ser previa a la aplicación de la medida.**

PERÚ, *Sentencia STC N° 06316-2008-PA/TC, 11 de noviembre de 2009:*

18. Este Colegiado considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica.

PERÚ, *Sentencia STC N° 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010:*

57. Como se puede apreciar, el derecho a la consulta previa e informada, tal cual se encuentra regulado en el Convenio 169, permite que a través del **diálogo intercultural** los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses. Dicha interacción tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas, y simultáneamente, busca otorgarle al Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo. De esta forma, se garantiza que el desarrollo económico impulsado legítimamente desde el Estado, no se contraponga, sino antes bien, se armonice con el derecho de los pueblos indígenas a su bienestar y desarrollo (énfasis añadido por DPLF).

B. LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen que la consulta previa es un derecho de los pueblos indígenas, pero no requieren a los Estados que lo incorporen en sus sistemas jurídicos con carácter de derecho fundamental o con determinado rango dentro de la jerarquía normativa interna. Estos instrumentos internacionales mencionan las características y requisitos que deben reunir los procesos de consulta previa, con independencia de la ubicación de este derecho en el orden jurídico interno.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha establecido que la consulta es un derecho de las comunidades indígenas y los pueblos tribales, sin indicar específicamente el rango que deba tener este derecho en el sistema jurídico interno. En esta lógica, la Corte ha afirmado

que los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la consulta en relación con los derechos a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural⁸⁸. La Corte Interamericana ha indicado a los Estados algunas formas de garantizar este derecho, por ejemplo, recordando las obligaciones estatales de “estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia”⁸⁹, de llevar a cabo tareas de fiscalización y de control de la aplicación de los derechos de las comunidades y pueblos y de poner en funcionamiento formas de tutela efectiva del derecho a la consulta por medio de los órganos judiciales correspondientes, cuando sea necesario⁹⁰.

Las decisiones judiciales que se presentan a continuación reflejan una tendencia del constitucionalismo, principalmente colombiano y peruano, a incorporar en los ordenamientos jurídicos internos el derecho a la consulta previa como un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales, incluso con rango constitucional. Al otorgarle a la consulta previa carácter de derecho fundamental, las cortes constitucionales reconocen la importancia de la consulta previa en sí misma considerada y de los valores y principios superiores, como la integridad y la identidad cultural de los pueblos indígenas, que constituyen el fundamento y razón de ser de la especial protección que tanto el derecho internacional como el derecho interno otorgan a los pueblos indígenas.


Esta opción de incorporación en los ordenamientos jurídicos internos de un derecho con fuente internacional tiene importantes consecuencias en términos de la eficacia práctica de la consulta previa y de la disponibilidad de instituciones procesales que permitan su protección judicial en casos concretos. Así, en los ordenamientos jurídicos colombiano y peruano, del carácter de derecho constitucional y fundamental de la consulta previa se deriva la posibilidad de acudir a la acción de tutela y a la acción de amparo (e incluso al recurso de agravio constitucional, en el caso de Perú), para invocar la protección judicial de del derecho.

Los desarrollos jurídicos de las cortes colombiana y peruana pueden servir, en tanto referencia de derecho comparado, como fundamento para que en otros países que hayan ratificado el Convenio 169 de la OIT se usen las acciones de amparo para solicitar la protección judicial del derecho a la consulta previa, más allá de que el respectivo ordenamiento jurídico le haya otorgado o no el carácter de derecho fundamental. Lo anterior, por cuanto este tipo de tutela judicial se deriva del propio Convenio 169 de la OIT, de la protección especial que merecen los pueblos indígenas (ver, en este mismo digesto, el capítulo I) y del carácter de “piedra angular” que tiene el derecho a la consulta previa dentro de la estructura del Convenio 169 de la OIT. Negar la procedencia de la acción de amparo para invocar la protección por vía judicial del derecho a la consulta previa desconocería la trascendencia e importancia que este derecho tiene para asegurar la subsistencia de los pueblos indígenas y la efectiva protección de los derechos que les son inherentes.

⁸⁸ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párrs. 159 a 176.

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 166.

⁹⁰ *Ibidem*, párr. 167.



La Corte Interamericana ha indicado a los Estados algunas formas de garantizar este derecho, por ejemplo, recordando las obligaciones estatales de “estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia”, de llevar a cabo tareas de fiscalización y de control de la aplicación de los derechos de las comunidades y pueblos y de poner en funcionamiento formas de tutela efectiva del derecho a la consulta por medio de los órganos judiciales correspondientes, cuando sea necesario.

COLOMBIA, *Sentencia SU-039 de 1997, 3 de febrero de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)*:

3.3. [...] A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que **la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental**, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades (énfasis añadido por DPLF).

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.

COLOMBIA, *Sentencia SU-383 de 2003, 13 de mayo de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)*:

3.1. Esta Corte ha sostenido, de manera reiterada, dada la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, mediante el mecanismo de la consulta previa, que éste es un derecho fundamental, *“pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”*⁹¹.

Ahora bien, no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta.

⁹¹ [En la] [s]entencia SU-039 de 1997[,] M.P. Antonio Barrera Carbonell, la Corte tuteló transitoriamente los derechos de participación, integridad étnica, cultural, social y económica y debido proceso del pueblo indígena U'WA, ordenando que éste sea consultado antes de proferir una resolución de exploración en su territorio. En igual sentido, entre otras, [ver la sentencia] T-652 de 1998 —notas 92 y 160—.

COLOMBIA, *Sentencia C-620 de 2003, 29 de julio de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)*:

8. Dentro del marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana, recogido expresamente en los artículos 7 y 70 superiores, la Carta dispensa una protección especial al derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que los afectan, entre ellas las relacionadas con la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios. Esta protección especial del derecho de participación en este tipo de decisiones está consagrada en el artículo 330 superior [...]. [...]

Como puede verse, no sólo la integridad cultural ha sido reconocida como un derecho fundamental del sujeto colectivo que conforma la comunidad indígena, sino que la misma consulta, como mecanismo de participación, ha sido estimada como un derecho fundamental en sí mismo considerado, por su vinculación con la defensa de aquella integridad cultural.

COLOMBIA, *Sentencia C-208 de 2007, 21 de marzo de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)*:

5. [...] En razón a su importancia política, a su compromiso con la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación, la doctrina constitucional le reconoce a la consulta previa el carácter de derecho fundamental en sí mismo.

COLOMBIA, *Sentencia C-030 de 2008, 23 de enero de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)*:

4.2.2. En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura⁹² y que, **cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación**⁹³ (énfasis añadido por DPLF).

COLOMBIA, *Sentencia C-175 de 2009, 18 de marzo de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)*:

16.1. La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes, reconocido y protegido por el ordenamiento constitucional y, en consecuencia, exigible judicialmente. Este derecho está estrechamente relacionado con la salvaguarda de la identidad diferenciada de estas comunidades, presupuesto para el cumplimiento del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. La consulta previa, en tal sentido, es un instrumento jurídico imprescindible para evitar la afectación irreversible de las prácticas tradicio-

⁹² Sentencia C-208 de 2007.

⁹³ *Ibíd.*

nales de las comunidades diferenciadas, que constituyen sus modos particulares de sobrevivencia como comunidades diferenciadas. Sobre el particular, la Corte ha insistido en que “el derecho fundamental a la subsistencia de los grupos étnicos se puede ver drásticamente afectado por los cambios abruptos, de índole social, cultural y medioambiental, inducidos por la realización de proyectos en territorios indígenas que no han sido debidamente consultados y sobre cuyas condiciones no se ha llegado a un acuerdo con las comunidades directa y específicamente afectadas. En tal medida, el derecho a la consulta previa de proyectos a realizarse en territorios de pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes es un derecho fundamental, por constituir el medio a través del cual cada uno de estos pueblos o comunidades podrá incidir sobre la toma de decisiones sobre la implementación de proyectos en sus territorios, proyectos que a su turno pueden surtir impactos destructivos e irreversibles sobre su integridad social, material y cultural en tanto grupos étnicos, de no ser implementados en forma respetuosa de los acuerdos a los que se haya llegado con cada colectividad en concreto”⁹⁴.

PERÚ, Sentencia STC N° 00025-2009-PI/TC, 17 de marzo de 2011:

33. De manera que al desestimarse este extremo de la pretensión, debemos precisar que esta decisión no inmuniza los actos de aplicación de la Ley N° 29338. Tampoco deja exenta[s] a las autoridades estatales de la obligación de realizar el proceso de consulta cuando las medidas administrativas de aplicación de la Ley N° 29338 generen una afectación directa sobre los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas; y, por último, **tampoco esta decisión del Tribunal cierra la posibilidad de que, prescindiéndose de la consulta pese a existir la obligación de realizarla, los pueblos indígenas puedan promover el proceso de amparo para denunciar la no realización de la consulta y anular los actos que los pudieran afectar** (énfasis añadido por DPLF).

Ello se deriva de su condición de derecho constitucional y del hecho que el proceso de amparo sea el remedio procesal instituido con el propósito de tutelar todos los derechos constitucionales con excepción de aquellos que se protegen en el Habeas Corpus y en el Habeas Data (énfasis añadido por DPLF).

C. OBJETIVOS DE LA CONSULTA PREVIA

En sintonía con lo establecido por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁹⁵, las cortes o tribunales constitucionales han reiterado en el ámbito interno que la finalidad de la consulta previa consiste en llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas que el Estado pretende adoptar, antes de que estos tomen una decisión que pueda afectar a los pueblos indígenas.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que las consultas previas deben servir como mecanismos para encontrar solucio-

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-461/08.

⁹⁵ Convenio 169 de la OIT, art. 6 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 19 y 32.

nes conjuntas⁹⁶. La Corte Interamericana ha afirmado que el objetivo último de la consulta debe ser establecer un diálogo respetuoso entre las partes con miras a alcanzar un consenso entre ellas⁹⁷.

En armonía con estos desarrollos, la jurisprudencia colombiana y peruana incluida en este aparte menciona que uno de los objetivos de la consulta consiste en acercar a las partes con el fin de lograr una concertación y la armonización de los diferentes intereses en juego. La jurisprudencia colombiana ha precisado que los procesos de consulta previa deben tener dentro de sus objetivos que los pueblos indígenas logren un conocimiento pleno sobre todos los aspectos relacionados con la ejecución de un proyecto, en particular, sobre la forma en que estos puedan afectar su integridad cultural como pueblo. Por su parte, la jurisprudencia constitucional peruana, en lo que puede considerarse como un desarrollo adicional a lo establecido en el derecho internacional, ha afirmado que un objetivo de la consulta previa consiste en dotar de legitimidad tanto el proceso de toma de decisiones como la actuación estatal relacionada con asuntos que involucran los derechos de los pueblos indígenas. Esta legitimidad es esencial para la ejecución de los proyectos en condiciones que excluyan la conflictividad social y la violencia.

COLOMBIA, Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa):

6.3.4. [...] [S]e deberá tener en cuenta que los objetivos específicos del proceso de consulta previa son tres:


“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 dé 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”.

⁹⁶ OIT, Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169) en: Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ref: ILC.100/III/IA, 16 de febrero de 2011.

⁹⁷ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 186.



Un objetivo de la consulta previa consiste en dotar de legitimidad tanto el proceso de toma de decisiones como la actuación estatal relacionada con asuntos que involucran los derechos de los pueblos indígenas. Esta legitimidad es esencial para la ejecución de los proyectos en condiciones que excluyan la conflictividad social y la violencia.

COLOMBIA, Sentencia C-366 de 2011, 11 de mayo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva):

14.2. En razón de 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 (énfasis añadido por DPLF).

PERÚ, Sentencia STC N° 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010:

57. Como se puede apreciar, el derecho a la consulta previa e informada, tal cual se encuentra regulado en el Convenio 169, permite que a través del diálogo intercultural los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses. Dicha interacción tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas, y simultáneamente, busca otorgarle al Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo. De esta forma, se garantiza que el desarrollo económico impulsado legítimamente desde el Estado, no se contraponga, sino antes bien, se armonice con el derecho de los pueblos indígenas a su bienestar y desarrollo.

D. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

El derecho internacional permite identificar algunas temáticas donde es imprescindible garantizar el derecho a la consulta previa. Arriba mencionamos –y lo reiteramos en este aparte por considerarlo pertinente– que de acuerdo con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados 1) antes de que el Estado adopte o aplique leyes o medidas administrativas que los puedan afectar directamente⁹⁸, tales como las que están destinadas i) a combatir los prejuicios, eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad, ii) a proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en su educación, iii) a crear programas y servicios de educación y formación profesional, 2) antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo⁹⁹, 3) antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explota-

⁹⁸ Convenio 169 de la OIT, art. 6.1. y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 19.

⁹⁹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 32.2.

ción de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan¹⁰⁰, 4) antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares¹⁰¹. Conforme a la jurisprudencia analizada en esta parte, es posible establecer que el derecho a la consulta previa procede siempre que las autoridades estatales tengan a su cargo la toma de una decisión, bien sea de carácter administrativo o legislativo, cuyos efectos impliquen una afectación directa del modo de vida particular de los pueblos indígenas.

En relación con el ámbito de aplicación de la consulta previa, al interpretar los instrumentos internacionales mencionados y la jurisprudencia pertinente, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas concluyó que el deber de realizar consultas no puede aplicarse literalmente siempre que una decisión estatal pueda afectarlos, pues prácticamente todas las decisiones legislativas o administrativas pueden afectar en alguna medida a los pueblos indígenas. Este deber es aplicable entonces cuando una decisión estatal puede afectar a los indígenas “en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”¹⁰², en relación con los pueblos indígenas que puedan resultar particularmente afectados y respecto de esa afectación particular¹⁰³. La “incidencia diferenciada [...] se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios”¹⁰⁴.

En armonía con las normas del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la jurisprudencia de varios países ha reiterado que la consulta previa procede respecto de todas las decisiones que involucren aspectos políticos, sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas y siempre que las autoridades estatales tengan a su cargo la toma de una decisión, bien sea de carácter administrativo o legislativo, cuyos efectos impliquen una afectación directa del modo de vida particular de los pueblos indígenas.

En algunas sentencias las cortes han ido más allá del marco internacional y han precisado que la consulta previa es el mecanismo adecuado para determinar cuánto incide una determinada medida en la identidad del pueblo indígena. Otra importante precisión –en la que la jurisprudencia de varios países profundiza respecto del estándar internacional– consiste en señalar que el tipo de medidas que se mencionan en las constituciones o en las leyes como susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas es meramente enunciativo y no pretende ser exhaustivo. Una precisión adicional tiene que ver con que las políticas generales que tengan los mismos efectos sobre todos los ciudadanos, en principio no están incluidas dentro del ámbito de aplicación de la consulta previa.

¹⁰⁰ Convenio 169 de la OIT, art. 15.2. y 76 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 32.

¹⁰¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 30.

¹⁰² Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43.

¹⁰³ *Ibidem*, párr. 63.

¹⁰⁴ *Ibidem*, párr. 43.

Lo anterior constituye lo que podría denominarse el ámbito material de aplicación de la consulta previa. En cuanto al ámbito personal de aplicación de este derecho, la jurisprudencia ha incluido –en el caso de Colombia– a otros grupos étnicos (afrodescendientes, palenqueros, raizales, rom) y no solo a los indígenas en tanto titulares del derecho a la consulta previa frente a medidas administrativas o legislativas que los puedan afectar directamente. La jurisprudencia de otros países, como Bolivia y Perú, ha afirmado que estos procesos están destinados a consultar a las colectividades organizadas, bien sea que se denominen comunidades o pueblos y estén integrados por personas indígenas o campesinas, y a los pueblos adyacentes o colindantes con el lugar donde se planea realizar el proyecto. En este sentido, los procesos de consulta previa están destinados a proteger la propiedad colectiva o comunitaria y no la propiedad individual de los miembros de dichos grupos.


BOLIVIA, *Sentencia Constitucional 0045/2006, 2 de junio de 2006*:

II.5.3. A efectos de realizar el examen de constitucionalidad de las normas analizadas en el presente acápite, es necesario conocer el alcance de las normas previstas por el art. 171.I de la CPE; ya que dichos preceptos disponen lo siguiente:

Se reconocen, se respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones”(sic).

Analizadas las normas precedentes, se tiene que al reconocer el respeto por parte del Estado de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, en especial los relativos a sus tierras de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales que ésta alberga; efectivizan una garantía de protección de los pueblos indígenas por las especiales características de éstos, entre ellas, las condiciones económicas sociales que los distinguen del resto de la comunidad nacional, se rigen por sus propias costumbres o tradiciones, tienen conciencia de su pertenencia a dicha comunidad y merecen un reconocimiento formal como tal por parte de los órganos del Estado.

Aquí es necesario aclarar que, aunque el concepto de “campesino”, que sirve para identificar a quien vive de su trabajo personal en la tierra, es diferente al de “indígena”; en Bolivia, atendiendo a razones históricas y culturales la diferencia se relativiza cuando dichos conceptos sirven para identificar a una comunidad o grupo de personas, ya que los pueblos o comunidades indígenas, adoptaron la denominación de pueblos o comunidades campesinas como una forma de escapar a la discriminación de que eran objeto; por tanto éstas, merecen similar protección de sus derechos sociales, económicos y culturales relativos a sus tierras comunitarias de origen, para garantizar el uso y aprovechamiento de las mismas. Aquí cabe también esclarecer que dicha protección es en tanto y en cuanto se aplique a comunidades, pueblos o grupos organizados conforme [con] sus tradiciones y costumbres, más no ingresan en el ámbito protectivo descrito persona[s] o individuos con derechos particulares sobre las tierras.



El deber de realizar consultas es aplicable cuando una decisión estatal puede afectar a los indígenas “en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”, en relación con los pueblos indígenas que puedan resultar particularmente afectados y respecto de esa afectación particular.

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional 2003/2010-R*, 25 de octubre 2010:

III. 5. [...] Esta consulta debe ser realizada de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias en los siguientes casos: a. Antes de adoptar o aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas (arts. 6.1. del Convenio 169, 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 30.15 CPE); b. Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos (art. 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas); c. Antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan pueblos indígenas (arts. 15.2 del Convenio 169, 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 30.15 y 403 de la CPE); y, d. Antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (art. 30 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS)*, 19 de junio de 2012:

III. 4. [...] La consulta está prevista en el art. 30.II.15 de la CPE reconociendo una serie de derechos a favor de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, al referirse específicamente a la consulta previa, establece:

“A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan”.

De una primera lectura del texto citado, daría la impresión de que la consulta previa obligatoria sólo correspondería cuando se refiera a la explotación de los recursos naturales no renovables, por lo que cualquier otro procedimiento de consulta que no obedezca a este supuesto sería inconstitucional; sin embargo, la norma previamente citada contiene dos partes: La primera, sostiene que el derecho a la consulta que tienen los indígenas cada vez que se prevea[n] medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarles, sin que se especifique a qué tipo de medidas se refiere; en la segunda parte, se establece que la consulta previa se respeta y garantiza por el Estado respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables, pero sin utilizar un término que afirme que sólo en tales casos procede la consulta previa, libre e informada, por lo que dicha norma no está cerrada a tal posibilidad, además de que el propio Estado ha reconocido esa eventualidad al dictar la Ley 222, para definir si es posible o no la construcción de la carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos; posibilidad que también es reconocida por los propios Tratados Internacionales sobre esta materia y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

COLOMBIA, *Sentencia C-169 de 2001*, 14 de febrero de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz):

2.3. [...] el instrumento [Convenio 169 de la OIT] otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán

de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1.969¹⁰⁵, según la cual “*un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*” (subraya fuera de texto).

[...] los pueblos indígenas tienen un derecho fundamental a ser consultados en estos casos particulares [explotación de los recursos naturales], no sólo por ser la consulta una manifestación de su derecho fundamental –individual y colectivo– a la participación, sino por constituir el medio a través del cual se protegerá, en esos casos, su integridad física y cultural; en tal sentido específico, esta Corporación afirmó, en la misma oportunidad, que el Convenio 169 de la O.I.T. conforma, junto con el artículo 40-2 Superior, un bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Carta. Pero por lo demás, no existe disposición constitucional alguna que se refiera a la consulta previa en casos diferentes al mencionado; vale decir, la Constitución guarda silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas.

COLOMBIA, Sentencia C-208 de 2007, 21 de marzo de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil):

5. [...] Sobre el ámbito de aplicación del mecanismo de la consulta previa, este Tribunal ha dejado en claro que **el “Estado deberá en todo momento y para todos los efectos, consultar de manera previa con las autoridades políticas de las comunidades étnicas e indígenas del país, resp[er]c[t]o de todas aquellas decisiones que involucren sus intereses[es], ya sea en sus aspectos políticos, sociales, económicos y culturales,** para lo cual deberá desarrollar mecanismos de consulta que garanticen la participación directa y activa de todos los miembros de dichas colectividades”¹⁰⁶ (énfasis añadido por DPLF).

COLOMBIA, Sentencia C-030 de 2008, 23 de enero de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil):

4.2.2.1. En diferentes oportunidades la Corte se ha referido a ese deber de consulta, específicamente cuando el mismo se predica frente a medidas legislativas¹⁰⁷.

En la Sentencia C-169 de 2001, la Corte se pronunció sobre el alcance del deber de consulta contenido en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y puso de presente que de allí se desprende “... *un compromiso internacional de gran amplitud,*

¹⁰⁵ Aprobada mediante Ley 67 de 1.993.

¹⁰⁶ Sentencia T- 737 de 2005.

¹⁰⁷ Sin perjuicio de los criterios que en distintas decisiones de tutela la jurisprudencia constitucional ha ido fijado en torno al alcance del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa, se refiere la Corte en este caso, de manera específica, a aquellos pronunciamientos que han tenido por objeto delimitar esa consulta en relación con las medidas legislativas.

que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio". Agregó la Corte que, por otro lado, el citado instrumento "... otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan ..." y que, en ese contexto, "[d]ada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.)", razón por la cual, concluyó la Corte, para determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, se debe acudir a "... los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias".

En esa Sentencia puntualizó la Corte que la Constitución "... solo reconoció explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el párrafo del artículo 330 ...", conforme al cual en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades, y que la Carta guarda silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas.

4.2.2.2. Con base en el anterior recuento jurisprudencial, encuentra la Corte que es necesario avanzar en la precisión en torno al alcance y al contenido del deber de consulta previsto en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, particularmente en cuanto tiene que ver con la consulta de las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, aún cuando no estén circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (CP art. 330) o a la delimitación de esos mismos territorios (CP art. 229). En esta materia es preciso, entonces, establecer tres aspectos: (1) ¿Cuándo resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa? (2) ¿En qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse esa consulta? y (3) ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta?

4.2.2.2.1. En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas *directamente*, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtir en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en

aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afectan a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169. [...]

Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Este criterio surge no solo de la calidad de *directa* que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de *aplicar las disposiciones del Convenio*. No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6° se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de aplicación del convenio. De este modo, si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectivas. Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales. [...]

Así puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población.

De este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio.

Pero cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos, y lo que cabe es aplicar la previsión del literal b) del artículo 6° conforme a la cual debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que, en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación del recursos en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica. [...]

De este modo, cabe señalar que la obligación de consulta prevista en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT no puede interpretarse con el alcance de que toda la regulación del Estado, en cuanto que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con dichas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, y que dicho deber sólo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades.

Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.

En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.

COLOMBIA, *Sentencia T-547 de 2010, 1 de julio de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)*:

4.2.3. Finalmente, en relación con el ámbito material de la consulta, debe señalarse que si bien la jurisprudencia puntualizó, inicialmente, que la obligatoriedad de la consulta previa estaba supeditada a los desarrollos constitucionales y legislativos y que, en principio, el artículo 330 de la Constitución la había contemplado únicamente en relación con la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, posteriormente, la Corte, en aplicación directa de normas de valor constitucional, ha protegido el derecho de las comunidades indígenas y afro-descendientes a la **consulta previa en relación con todas las medidas que sean susceptibles de afectarlas de manera específica y directa** (énfasis añadido por DPLF).

Sobre el particular, en la Sentencia C-030 de 2008 se expresó que aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es

deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT es más restringido y se circunscribe a las medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales.

COLOMBIA, Sentencia T-745 de 2010, 14 de septiembre de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)¹⁰⁸:

Es pertinente evidenciar la trascendencia del término ‘afectación directa’, pues es éste el criterio que determina la necesidad de la consulta. Dicho concepto no es concretado de manera manifiesta en el texto del Convenio pero, para el efecto se debe acudir al artículo 7° del mismo, que reconoce la magnitud de la posibilidad de que las comunidades establezcan sus prioridades en cuanto al modelo de desarrollo económico, social y cultural que les interesa. Por tal motivo, un plan o programa envuelto en la idea occidental de desarrollo podría contrariar la perspectiva de vida de una comunidad no dominante. Cabe recordar aquí que, sin embargo, **el Convenio introdujo ciertas hipótesis ante las cuales se hace ineludible la consulta, entre otras, la explotación y exploración de minerales u otros recursos naturales encontrados en sus tierras del mismo modo que el traslado de las comunidades de su lugar de asentamiento a uno extraño. Así pues, la idea de afectación directa se relaciona con la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias.** [...]

Por ende, las políticas de orden general que vislumbren efectos uniformes sobre los ciudadanos involucrados no son, *prima facie*, susceptibles de consulta, salvo tratándose de algunas específicamente incluidas en el texto del Convenio como sujetas al deber de consulta. No obstante, esa valoración debe partir de una visión de la consulta como mecanismo destinado a la ponderación de los derechos de los grupos indígenas y tribales frente a ‘*intereses colectivos de mayor amplitud*’¹⁰⁹. La consulta debe ser pensada como un procedimiento previsto para el equilibrio de la visión característica de una comunidad minoritaria desde el punto de vista étnico en contraste con la que la comunidad dominante tiene como suya. Sobre este punto, se ha insistido en que “*solo resultarán admisibles las políticas que prevean limitaciones constitucionalmente legítimas*”¹¹⁰.

En concreto, en la sentencia C-461 de 2008 se hizo una recolección de los supuestos que permiten la limitación excepcional de este y otros derechos relativos, a saber: “a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”.|| *Los deberes básicos de las autoridades que llevan a cabo la consulta previa son los de ponderar y explorar los siguientes cuatro*

¹⁰⁸ Nota de edición: En la sentencia original, cuyos párrafos no están numerados, el extracto seleccionado para este digesto se encuentra bajo el título: “El derecho a la consulta previa de las comunidades étnicamente minoritarias. Procedencia de la acción de tutela para su salvaguarda. Reiteración jurisprudencial. i) Sustento constitucional”.

¹⁰⁹ SU-383 de 2003.

¹¹⁰ *Ibidem*.

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 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”¹¹¹. Bajo estas condiciones únicamente es admisible la restricción de estos derechos en preeminencia de las políticas que interesan a la población dominante.

Ahora, la inaplicabilidad de la consulta no invisibiliza a la población en términos participativos pues, justamente al tenor del Convenio, los Estados están obligados a proveer varios espacios de participación y deliberación democrática que permitan a estos grupos poblacionales tener una incidencia equivalente a la de otros grupos sociales en todos los niveles de decisión pública.

COLOMBIA, *Sentencia C-915 de 2010, 16 de noviembre de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)*:

3.1. En relación con el ámbito temático de la consulta previa ha precisado la Corte¹¹² que ésta se debe llevar a cabo respecto de *cualquier aspecto* que afecte directamente a la comunidad étnica. Es decir que la consulta previa no se circunscribe al caso de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas –artículo 330– y al de la delimitación de las entidades territoriales indígenas –artículo 329–, que fueron los expresamente previstos por la Constitución. Ello porque la ratificación del Convenio 169 de OIT por parte de nuestro país, mediante la ley 21 de 1991, amplió su espectro a *toda* medida susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas. Nótese que **el tenor literal del artículo 6 del mencionado Convenio no contiene restricción temática alguna al referirse simplemente a “cada vez que se prevean medidas (...)”**.

En lo que respecta al tipo de medidas que deben ser consultadas previamente con las comunidades étnicas, la Corte ha acudido nuevamente al texto del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT para señalar que son no solamente las medidas administrativas¹¹³

¹¹¹ Sentencia C-461 de 2008.

¹¹² Sentencia SU-383 de 2003.

¹¹³ Es extensa la jurisprudencia de esta Corporación sobre la consulta previa a comunidades indígenas y afrodescendientes de medidas administrativas. Entre las sentencias más recientes se pueden mencionar la sentencia T-769 de 2009 sobre la exploración y explotación de una mina “*de cobre, oro, molibdeno y minerales concesibles*” en los departamentos de Antioquia y Chocó en la cual, ante la ausencia de una debida consulta previa, se resolvió, entre otras, suspender las actividades de exploración y explotación que se estaban adelantando y ordenar al Ministro del Interior y de Justicia que rehiciera los trámites que precedieron al acta de formalización de consulta previa, que debe realizar en debida forma y extender a todas las comunidades que puedan resultar afectadas en el desarrollo del proyecto de exploración y explotación minera. Así mismo la sentencia T-880 de 2006 en la que miembros del Pueblo Indígena Motilón Barí denunciaron la explotación y exploración de petróleo en su territorio sin consultarlos, razón por la que la Corte ordenó la suspensión de las actividades exploratorias y la realización de la consulta previa en debida forma.

sino también las legislativas¹¹⁴, y dentro de estas últimas ha incluido las leyes aprobatorias de los *tratados internacionales*¹¹⁵ e incluso las *reformas constitucionales*¹¹⁶.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha sido enfática en afirmar que la obligación de adelantar la consulta previa no surge frente a toda medida –administrativa o legislativa– que sea susceptible de afectar a las comunidades étnicas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas *directamente*¹¹⁷. Según esta Corte, este criterio surge “no solo de la calidad de directa que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de aplicar las disposiciones del Convenio [según el mismo artículo 6 del Convenio 169]”¹¹⁸.

[...] Es entonces claro que, en el caso de las leyes, “lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”¹¹⁹. En los demás asuntos legislativos, las comunidades étnicas gozarán de los mismos espacios de participación de los que disponen la generalidad de los colombianos y de aquellos creados específicamente para ellas por la Constitución, la ley y los reglamentos, pero no existirá la obligación de la consulta previa¹²⁰.

¹¹⁴ Sentencia T-382 de 2006.

¹¹⁵ Sentencias C-750 de 2008, C-615 de 2009 y C-608 de 2010.

¹¹⁶ En la sentencia C-702 de 2010 esta Corte declaró inexecutable el Acto Legislativo 1 de 2009 que modificaba el artículo 108 de la Constitución sobre el aval de candidatos por parte de los partidos y movimientos políticos que gocen de personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas por no haber surtido el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas. El Magistrado Humberto Sierra Porto salvó su voto por las siguientes razones: (1) En primer lugar, considera que la posición de la mayoría constituye una clara muestra de que el ejercicio de la competencia del control de constitucionalidad sobre los actos legislativos carece de parámetros normativos, pues el texto constitucional definitivamente ha perdido tal función y prima el entendimiento que tengan las mayorías momentáneas al interior de la Corporación sobre qué es Constitución, es decir, el control de las reformas constitucionales se ha transformado en un control político y ha dejado de ser un control jurídico. (2) Esta decisión crea una nueva categoría de vicios en materia de control de las reformas constitucionales, es decir, además de los vicios formales y de los vicios de sustitución a la Constitución, a partir de esta decisión puede entenderse que en el trámite de los actos legislativos pueden presentarse vicios formales de entidad sustancial, es decir, lo que en materia del control de procedimiento legislativo se ha denominado precisamente *vicios de competencia*, categoría que a su vez plantea importantes problemas conceptuales. (3) Esta nueva categoría conlleva a que se pueda extender a las reformas constitucionales la tesis sentada en materia del control de las leyes según la cual esta modalidad de vicios es insaneable y por lo tanto la acción pública no tiene un término de caducidad.

¹¹⁷ Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en las sentencias C-461 de 2008, C-750 de 2008 y C-175 de 2009.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

COLOMBIA, Sentencia T-1045A de 2010, 14 de diciembre de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla):

4. [...] En consecuencia, es importante resumir que la consulta previa se realiza, i) cuando se adopten medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a las comunidades étnicas¹²¹; ii) antes de realizarse cualquier exploración o explotación de minería o de otros recursos naturales, que se encuentren en las tierras de dichas comunidades¹²²; iii) cuando sea necesario trasladar las comunidades nativas de sus tierras a otro sitio¹²³; iv) antes de diseñar y ejecutar programas de formación profe-

¹²¹ Artículo 6° del Convenio de la OIT 169 de 1989: “... los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. 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”.

¹²² Artículo 15 del citado Convenio 169: “1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en que medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

¹²³ Artículo 16 del Convenio 169: “1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o dado que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento”.

Igualmente, el artículo 17 ib. dispone: “1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus

sional dirigida a dicha población¹²⁴.

Adicionalmente, en sentencia T-169 de 2001 precitada, se anotó que la consulta previa es obligatoria cuando:

i) se trate de decisiones sobre la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y afrodescendientes; ii) por lo dispuesto en la Ley 70 de 1993: “a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la ‘unidad de gestión de proyectos’ que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58). Además, la mencionada ley establece, en su artículo 44, que como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley”.

COLOMBIA, Sentencia C-366 de 2011, 11 de mayo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva):

13. Uno de los aspectos centrales de la doctrina constitucional en materia de consulta previa es la identificación de las medidas legislativas y administrativas que deben ser sometidas al procedimiento particular de participación de consulta previa. Al revisar la jurisprudencia sobre la materia, se encuentran varias reglas a ese respecto, que se sintetizan del modo siguiente:

tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”.

¹²⁴ Artículo 27 del Convenio 169 en cita: “1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. 2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar. 3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin”. Art. 28 ib.: “1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo. 2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país. 3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas”.

13.1. Según lo regulado por la jurisprudencia que interpreta los contenidos normativos del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa es imperativa respecto de aquellas medidas legislativas y administrativas que afecten *directamente* a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Por exclusión, las políticas que afecten a las personas en condiciones de generalidad y que, a su vez, no prevean medidas que incidan directamente en las comunidades diferenciadas, son (sic) están sujetas al deber de consulta. En estos casos la participación de dichos pueblos debe garantizarse a través de los mecanismos generales, a través de instrumentos específicos, explicados en el fundamento jurídico 11.

13.2. La identificación de las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la ha adelantado la jurisprudencia constitucional en cada caso concreto. Sin embargo, en cada uno de ellos se observa un patrón común, conforme al cual **esta afectación se evalúa en términos de qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico.** En ese orden de ideas, las decisiones de la Corte han concluido, aunque sin ningún propósito de exhaustividad, que materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada con la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria. A esta materia se suman otras, esta vez relacionadas con la protección del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, en virtud de lo regulado por los artículos 329 y 330 C.P., deberán estar sometidos al trámite de consulta previa los asuntos relacionados con la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas; al igual que los aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas; entre ellos la explotación de los recursos naturales en los mismos. Esto último según lo regulado por el parágrafo del artículo 330 C.P. el cual prevé que dicha explotación, cuando se realiza en los territorios indígenas, se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades diferenciadas. Por ende, en las decisiones que se adopten al respecto, el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades. [...]

13.3. Como se observa, la condición que debe cumplirse para que a una medida legislativa o administrativa le sea imponible el deber de adelantar la consulta previa, consiste en que la política correspondiente afecte directamente a las comunidades diferenciadas. Esta incidencia directa se verifica en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede

generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.

PERÚ, *Sentencia STC N° 06316-2008-PA/TC, 11 de noviembre de 2009:*

17. En el marco de sus competencias y con efectos para nuestro derecho interno, este Tribunal estima pertinente puntualizar que cuando el Convenio se refiere a los “pueblos interesados”, **tal categoría comprende no sólo a las comunidades directamente afectadas o establecidas en los territorios objeto de explotación y/o exploración, sino que también involucra a las comunidades colindantes, a sus organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas** (énfasis añadido por DPLF).

PERÚ, *Sentencia STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010:*

20. En efecto, una ley de alcance general que pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos, y no particularmente la conducta de los miembros de los pueblos indígenas no implicaría una afectación directa a estos. Si bien, podría generar una modificación en la situación jurídica de los pueblos indígenas esto sería como consecuencia o efecto indirecto de la norma. Por ejemplo, la emisión de un Código Civil o un Código Procesal Penal si bien puede llegar a afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que solo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente, estarían eximidas del proceso de consulta a los pueblos indígenas.

21. En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta. [...]

23. Respecto al artículo 15 del Convenio, es de precisar que tal supuesto se centra específicamente en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato está directamente relacionado a la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que **no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados** (énfasis añadido por DPLF).

PERÚ, *Sentencia STC N° 00024-2009-PI*, 26 de julio de 2011:

6. El derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT. Por ello requiere de procedimientos apropiados a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, **siendo constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente** (énfasis añadido por DPLF).

En abstracto no corresponde determinar cuándo una medida “afecta” directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas. En ese sentido, **es posible distinguir cuando menos tres modos que éstas pueden revestir: (a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas; (b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación “indirecta” a los pueblos indígenas; y, (c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general** [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 21]. Determinaciones que corresponderán ser realizadas en los procesos constitucionales que la jurisdicción constitucional prevé, ya sea a través del control abstracto de inconstitucionalidad de una norma, o del control concreto del amparo que otorga la tutela reparadora en los supuestos de vulneración del derecho de consulta (énfasis añadido por DPLF).

PERÚ, *Sentencia STC N° 00025-2009-PI/TC*, 17 de marzo de 2011:

25. El derecho a la consulta mediante procedimientos apropiados, a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, es constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [STC 0023-2009-PI/TC, Fund. Jur. 64].

En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida “afecta” directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas.

E. LOS REQUISITOS DE LOS PROCESOS DE CONSULTA PREVIA

Al comienzo de este tercer capítulo indicamos que, de acuerdo con las normas y la jurisprudencia internacionales, los procesos de consulta deben ser 1) previos, 2) libres, 3) informados, 4) culturalmente adecuados y accesibles, 5) llevarse a cabo de buena fe y con el objetivo de obtener el consentimiento de las comunidades indígenas, 6) contar con un

marco regulatorio adecuado, 7) someterse al deber de acomodo y 8) al deber de adoptar decisiones razonadas, objetivas y proporcionales.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha afirmado que si se cumplen los requisitos de las consultas previas, estas pueden convertirse en un “instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”¹²⁵. De ahí la importancia de cumplir plenamente con los requisitos de las consultas que de manera incremental han venido estableciendo la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, al interpretar el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que son la fuente jurídica internacional del derecho a la consulta previa.

Los diferentes pronunciamientos judiciales estudiados en este acápite, de conformidad con el contenido y las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la OIT e interpretadas por los órganos mencionados en el párrafo anterior, han reiterado los requisitos mínimos esenciales que deben reunir los procesos de consulta previa con los pueblos indígenas. En ciertas ocasiones, los tribunales nacionales, de la mano de las interpretaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas o de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, han elaborado con mayor detalle algunos de estos requisitos, los han precisado o han agregado otros, para atender las particulares situaciones que han sido puestas bajo su conocimiento. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha precisado que las opiniones de los pueblos indígenas, en el marco de un proceso de consulta previa, deben tener la posibilidad de influir en la decisión final que se adopte, y el tribunal ecuatoriano ha señalado la importancia de que los procedimientos sean formalizados, conocidos y aplicables. Estos desarrollos van en el mismo sentido de los pronunciamientos de la CEACR, que ha afirmado que los procedimientos de consulta previa deben permitir que la opinión de los pueblos indígenas pueda influir en los resultados del proceso¹²⁶; y del Relator Especial, quien ha indicado que los procedimientos de consulta deben ser “más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes”¹²⁷.

¹²⁵ OIT, Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169)*, en: Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ref: ILC.100/III/IA, 16 de febrero de 2011.

¹²⁶ OIT, Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169)*, en: Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ref: ILC.100/III/IA, 16 de febrero de 2011.

¹²⁷ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, Doc. A/HRC/18/35, 7 de junio de 2011, párr. 35.

Varias decisiones judiciales de cortes nacionales (Colombia, Ecuador, Perú) han elaborado jurisprudencialmente listas de requisitos de los procesos de consulta previa, basadas en los criterios generales fijados en el Convenio 169 de la OIT, que incluso van más allá de los estándares internacionales, en la precisión o recapitulación de los requisitos. Así, el tribunal peruano ha detallado, por ejemplo, que la documentación debe ser traducida a las lenguas o idiomas indígenas, lo que en efecto va un poco más allá, pero en la misma línea, del requerimiento de facilitar intérpretes, cuando sea necesario¹²⁸; este requerimiento es a su vez un desarrollo de la regla según la cual las consultas previas deben tener en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas¹²⁹.

Una importante precisión la ha realizado la jurisprudencia colombiana, al señalar que el principio de buen fe en materia de consulta previa se aplica a todas las partes en todas las etapas, incluida la de cumplimiento de los acuerdos, e implica que el proceso de consulta no debe asumirse por ninguna de las partes con carácter adversarial sino como un espacio para armonizar intereses diversos.

Estos ejemplos ilustran la manera en que las cortes nacionales han profundizado, precisado, detallado y dado alcance tanto a las normas internacionales pertinentes cuanto a las interpretaciones que de ellas han hecho el CEACR o el Relator Especial.

COLOMBIA, *Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)*:

6.3.3. [...] La consulta previa no es un simple trámite administrativo, ni se asemeja a las vías procedimentales administrativas ordinarias para el ejercicio del derecho de defensa por los afectados por una determinada decisión de la Administración Pública. Se trata de un proceso cualitativamente diferente, de naturaleza constitucional, orientado a salvaguardar derechos fundamentales celosamente protegidos por la Carta Política; *“de este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”*¹³⁰. En este orden de ideas, **no** tendrán valor de consulta previa: *“la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena*

¹²⁸ Convenio 169 de la OIT, art. 12 y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/ Ser. L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 311.

¹²⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add. 6, 5 de octubre de 2009, párr. 32.

¹³⁰ Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales”¹³¹; ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente¹³²; ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes afectadas¹³³.

COLOMBIA, Sentencia T-745 de 2010, 14 de septiembre de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)¹³⁴:

Los siguientes son los requerimientos para la ejecución apropiada de la consulta:

- i) El origen de la consulta es la verificación o la virtualidad de que ciertas medidas de naturaleza legislativa o administrativa afecten directamente a grupos étnicamente minoritarios.
- ii) El espacio deliberativo que crea la consulta debe asegurar la intervención de figuras representativas de la comunidad, o sea, sujetos que reúnan los requisitos de representatividad, es decir, que estén habilitados para hablar y asumir decisiones en nombre de

¹³¹ 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 mediadas”.

¹³² “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.

¹³³ “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 aquella indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquella, 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.

¹³⁴ Nota de edición: En la sentencia original, cuyos párrafos no están numerados, el extracto seleccionado para este digesto se encuentra bajo el título: “El derecho a la consulta previa de las comunidades étnicamente minoritarias. Procedencia de la acción de tutela para su salvaguarda. Reiteración jurisprudencial. i) Sustento constitucional”.

todo el conglomerado social. A este respecto, la OIT ha detallado que lo esencial es que la consulta sea el *fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas*¹³⁵.

iii) La consulta debe buscar la construcción y fortalecimiento de instituciones e iniciativas propias de las comunidades.

iv) Se debe efectuar de buena fe, con base en un modelo ajustado a las circunstancias de la población, en un ambiente de confianza mutua generado por el conocimiento y la comprensión cabal del alcance real provocado por los efectos de las medidas valoradas.

v) Se deben efectuar a través de los procedimientos adecuados. En palabras de la OIT, esto supone que el mecanismo empleado “*genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas **independientemente del resultado alcanzado***”. (Negritas por fuera del texto original).

Sobre este punto, la Comisión de Expertos de este organismo, mediante Observación General de 2008 profundizó: “*la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión –con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas– de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que las consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes*”¹³⁶. Es decir, que la admisibilidad de las condiciones que rodean la consulta depende, en últimas, de la aptitud que éstas tengan para provocar un ambiente discursivo entre las partes.

vi) Su fin último es lograr un acuerdo o consentimiento, lo cual supone su ejercicio ajustado a los elementos que recién [han sido] enunciados –Artículo 6° numeral 2° del Convenio–.

ECUADOR, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, Casos N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 19 de marzo de 2010:

10. La consulta prevista en el artículo 90 de la Ley de Minería, ¿desarrolla el contenido previsto en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución? De no ser así, ¿cuáles serían las reglas y procedimientos mínimos que debería contener la Consulta previa prevista en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución? Los parámetros específicos desarrollados por la OIT que deberán tomarse en cuenta son¹³⁷:

a. **El carácter flexible del procedimiento** de consulta de acuerdo con el derecho interno de cada Estado y las tradiciones, usos y costumbres de los pueblos consultados.

¹³⁵ Consejo de Administración, 282ª reunión, noviembre de 2001. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, GB. 282/14/2, párrafo 44.

¹³⁶ Observación General del Convenio 169.

¹³⁷ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, págs. 53-54.

- b. **El carácter previo de la Consulta**, es decir que todo el proceso debe llevarse a cabo y concluirse, previamente al inicio de cada una de las etapas de la actividad minera.
- c. **El carácter público e informado de la consulta**, es decir que los estamentos participantes deben tener acceso oportuno y completo a la información necesaria para comprender los efectos de la actividad minera en sus territorios.
- d. **El reconocimiento de que la consulta no se agota con la mera información o difusión pública de la medida**[;] de acuerdo con las recomendaciones de la OIT¹³⁸, la consulta debe ser un proceso sistemático de negociación que implique un genuino diálogo con los representantes legítimos de las partes.
- e. **La obligación de actuar de BUENA FE** por parte de todos los involucrados. La consulta debe constituirse en un verdadero “mecanismo de participación”, cuyo objeto sea la búsqueda del consenso entre los participantes.
- f. El deber de **difusión pública** del proceso y la utilización de un tiempo razonable para cada una de las fases del proceso, condición que ayuda a la transparencia y a la generación de confianza entre las partes.
- g. **La definición previa y concertada del procedimiento**[;] se requiere que como primer paso de la consulta se defina, previamente, al comienzo de la discusión sobre temas sustantivos, un procedimiento de negociación y toma de decisiones mutuamente convenidas, y el respeto a las reglas de juego establecidas.
- h. **La definición previa y concertada de los sujetos de la Consulta**, que son los pueblos y comunidades afectadas de manera real e indubitable por la decisión.
- i. **El respeto a la estructura social y a los sistemas de Autoridad y Representación de los pueblos consultados**. El procedimiento de consulta debe respetar siempre los procesos internos así como los usos y costumbres para la toma de decisiones de los diferentes pueblos consultados.
- j. **El carácter sistemático y formalizado de la consulta**, es decir, que las consultas deben desarrollarse a través de procedimientos más o menos formalizados, previamente conocidos, y replicables en casos análogos¹³⁹.

PERÚ, *Sentencia STC N° 06316-2008-PA/TC, 11 de noviembre de 2009:*

22. Debe tomarse en consideración que el proceso de consulta debe realizarse en cumplimiento de determinados principios. En la STC 0022-2009-PI/TC (Caso Tuanama I)

¹³⁸ James Anaya pone el caso de la reforma constitucional mexicana de 2001 donde se mantuvieron reuniones y audiencias ante el congreso federal con representantes indígenas, que si bien permitieron a sus representantes expresar ciertas opciones sobre el proyecto de reforma, en la medida en que dichas audiencias no fueron sistemáticamente organizadas, no se pueden catalogar de consultas en los términos del convenio 169 de la OIT.

¹³⁹ El Relator aconseja la aprobación de leyes o reglamentos generales que regulen los distintos casos de consulta.

se han establecido una serie de características y principios que configuran el proceso de consulta, entre los que se encuentran: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) el objetivo de alcanzar un acuerdo, d) la transparencia; y, e) la implementación previa del proceso de consulta (fundamentos 26-36).

PERÚ, *Sentencia STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010:*

26. Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. Así, de la propia normativa del convenio se extraen las principales características de este derecho, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta.

PERÚ, *Sentencia STC 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010:*

60. En suma, y en orden a las consideraciones expuestas, este Tribunal estima que las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta, son las siguientes:

- a) La observancia del principio de buena fe. Al respecto, este Tribunal ha señalado que a través de este principio se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte. En tal sentido, ha precisado que dicho principio debe ser observado en las tres etapas del proceso de consulta, a saber: i) la determinación de la afectación directa; ii) la consulta en sentido estricto; y iii) la implementación de la medida (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27).
- b) La flexibilidad. Es decir, la consulta debe ser llevada a cabo de manera “apropiada a las circunstancias”, razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 31).
- c) El objetivo de alcanzar un acuerdo. Debiendo entenderse que la finalidad de la consulta no se circunscribe o limita a obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas, sino que también debe prestarse atención al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria correspondiente (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33).
- d) La transparencia. En tal sentido, es importante que se ponga a disposición de los pueblos indígenas toda la información concerniente a las consecuencias de las medidas que vayan a adoptarse, sean éstas positivas o negativas. De igual forma, deberá informarse acerca de la metodología que se empleará para llevar a cabo la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. Finalmente, será necesario evaluar la necesidad de traducir la documentación relevante a efectos de garantizar su debida comprensión por parte de la población involucrada (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35).
- e) La implementación previa del proceso de consulta. Con ello, se busca garantizar la expectativa de influencia de los pueblos indígenas sobre la elaboración de las

medidas que puedan afectarlos, si bien esto puede admitir cierta[s] excepciones a la luz de los hechos concretos (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 36).

PERÚ, Sentencia STC N° 00024-2009-PI, 26 de julio de 2011:

5. En ese sentido, como todo derecho constitucional, el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 37]:

(a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo;

(b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y

(c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto”.

1. El proceso de consulta debe ser previo

Según las normas internacionales y las interpretaciones que de ellas han hecho diferentes órganos internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, el deber de consulta debe cumplirse “antes” 1) de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas, 2) de aprobar proyectos que afecten sus tierras, territorios y recursos naturales, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos, 3) de utilizar las tierras de los indígenas para actividades militares¹⁴⁰ o 4) de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras¹⁴¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Pueblo Saramaka y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, resaltó la importancia de que las consultas se realicen con carácter previo, durante “las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad”¹⁴². Lo anterior, en la medida en que el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión dentro de las comunidades y para que el Estado brinde una adecuada respuesta¹⁴³. Afirmó también la Corte que los Estados deben garantizar “de antemano” la participación

¹⁴⁰ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 19, 30.2 y 32.

¹⁴¹ Convenio 169 de la OIT, art. 15.2.

¹⁴² Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr.133. Ver también, Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párrs. 177 y 180.

¹⁴³ *Ibidem*, párrs. 134 y 180, respectivamente.

efectiva del pueblo en el proceso de evaluación de la emisión de concesiones que van a operar en su territorio¹⁴⁴.

En el mismo sentido, el Relator Especial ha manifestado que “las consultas deben realizarse en las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”¹⁴⁵. El Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha afirmado que las comunidades que puedan resultar afectadas con un proyecto o una medida legislativa o administrativa deben ser involucradas lo antes posible en el proceso¹⁴⁶.

Las decisiones judiciales que se presentan en esta parte del digesto incorporan y aplican en el derecho interno de los Estados los estándares normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que acabamos de mencionar.

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS)*, 19 de junio de 2012:

III.4.1.


Previa: Como se ha referido precedentemente, de acuerdo al Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la consulta debe ser previa, esto significa que debe ser anterior a la ejecución del proyecto, plan, medida o acto que afecte los derechos de los pueblos indígenas o antes de la aprobación de la ley u otra norma que también pueda afectarles. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sugiere que el procedimiento de consulta debe ser desarrollado “antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 249).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana en la Resolución sobre el caso Saramaka, señaló que la consulta con los pueblos indígenas debe realizarse durante las primeras etapas del plan o proyecto de desarrollo o inversión o de la concesión extractiva, y “no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada res-

¹⁴⁴ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr.147.

¹⁴⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 65.

¹⁴⁶ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), Observación Individual sobre el Convenio N° 169 de la OIT, Argentina, 2005, párr. 8, citado en: Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No 245, párr. 181, nota de pie de página 238.



El aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión dentro de las comunidades y para que el Estado brinde una adecuada respuesta.

Las comunidades que puedan resultar afectadas con un proyecto o una medida legislativa o administrativa deben ser involucradas lo antes posible en el proceso.

puesta del Estado...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133).

Conforme a lo anotado, la consulta debe ser previa; es decir, antes de aprobar cualquier proyecto que afecta a sus tierras o territorio o recursos (art. 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas); pues de no ser previa, efectivamente existe una afectación a los derechos de los pueblos indígenas que, en su caso podrá ser denunciada a través de las acciones de defensa previstas en la Constitución Política del Estado, concretamente a través de la acción popular [...].

COLOMBIA, *Sentencia C-208 de 2007, 21 de marzo de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)*:

5. [...] La aceptación y protección que la Carta otorga a la consulta previa es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, y es a su vez una forma de concreción del poder político que la Constitución promueve como valor fundamental del Estado. En este sentido, ha dicho esta Corporación que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, es expresión concreta del artículo 7º Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad, y de manera particular, de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios. [...]

[...] [E]ste Tribunal ha dejado en claro que el “Estado deberá en todo momento y para todos los efectos, consultar de manera previa con las autoridades políticas de las comunidades étnicas e indígenas del país, respe[c]to de todas aquellas decisiones que involucren sus interés, ya sea en sus aspectos políticos, sociales, económicos y culturales, para lo cual deberá desarrollar mecanismos de consulta que garanticen la participación directa y activa de todos los miembros de dichas colectividades”¹⁴⁷.

COLOMBIA, *Sentencia T-129 de 2011, 3 de marzo de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)*:

7.1. [...] De otra parte, no es plausible pensar en la determinación de un tiempo único para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, ya que homogenizar este tipo de procesos desconocería el respeto por las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas. Por ello, **el proceso deberá efectuarse desde la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución**, ya que este tipo de práctica desconoce al rompe los tiempos propios de las comunidades étnicas, situando el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento en un obstáculo y no en la oportunidad de desarrollar un

¹⁴⁷ Sentencia T- 737 de 2005.

diálogo entre iguales en el que se respete el pensamiento del otro, incluido el de los empresarios¹⁴⁸.

COLOMBIA, Sentencia C-187 de 2011, 16 de marzo de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto):

3.1. [...] Importancia crucial en el tema de la consulta previa tiene la determinación del momento en el cual debe hacerse. Al respecto, con base en el principio de la buena fe que informa el proceso consultivo, ha dicho la Corte que la consulta debe ser oportuna¹⁴⁹, lo que quiere decir que debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada la misma, la participación de la comunidades étnicas no tendría utilidad alguna en la medida en que no podrían influir en el proceso decisorio¹⁵⁰. Se trataría no de un proceso de consulta sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido.

PERÚ, Sentencia STC N° 03343-2007-AA, 19 de febrero de 2009:

35. En virtud a ello, la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al inte-

¹⁴⁸ En cuanto al tema de los tiempos que debe llevar la consulta previa, el profesor Daniel Aguirre Licht en su concepto elaborado para el Departamento de Antropología de la universidad de los Andes allegado a este proceso, resaltó en cuanto a la expresión “*de una manera apropiada a las circunstancias*”, su significado no puede ser otro que el Estado debe ajustarse a los tiempos y mecanismos en el sentido en que los interpretan y entienden los consultados y conforme a sus modalidades culturales. A este respecto, es pertinente citar a Pineda (2002: 100): “*(...) Por ejemplo, los kogui toman decisiones por medio de diversos procedimientos de adivinación y pagamentos –ofrendas– que pueden durar algunos días, determinadas semanas e incluso varios años. Cuando el Plan Nacional de Rehabilitación creó los Consejos Tradicionales para discutir con las autoridades indígenas de la Sierra Nevada los proyectos de “desarrollo”, los Mamos o sacerdotes indígenas se rebelaron, porque ellos no eran “administradores” sino adivinos. Los wayúu –y muchos otros pueblos– consultan de veras la almohada, vale decir, el chinchorro o la hamaca. La interpretación de los sueños constituye un factor decisivo para la toma de una decisión y para el análisis de los impactos; las premoniciones explican, en gran parte, su actitud ante una consulta o ante la vida*”.

Todo lo anterior sin contar con el problema de la traducción en diferentes lenguas. Pocos indígenas son verdaderamente competentes en español, aunque por dignidad digan que lo entienden bien, aún viviendo entre nosotros; y nosotros muchas veces no entendemos igual los términos en español. El antropólogo Roberto Pineda nos recuerda que la palabra ‘consulta’ puede ser una cosa u otra, dependiendo de quién lo interprete (Pineda, 2002). Puede significar *tener en cuenta el punto de vista del otro, pero conservando la potestad de decidir*. Pero también hay quienes creen que significa *acordar, concertar y hasta otorgar o reconocer al consultado la capacidad de decidir*; sin embargo, otros consideran que puede asimilarse a *informar* (Subrayados por fuera del texto original).

¹⁴⁹ Sentencia C-030 de 2008. En similar sentido, las sentencias C-891 de 2002, T-382 de 2006, C-175 de 2009 y C-615 de 2009.

¹⁵⁰ En este sentido la sentencia C-461 de 2008.

rior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas.

PERÚ, *Sentencia STC N° 0022-2009-PI/TC*, 9 de junio de 2010:

36. Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo **en forma previa** a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse (sic) con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan.

PERÚ, *Sentencia STC N° 05427-2009-PC/TC*, 30 de junio de 2010:

60. En suma, y en orden a las consideraciones expuestas, este Tribunal estima que las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta, son las siguientes: [...]

- e) La implementación previa del proceso de consulta. Con ello, se busca garantizar la expectativa de influencia de los pueblos indígenas sobre la elaboración de las medidas que puedan afectarlos, si bien esto puede admitir ciertas excepciones a la luz de los hechos concretos (**STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 36**).

2. El proceso de consulta debe ser libre

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que el consentimiento que otorguen los pueblos indígenas o los acuerdos a que lleguen con las autoridades estatales deben ser expresados en forma libre¹⁵¹. Para que un proceso de consulta sea libre, los Estados deben abstenerse de influir en las posiciones de los indígenas¹⁵².

La jurisprudencia que se expone a continuación desarrolla y precisa este estándar, por ejemplo, al mencionar que la ausencia de “interferencias extrañas” es necesaria para que pueda hablarse de una consulta libre o que esta implica que no exista coerción.

¹⁵¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 10, 19, 28, 29 y 32.2.

¹⁵² Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 70.

COLOMBIA, Sentencia SU-039 de 1997, 3 de febrero de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell):

3.3. [...] [S]e le dé 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 (énfasis añadido por DPLF).

PERÚ, Sentencia STC N° 03343-2007-AA, 19 de febrero de 2009:

35. [...] Una vez superada esta etapa [de suministro de información] se podrá dar inicio (sic) a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. **Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla** (énfasis añadido por DPLF).

3. El proceso de consulta debe ser informado

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se refiere al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas bien como un objetivo de las consulta o bien como una condición o requisito necesario para la toma de decisiones estatales en ciertos ámbitos, como el desplazamiento forzado de sus territorios o para el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios¹⁵³.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el deber de asegurar que la consulta sea informada requiere que el Estado “acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes”¹⁵⁴. Una consulta informada exige que los pueblos indígenas “tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”¹⁵⁵. Para que los pueblos puedan contar con conocimientos e información plena y amplia sobre estos riesgos y puedan evaluar voluntariamente si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, los Estados tienen la obligación de supervisar la realización de estudios de impacto social y ambiental, de manera que dichos estudios sean realizados i) por parte de entidades técnicas e independientes, ii) de acuerdo con los estándares internacionales y las buenas prácticas existentes, iii) con respeto de las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, iv) antes del otorgamiento de una concesión; y v) deben incluir el

¹⁵³ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 10, 19, 29 y 32.2.

¹⁵⁴ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr.133 y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 208.

¹⁵⁵ Ídem.

impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos¹⁵⁶.

En relación con el requisito de que los procesos de consulta sean informados, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, al referirse a los proyectos de explotación de recursos naturales o de desarrollo, ha precisado que **los pueblos indígenas deben recibir información objetiva y completa**, lo que incluye el conocimiento de las repercusiones del proyecto en la vida y el entorno de los pueblos en cuyo territorio se pretende llevar a cabo el proyecto¹⁵⁷. Por esta razón, los pueblos indígenas deben tener **acceso oportuno a los estudios de impacto ambiental** y contar con el tiempo suficiente para entenderlos, presentar observaciones y recibir información sobre las inquietudes o preocupaciones que les generen dichos estudios¹⁵⁸. En este sentido, en algunos casos puede ser necesario que el Estado suministre asistencia técnica a las comunidades, que les permita entender el contenido real de los estudios de impacto ambiental de manera que puedan tomar decisiones plenamente informadas¹⁵⁹. En relación con las medidas legislativas o administrativas, los Estados deben brindar a los indígenas información sobre las repercusiones que puedan tener dichas medidas¹⁶⁰.

Las sentencias que se incluyen en esta parte reflejan que los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales nacionales han acogido el estándar internacional y lo han aplicado en los sistemas jurídicos internos de sus respectivos Estados, especialmente en lo relacionado con el impacto y las consecuencias que los proyectos extractivos y de desarrollo puedan tener en la forma de vida de los pueblos indígenas. La Corte Constitucional de Colombia ha precisado, por ejemplo, que la información que se brinda a los pueblos indígenas debe ser apropiada, de manera que pueda ser comprendida por ellos.

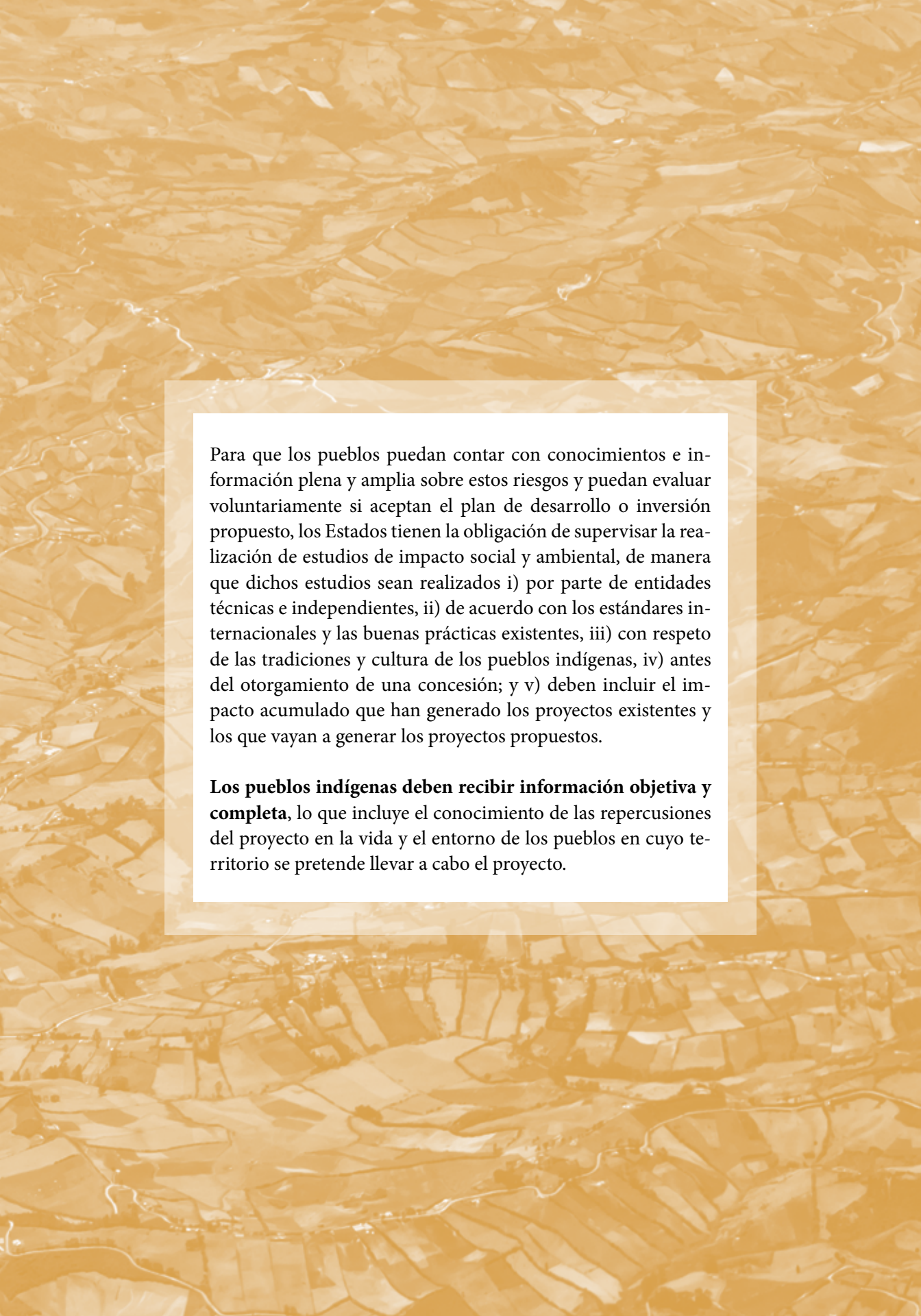
¹⁵⁶ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párrs. 205 y 206.

¹⁵⁷ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 53.

¹⁵⁸ Ídem.

¹⁵⁹ CIDH, Informe *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/ Ser. L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 312. Véase también, Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 88.

¹⁶⁰ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 70.



Para que los pueblos puedan contar con conocimientos e información plena y amplia sobre estos riesgos y puedan evaluar voluntariamente si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, los Estados tienen la obligación de supervisar la realización de estudios de impacto social y ambiental, de manera que dichos estudios sean realizados i) por parte de entidades técnicas e independientes, ii) de acuerdo con los estándares internacionales y las buenas prácticas existentes, iii) con respeto de las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, iv) antes del otorgamiento de una concesión; y v) deben incluir el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos.

Los pueblos indígenas deben recibir información objetiva y completa, lo que incluye el conocimiento de las repercusiones del proyecto en la vida y el entorno de los pueblos en cuyo territorio se pretende llevar a cabo el proyecto.

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS)*, 19 de junio de 2012:

III.4.1. [...]

Informada: De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la consulta debe ser informada, es decir, que los pueblos indígenas tengan “...*conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria...*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133).

La consulta informada, para la Corte, implica que el Estado acepte y brinde información, y una “*comunicación constante entre las partes*” (Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133). El carácter informado de la consulta se conecta con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto social y ambiental con carácter previo a la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, de conformidad a lo señalado por el Relator Especial de la ONU, para quien “En los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida su entorno. A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas deben conocer estos estudios de impacto en las primeras etapas de la consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que plantee...” (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 53).

Como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a participar en la consulta previa y el derecho al acceso a la información son elementos básicos para respaldar y acrecentar la capacidad de las personas a objeto de salvaguardar y reivindicar “los derechos a la vida y a la integridad personal en situaciones de riesgo ambiental grave, y así contribuir a lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud humana”. Como concluye la Comisión: “el acceso a la información es un prerrequisito para la participación pública en la toma de decisiones y para que los individuos puedan seguir de cerca y responder a las acciones del sector público y del privado. Las personas tienen derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, de conformidad con lo que prescribe el artículo 13 de la Convención Americana”. (CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997).

COLOMBIA, Sentencia SU-383 de 2003, 13 de mayo de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis):

7.2. [...] las consultas que se ordenan no podrán tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que los pueblos indígenas y tribales de la región [...] sean informados del contenido del Programa que se adelantará en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento, sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales.

Y que también **conozcan las medidas actualmente en ejecución, con todas sus implicaciones, con miras a que estos pueblos consientan en la delimitación y continuación del Programa, y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativas** (énfasis añadido por DPLF).

COLOMBIA, Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla):

6.2. [...] Ese proceso de consulta aconseja que antes de radicar el acta para su formalización, el texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, **se avance en la ilustración a tales grupos sobre su alcance**, y se abran los escenarios de discusión que sean apropiados (énfasis añadido por DPLF).

En el presente caso no se actuó de manera adecuada para procurar que la comunidad conociera el contenido del proyecto Mandé Norte y posteriormente, con conocimiento de causa, pudiese decidir con suficiente ilustración, previo el análisis de sus propias perspectivas y prioridades. De igual manera, la población originaria no era consciente de que dicho proyecto afectaría al Cerro Careperro, sagrado para los ancestrales habitantes de la región. Tampoco se consultó a todas las comunidades, como ya se indicó.

El Ministerio del Interior y de Justicia debió adelantar el proceso de consulta previa con todos los grupos vernáculos que van a ser afectados con el proyecto minero, **dándoles amplias facilidades para que conozcan integralmente el proyecto y que todos pudiesen participar, debidamente ilustrados**, lo cual en este asunto no se posibilitó (énfasis añadido por DPLF).

COLOMBIA, Sentencia C-187 de 2011, 16 de marzo de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto):

3.1. [...] [L]a jurisprudencia constitucional ha determinado que:

- La consulta se debe hacer de tal forma que la comunidad étnica “*tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones*”¹⁶¹. En otras palabras, “*que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda (...) 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*

¹⁶¹ Sentencia C-891 de 2002. En similar sentido la sentencia C-030 de 2008.

*participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad (...)*¹⁶².

De conformidad con lo anterior, “la realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite”¹⁶³ y por esta misma razón “los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa”¹⁶⁴ y no tiene el valor de consulta la simple notificación de la medida que se quiere adoptar¹⁶⁵.

■ Lo anterior no quiere decir que la consulta previa excluya el proceso informativo, sino que no se debe limitar a él. En efecto, se ha indicado que, **en la consulta previa, “los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales”**¹⁶⁶.

Esta información sobre la medida a adoptar debe incluir los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerla en ejecución y la manera como su ejecución puede conllevar una afectación a su identidad¹⁶⁷.

Adicionalmente, la efectiva posibilidad de expresar la posición y de influir en la toma de decisiones, en algunos casos, requiere de “acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes”¹⁶⁸.

PERÚ, Sentencia STC N° 06316-2008-PA/TC, 11 de noviembre de 2009:

25. Aun cuando no corresponde a este Tribunal evaluar la calidad de dichos talleres informativos, es claro que la exigencia que impone el Convenio 169 de la OIT es la de una consulta previa, pública, neutral y transparente, cuya convocatoria debe hacerse en el propio idioma de las comunidades correspondientes y con la supervisión de las entidades estatales que garanticen la calidad de la información brindada, y con niveles razonables de participación de los integrantes de la comunidad y sus representantes, consulta que no puede reducirse a que se relegue a los integrantes de la comunidad a simples receptores de información, sino que debe fomentar su participación apelando a sus puntos de vista sobre las cuestiones materia de la consulta.

¹⁶² Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en las sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En el mismo sentido la sentencia C-615 de 2009.

¹⁶³ Sentencia C-461 de 2008.

¹⁶⁴ Sentencia C-891 de 2002. En el mismo sentido las sentencias T-382 de 2006, C-461 de 2008, C-175 de 2009 y C-615 de 2009.

¹⁶⁵ Sentencia C-030 de 2008. En el mismo sentido, las sentencias C-461 de 2008, C-175 de 2009 y C-615 de 2009.

¹⁶⁶ Sentencia C-891 de 2002. En similar sentido las sentencias C-030 de 2008 y C-461 de 2008.

¹⁶⁷ Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en las sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En el mismo sentido la sentencia C-615 de 2009.

¹⁶⁸ Sentencia C-891 de 2002.

PERÚ, Sentencia STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010:

35. El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuáles van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuáles van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto.

PERÚ, Sentencia STC N° 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010:

60. En suma, y en orden a las consideraciones expuestas, este Tribunal estima que las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta, son las siguientes: [...]

- d) La transparencia. En tal sentido, **es importante que se ponga a disposición de los pueblos indígenas toda la información concerniente a las consecuencias de las medidas que vayan a adoptarse, sean éstas positivas o negativas.** De igual forma, deberá informarse acerca de la metodología que se empleará para llevar a cabo la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. Finalmente, será necesario evaluar la necesidad de traducir la documentación relevante a efectos de garantizar su debida comprensión por parte de la población involucrada (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35).

4. El proceso de consulta debe realizarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo

A partir del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como de las interpretaciones que han realizado al respecto el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede afirmar que **el principio de buena fe debe inspirar todos los aspectos y todas las etapas y momentos del proceso de consulta.** Ello implica que los procesos de consulta deben ser iniciados lo antes posible, que la información debe circular en dos sentidos, es decir, que se debe brindar y recibir información, que esta debe ser completa y comprensible, que no exista ningún tipo de coacción, interferencia, presión o violencia que pueda alterar la expresión libre de las posiciones y opiniones de los pueblos indígenas.

El principio de buena fe ha sido concebido con el objetivo último de establecer un diálogo entre los Estados y los pueblos indígenas, basado en principios de confianza y respeto

recíprocos, de manera que puedan llegar a un acuerdo vinculante que sea mutuamente satisfactorio¹⁶⁹. Este principio implica que “todas las partes deberían estar dispuestas escuchar y a alcanzar una avenencia sobre sus posiciones”¹⁷⁰. Para facilitar los consensos y los acuerdos es necesario crear un clima de confianza entre las partes que propicie y facilite un diálogo útil y productivo¹⁷¹. Cuando el procedimiento consultivo mismo es definido mediante el diálogo y el consenso, se propicia que el proceso de consulta pueda realizarse en un ambiente de confianza y respeto mutuos¹⁷².

La Corte Interamericana ha indicado que “la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia” y es incompatible con prácticas tales como intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, bien sea mediante la corrupción de los líderes comunales o mediante el establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades¹⁷³. La buena fe también implica que el Estado no delegue en las empresas privadas o en terceros la planificación y realización del proceso de consulta¹⁷⁴.

La jurisprudencia seleccionada para este aparte refleja que las cortes nacionales, en particular las de Colombia y Perú, han interpretado la buena fe orientada a llegar a un acuerdo, en la misma dirección que marcan las reglas internacionales, e incluso han precisado aspectos y realizado otras importantes interpretaciones. Así, el tribunal peruano ha señalado que el principio de buena fe es parte del núcleo esencial del derecho a la consulta previa. Asimismo, que tener en cuenta el clima y las condiciones de accesibilidad al lugar donde se realicen las consultas forma parte de una actuación de buena fe. La corte colombiana, por su parte, ha indicado que la buena fe implica una buena disposición hacia el proceso de consulta, desprovista de la intención de plantear obstáculos que afecten el desarrollo armónico del proceso. La buena fe también se refleja en la disposición a concertar un proceso

¹⁶⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 85 y Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34 Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 23. En el mismo sentido, ver: Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 186.

¹⁷⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 85

¹⁷¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 87.

¹⁷² *Ibidem*, párr. 88.

¹⁷³ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 186.

¹⁷⁴ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 187.

pre-consultivo y en entender que la flexibilidad no puede convertirse en discrecionalidad. Con base en el principio de buena fe, la jurisprudencia colombiana ha establecido el deber estatal de realizar acciones positivas que fortalezcan los conocimientos de los pueblos indígenas, de manera que puedan comprender efectivamente todas las dimensiones de un proyecto y puedan decidir de conformidad.

Sobre los alcances del principio de buena fe, la jurisprudencia colombiana ha realizado una importante interpretación, en el sentido que el principio de buena fe en materia de consulta previa se aplica a todas las partes en todas las etapas, incluida la de cumplimiento de los acuerdos. Igualmente, ha dicho que la buena fe implica que el proceso de consulta no debe asumirse por ninguna de las partes con carácter adversarial sino como un espacio para armonizar intereses diversos. Este razonamiento insta a las partes a asumir el proceso de consulta no con la visión clásica del derecho civil, en la que un proceso es un escenario de disputa jurídica entre adversarios, en el que uno de ellos resulta derrotado y el otro sale victorioso, sino como un espacio de intercambio y de diálogo entre dos visiones del mundo y del desarrollo que pueden armonizarse e integrarse entre sí, sin que una tenga que prevalecer sobre la otra.

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS)*, 19 de junio de 2012:

III.4.1. [...]

De buena fe: Establecida como una característica de la consulta tanto en el Convenio 169 de la OIT, como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y reiterada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133).

La buena fe está vinculada con la finalidad de la consulta: llegar a un acuerdo, es decir concertar. La buena fe se constituye en una garantía frente a procesos de consulta meramente formales. Así, el Relator Especial de la ONU, sostiene que los términos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas "...sugieren que se hacen más hincapié en que las consultas sean negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones" (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 46).

Por otra parte, la consulta de buena fe, exige "*ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia ... La buena*

fe también es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, sea a través de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2010, p. 123).

La consulta de buena fe requiere un clima de confianza mutua entre las partes; pues, como señaló el Comité Tripartito del Consejo de Administración de la OIT, “considerando que el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo... el Comité subraya la necesidad de desplegar esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo productivo” (Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), párr. 53).

Como anota el Relator especial de la ONU, “Para lograr un clima de confianza y respeto mutuo, **el procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso**, y en muchos casos los procedimientos de consulta no son efectivos ni gozan de la confianza de los pueblos indígenas porque los pueblos indígenas no son incluidos debidamente en las deliberaciones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta...” (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 51).

De ahí que en el caso boliviano, la Constitución Política del Estado hace hincapié en que la consulta además de ser previa, obligatoria, libre e informada y de buena fe, deba ser concertada, pues precisamente, los procedimientos, los sujetos que intervendrán y el contenido mismo de la consulta, deben ser pactados con carácter previo entre el Estado y los pueblos indígenas.

COLOMBIA, Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa):

6.3.4. La consulta previa se debe llevar a cabo “*de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias*”¹⁷⁵, para efectos de determinar las implicaciones de los proyectos que se busca adelantar, “*a fin de definir la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten, con la flexibilidad que el artículo 34 del Convenio permite*”¹⁷⁶. En efecto, según ha explicado la Corte, las consultas “*deberán adelantarse de buena fe, atendiendo las circunstancias, con miras a un concertación*”¹⁷⁷. En idéntico sentido el artículo 6° del

¹⁷⁵ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁷⁶ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁷⁷ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

Convenio 169 dispone que la consulta a que los pueblos indígenas y tribales de los países miembros tienen derecho debe formularse “*de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas, acerca de las medidas propuestas*”.

La realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados. De allí que se deba proveer información precisa, completa y significativa a los pueblos afectados sobre los proyectos que se pretende desarrollar en sus territorios, y que el objetivo fundamental del proceso participativo sea llegar a un acuerdo con tales pueblos, para proceder con el proyecto con respeto por sus derechos colectivos fundamentales (énfasis añadido por DPLF).

COLOMBIA, Sentencia C-175 de 2009, 18 de marzo de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva):

16.4. 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. **Lo anterior implica que la consulta previa no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que es un proceso sustantivo de raigambre constitucional, dirigido a que (i) las comunidades afectadas estén provistas de la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se 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**¹⁷⁸. 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 (énfasis añadido por DPLF).

¹⁷⁸ 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 dé 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.

COLOMBIA, Sentencia T-547 de 2010, 1 de julio de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo):

5.2. Advierte la Corte que un elemento esencial del proceso de consulta definido en la jurisprudencia es el hecho de que el mismo debe cumplirse de acuerdo con el postulado de la buena fe.

Ello quiere decir, desde la perspectiva de las autoridades del Estado y de los particulares interesados en la medida susceptible de afectar a las comunidades indígenas:

La disposición para adelantar la consulta, acudir a los escenarios de participación que resulten pertinentes, suministrar la información necesaria para que las comunidades puedan evaluar el impacto de la medida, ser receptivos a las inquietudes que surjan en el trámite de la consulta, valorarlas y obrar en consecuencia. Por el contrario, se opone al postulado de la buena fe, la reticencia en participar en los escenarios de consulta, o la obstaculización a los mismos, retener o demorar información relevante, actuar con actitud refractaria hacia las inquietudes de las comunidades indígenas y en plan de confrontación con ellas.

De esta manera, cuando en torno a la medida que da lugar a la consulta hay una confluencia de intereses, de manera que, además de las comunidades indígenas, hay otros sectores que pueden verse afectados por el sentido de la decisión que se adopte, la consulta previa no puede mirarse como un proceso adversarial, sino, por el contrario, como un escenario de armonización de intereses.

Desde el punto de vista de las comunidades indígenas, a su vez, la buena fe exige plantear ante las instancias correspondientes, de manera inmediata, tan pronto tengan conocimiento de una medida que sea susceptible de afectarles, el requerimiento de consulta y asumir el trámite dentro del espíritu de armonización que se ha señalado, sin que, particularmente, tenga cabida la utilización del instrumento de la consulta como medio para obstruir, obstaculizar o dilatar la ejecución de medidas legítimas. Ello implica aceptar que el proceso de la consulta previa es un escenario para la composición de los intereses divergentes, sin que quepa eludirlo, expresa o tácitamente, como estrategia para hacer prevalecer, al menos temporalmente una posición que no se ha dirimido en el lugar que, precisamente, se ha previsto para ello, que es la consulta.

En particular, cuando se trata de medidas que no afectan territorios indígenas formalmente declarados, la aproximación a la consulta no puede hacerse desde una perspectiva que absolutice una pretensión de recuperación de los territorios ancestrales y que desconozca la realidad de los asentamientos poblacionales que no hacen parte de las etnias indígenas y que plantean también legítimas aspiraciones de ocupación y aprovechamiento del espacio.

COLOMBIA, Sentencia C-915 de 2010, 16 de noviembre de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto):

3.1. También se ha pronunciado la Corte respecto de la forma en la cual debe ser llevada a cabo la consulta. Frente a ello ha señalado que *“en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la buena fe, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto”*¹⁷⁹. En últimas esto deriva en que, a pesar de la flexibilidad que otorga el Convenio 169, *“el procedimiento de consulta no queda (...) librado por entero a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales”*¹⁸⁰.

COLOMBIA, Sentencia C-187 de 2011, 16 de marzo de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto):

3.1. [...] Así, en desarrollo del mencionado principio de buena fe, la jurisprudencia constitucional ha determinado que:

- **La consulta previa debe estar antecedida de un “proceso preconsultivo”**, lo que significa que *“deberá estar precedida de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”*¹⁸¹. Ello porque *“el Estado Colombiano deberá tener en cuenta 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 en el 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”*¹⁸².
- La consulta se debe hacer de tal forma que la comunidad étnica *“tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones”*¹⁸³. En otras palabras, *“que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda (...) 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*

¹⁷⁹ Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en la sentencia C-461 de 2008. En el mismo sentido, la sentencia C-175 de 2009.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*. En similar sentido la sentencia C-175 de 2009.

¹⁸³ Sentencia C-891 de 2002. En similar sentido la sentencia C-030 de 2008.

*participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad (...)*¹⁸⁴.

De conformidad con lo anterior, *“la realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite”*¹⁸⁵ y por esta misma razón *“los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa”*¹⁸⁶ y no tiene el valor de consulta la simple notificación de la medida que se quiere adoptar¹⁸⁷.

- Lo anterior no quiere decir que la consulta previa excluya el proceso informativo, sino que no se debe limitar a él. En efecto, se ha indicado que, en la consulta previa, *“los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales”*¹⁸⁸.

Esta información sobre la medida a adoptar debe incluir los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerla en ejecución y la manera como su ejecución puede conllevar una afectación a su identidad¹⁸⁹.

Adicionalmente, la efectiva posibilidad de expresar la posición y de influir en la toma de decisiones, en algunos casos, requiere de *“acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes”*¹⁹⁰.

- Así mismo, *“los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos”*¹⁹¹.
- Adicionalmente, el proceso de consulta debe llevarse a cabo *“con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas”*¹⁹². Es importante aclarar que lo dicho no se traduce en un poder de veto de las comunidades étnicas a las medidas que las afecten di-

¹⁸⁴ Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en las sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En el mismo sentido la sentencia C-615 de 2009.

¹⁸⁵ Sentencia C-461 de 2008.

¹⁸⁶ Sentencia C-891 de 2002. En el mismo sentido las sentencias T-382 de 2006, C-461 de 2008, C-175 de 2009 y C-615 de 2009.

¹⁸⁷ Sentencia C-030 de 2008. En el mismo sentido, las sentencias C-461 de 2008, C-175 de 2009 y C-615 de 2009.

¹⁸⁸ Sentencia C-891 de 2002. En similar sentido las sentencias C-030 de 2008 y C-461 de 2008.

¹⁸⁹ Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en las sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En el mismo sentido la sentencia C-615 de 2009.

¹⁹⁰ Sentencia C-891 de 2002.

¹⁹¹ *Ibidem*. En el mismo sentido, las sentencias C-030 de 2008 y C-461 de 2008.

¹⁹² *Ibidem*.

rectamente según el cual no pueden adoptarse sin su consentimiento, significa que, ante el desacuerdo se deben presentar “*fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad*”¹⁹³.

- De todos modos, “*cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. 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*”¹⁹⁴.

Importancia crucial en el tema de la consulta previa tiene la determinación del momento en el cual debe hacerse. Al respecto, con base en el principio de la buena fe que informa el proceso consultivo, ha dicho la Corte que la consulta debe ser oportuna¹⁹⁵, lo que quiere decir que debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada la misma, la participación de la comunidades étnicas no tendría utilidad alguna en la medida en que no podrían influir en el proceso decisorio¹⁹⁶. Se trataría no de un proceso de consulta sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido.

COLOMBIA, Sentencia C-068 de 2013, 13 de febrero de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez):

6.5.14. [...] El hecho de que sea libre e informada supone, por una parte, el derecho de las comunidades indígenas de participar o no en los procesos de consulta¹⁹⁷ y, por la

¹⁹³ Sentencia C-030 de 2008. En similar sentido, las sentencias C-891 de 2002, T-382 de 2006, C-175 de 2009 y C-615 de 2009.

¹⁹⁴ *Ibidem*. En el mismo sentido la sentencia C-615 de 2009.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ En este sentido la sentencia C-461 de 2008.

¹⁹⁷ Por ejemplo, en la Sentencia T-547 de 2010, la Corte negó la procedencia de una acción de tutela promovida por los Pueblos Kogi, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, con ocasión de la expedición de una licencia ambiental, al comprobar que las comunidades indígenas se rehusaron a participar en el proceso de consulta previa convocado por las autoridades competentes. Al respecto se dijo que: “pese a que la existencia del proyecto fue conocida por las comunidades indígenas desde antes de la expedición de la licencia ambiental y a que el proyecto, de manera formal, se presentó ante las autoridades tradicionales de dichas comunidades, no en un trámite de consulta, pero sí dentro de la concertación que se dispuso por el MAVD, éstas no sólo se rehusaron a participar, argumentando, finalmente, que existía ambigüedad en la convocatoria y que la misma no satisfacía los requerimientos de la consulta que creían debía llevarse a cabo, sino que no adelantaron ninguna acción jurídica orientada a hacer valer el derecho que ahora invocan, al punto que transcurrieron dos años desde la expedición de la licencia ambiental hasta la fecha en la que se interpuso la acción de tutela. // Por la anterior consideración, no cabe cuestionar en sede de tutela la validez de la Resolución 1298 de 2006 mediante la cual se expidió la licencia ambiental a la empresa BRISA S.A. para el proyecto denominado “*Construcción y Operación de la Fase 1 del ‘Puerto Multi-propósito de Brisa,’*” localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira (...)”.

otra, a que si se acepta dicha participación, las autoridades competentes brinden todos los elementos de juicio necesarios para la toma de una decisión.

[...]

Una vez radicada la iniciativa en el Congreso de la República, como expresión del principio democrático, se abre la posibilidad de que el parlamento debata sobre las medidas acordadas y se pronuncie sobre la conveniencia de las mismas. En tal caso, en primer lugar, el escenario participativo de los pueblos indígenas no se interrumpe, pues dichas comunidades pueden hacer uso de los distintos instrumentos previstos en el trámite legislativo que facilitan la participación ciudadana, incluso pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos por la circunscripción especial indígena¹⁹⁸; en segundo término, surge a cargo del Congreso de la República y conforme al reglamento, la obligación de brindar espacios más amplios y efectivos de participación, con el propósito de que sean las propias comunidades –a través de sus representantes– quienes intervengan informalmente en las sesiones de las Cámaras explicando el consenso logrado y defendiendo su contenido; y finalmente, como consecuencia del principio de la buena fe, el Gobierno Nacional debe intervenir activamente con el fin de justificar los acuerdos a los que se llegaron, brindado todos los elementos de juicio que permitan reconocer la importancia de la concertación lograda, como herramienta destinada a asegurar la integridad étnica y cultural de estos pueblos.

[...]

6.5.17. [...] Con todo, el derecho a la consulta previa no es un derecho absoluto, por lo que de ninguna manera puede entenderse que la existencia de un consenso sobre el proyecto sea un requisito *sine qua non* para radicar una iniciativa, pues en aquellos casos en que se frustra la configuración del acuerdo, las autoridades pertinentes deben adoptar las medidas que sean conducentes para ejercer sus competencias legislativas, en respuesta al carácter prevalente del interés general, dejando a salvo las demás vías consagradas en el ordenamiento jurídico para la protección de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y pueblos tribales.

No cabe duda de que el principio de la buena fe y la inadmisibilidad de posturas adversariales o de confrontación en los procesos de consulta, supone el deber de las comunidades indígenas de participar en estos procesos y, por ende, de no rehusarse a ser parte de los mismos. Esta obligación, entre otras, guarda armonía con el carácter de derecho-deber que tradicionalmente se le ha reconocido al derecho de participación¹⁹⁹. En todo caso, como ya se dijo, si en ejercicio del principio de libertad, las comunidades indígenas o pueblos tribales se niegan a participar de este procedimiento, pese a los esfuerzos del Gobierno Nacional para promover un consenso sobre el articulado, por regla general las autoridades pertinentes están habilitadas para proceder de buena fe, lo que se traduce en la posibilidad de impulsar la aprobación de la iniciativa legislativa, con sujeción a las limitaciones previamente expuestas.

¹⁹⁸ Sobre la materia se pueden consultar las Sentencias C-891 de 2002 y C-030 de 2008.

¹⁹⁹ Sentencia C-1338 de 2000.

PERÚ, Sentencia STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010:

27. Este Tribunal Constitucional estima que **el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado.** Con [él] se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) *determinación de la afectación directa*, 2) *la consulta en sentido estricto*, y 3) *la implementación de la medida*. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas (énfasis añadido por DPLF).

28. Por ejemplo, en la primera, cuando el funcionario prevea que la medida legislativa o administrativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, debe comunicársele a las entidades representativas de los pueblos indígenas. No debe tratar de impedirse o imponerse trabas que impida[n] que dicha información sea conocida o que se concrete la consulta. El principio de transparencia obtiene un nuevo contenido en este escenario. En todo caso, frente a este tipo de contextos, los pueblos indígenas podrían utilizar las garantías judiciales pertinentes a fin de subsanar esta situación. En la segunda etapa indicada se comprende que las partes, y sobre todo el Estado, deben estar comprometidos en encontrar un consenso. Sería bastante fútil generar un espacio de discusión y diálogo intercultural, cuando lo que en el fondo se pretende es simplemente la mera apariencia de cumplimiento de la norma, sin que se recaiga en lo sustancial de la misma. Como lo explicita el artículo 6 del Convenio **la finalidad del diálogo será llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas.** Para ello se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. También debe tomarse en cuenta cuestiones relativas al clima y la accesibilidad de los miembros de los pueblos indígenas al lugar en donde se va a llevar a cabo la consulta. No debe optarse por lugares que sean de difícil acceso o que en determinada época del año sea de difícil acceso.

De otro lado, no se condice con el principio de buena fe que las entidades representativas de los pueblos indígenas se nieguen a llevar a cabo la consulta. **Esta iniciativa de cerrar las puertas al diálogo y rechazar toda posibilidad de consenso no se condice con los principios del Convenio N.º 169.** No obstante, las soluciones que pretendan superar esta situación tendrán que basarse en el principio de buena fe. Y es que el desafío al diálogo no debe ser refutado con respuestas sustentadas en similar criterio, sino con la legitimidad de quien cumple los principios del Estado Constitucional. En todo caso, debe tenerse en mente que cierta desconfianza puede ser comprensible debido a la situación de olvido en la que estuvieron los pueblos indígenas en el Perú, siendo marginados del desarrollo. Sin embargo, el que sea comprensible no implica que se justifique

una posición como la descrita. Este tipo de situaciones por el contrario constituyen oportunidades para que el Estado se legitime y ejerza su potestad con pleno respeto por los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

29. Acerca de la última etapa, de nada servirá arribar a los consensos si es que luego, en la ejecución de lo consultado, se pretende hacer caso omiso a los compromisos asumidos. El respeto del principio de buena fe, exige que no se desconozca el espíritu del compromiso. El reto es mejorar la calidad de representación de los pueblos indígenas incorporándolos como grupos pluralistas en la dinámica participativa de la democracia.

33. Debe entenderse que **lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural**. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados.

PERÚ, *Sentencia STC N° 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010:*

58. Sin embargo, tal como lo señala el propio Convenio, para que dichas finalidades puedan plasmarse en la realidad se requiere que el procedimiento mismo de la consulta satisfaga algunos presupuestos básicos que permitan configurarlo como un verdadero proceso dialógico orientado hacia la gestación de acuerdos bienintencionados entre las partes. **En ese sentido, resulta imperioso que la consulta se encuentre precedida por una etapa de información y diálogo, la cual debe estar presidida por principios tales como la buena fe o la transparencia, de modo tal que se creen las condiciones mínimas necesarias para llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural** (énfasis añadido por DPLF).

60. En suma, y en orden a las consideraciones expuestas, este Tribunal estima que las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta, son las siguientes:

- a) La observancia del principio de buena fe. Al respecto, este Tribunal ha señalado que a través de este principio se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte. En tal sentido, ha precisado que dicho principio debe ser observado en las tres etapas del proceso de consulta, a saber: i) la determinación de la afectación directa; ii) la consulta en sentido estricto; y iii) la implementación de la medida (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27). [...]

- c) El objetivo de alcanzar un acuerdo. Debiendo entenderse que la finalidad de la consulta no se circunscribe o limita a obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas, sino que también debe prestarse atención al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria correspondiente (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33).

5. El proceso de consulta debe ser culturalmente adecuado, accesible y realizarse de conformidad con las costumbres y tradiciones de la comunidad

El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituyen la base jurídica del requisito según el cual las consultas deben ser culturalmente adecuadas²⁰⁰. El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha precisado que no existe un modelo único de procedimiento apropiado sino que las circunstancias de cada país y de cada pueblo deben tenerse en cuenta para que el proceso de consulta sea adecuado a dichas circunstancias y a la naturaleza de la medida que se pretende consultar²⁰¹. Los procesos de consulta deben adecuarse a las circunstancias particulares tanto geográficas como temporales propias de cada pueblo indígena²⁰². Para el efecto, los Estados deben tomar medidas para que los miembros de los pueblos o comunidades puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, lo que implica facilitarles, cuando sea necesario, intérpretes o adoptar otras medidas que tengan en cuenta su diversidad lingüística y el desconocimiento de la lengua oficial, si fuere del caso, por parte de las comunidades indígenas²⁰³. La Corte Interamericana al respecto ha manifestado que las consultas deben realizarse mediante procedimientos culturalmente adecuados, de conformidad con las costumbres y las tradiciones propias de la respectiva comunidad²⁰⁴.

En este mismo sentido, la jurisprudencia seleccionada para este acápite ha afirmado la necesidad de adentrarse en las características culturales de la comunidad o pueblo respectivo, y de tomar en cuenta las diferencias culturales y de costumbres propias y particulares de los pueblos y comunidades indígenas.


²⁰⁰ Convenio 169 de la OIT, arts. 6.1 y 34 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 32.

²⁰¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34 Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 28.

²⁰² Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34 Add.6, 5 de octubre de 2009, párrs. 59 a 61 y 62 a 64.

²⁰³ Convenio 169 de la OIT, art. 12.

²⁰⁴ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 133 y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 201.



No existe un modelo único de procedimiento apropiado sino que las circunstancias de cada país y de cada pueblo deben tenerse en cuenta para que el proceso de consulta sea adecuado a dichas circunstancias y a la naturaleza de la medida que se pretende consultar.

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS)*, 19 de junio de 2012:

III.5.2. [...] [E]s evidente e innegable que **la consulta, concebida como una forma de relación entre el Estado y los pueblos indígenas responde al respeto y reconocimiento de existencia de una sociedad plural;** ahora bien, el ejercicio de la consulta como derecho de los pueblos indígenas conlleva a que su realización se efectúe en el marco del consenso y de los procedimientos que el o los mismos pueblos consultados determinen, en base siempre, a su cosmovisión, costumbres y forma de vida; **ello conlleva a su vez que la consulta constituya una construcción de acuerdos, en los que si bien el Estado interviene; empero, debe hacerlo respetando y recogiendo los procedimientos establecidos por los pueblos a través de sus instituciones representativas, actuación que además –tanto estatal como indígena originario campesina– debe efectuarse en el marco de la buena fe.**

COLOMBIA, *Sentencia SU-383 de 2003*, 13 de mayo de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis):

5. [...] Ahora bien, el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT prevé que las medidas que se adopten para dar aplicación al instrumento “*deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país*”, previsión que ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional como la necesidad de adentrarse en las características de la cultura que se verá involucrada en la decisión, a efectos de determinar su grado de autonomía y así maximizar o minimizar la naturaleza y el alcance tanto de la consulta, como de las medidas²⁰⁵.

PERÚ, *Sentencia STC 0022-2009-PI/TC*, 9 de junio de 2010:

31. **Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta.** De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una “manera apropiada a las circunstancias” (énfasis añadido por DPLF).

32. De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. **Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados** (énfasis añadido por DPLF).

²⁰⁵ Sentencias T-349 de 1996, T-523 de 1997, C-169 de 2001, entre otras.

PERÚ, *Sentencia STC N° 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010*:

60. En suma, y en orden a las consideraciones expuestas, este Tribunal estima que las obligaciones que se derivan directamente del Convenio 169 en lo relativo a la regulación normativa del derecho a la consulta, son las siguientes: [...]

d) La flexibilidad. Es decir, la consulta debe ser llevada a cabo de manera “apropiada a las circunstancias”, razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 31).

F. ETAPAS DE LOS PROCESOS DE CONSULTA PREVIA

El derecho internacional de los pueblos indígenas no ha regulado lo relacionado con las etapas que pueda tener un proceso de consulta; se ha limitado a señalar, de manera genérica, que los Estados deben establecer “mecanismos apropiados” de consulta con los pueblos indígenas, con la participación de los propios pueblos²⁰⁶. Los mecanismos apropiados serán entonces el resultado, bien del diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas, o bien de los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales nacionales, que al consultar la realidad propia de sus países, fijen las características particulares de dichos mecanismos.

En esta lógica, el Tribunal Constitucional de Perú ha determinado que la realización de las consultas previas en ese país bien podría ajustarse a una secuencia de etapas que el mismo tribunal ha diseñado. Por su parte, la jurisprudencia ecuatoriana ha establecido etapas o fases que deben regir las consultas pre-legislativas. En Colombia, la Corte Constitucional ha establecido como uno de los requisitos jurisprudenciales para la realización de la consulta previa la definición de un proceso posterior a la consulta, en el que bien podría hacerse seguimiento al cumplimiento de los acuerdos. En Chile también se han establecido etapas para las consultas. Ello, sin embargo, no se ha realizado por vía judicial, sino por vía administrativa, mediante un instructivo presidencial complementado con un procedimiento, los cuales han sido incorporados por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en su informe sobre la situación de los pueblos indígenas en ese país, y que por su pertinencia para esta sección hemos decidido incluir en estos comentarios. En efecto, el Relator Especial se refirió en los siguientes términos a las etapas del proceso de consulta adoptado en Chile:

Por ende, aprovechando la obligatoriedad para los órganos del Estado del Instructivo [presidencial de 25 de junio de 2008, mediante el cual se instruyó sobre la necesidad de realizar procesos de consulta en iniciativas legislativas y administrativas], él se ha complementado con un procedimiento más completo, el que se ha aplicado desde enero de este año para consultas de carácter nacional y que consta de las siguientes etapas:

²⁰⁶ OIT, Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169)*, en: Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ref: ILC.100/III/IA, 16 de febrero de 2011.

a) **Etapa epistolar:** mediante la cual se remite a comunidades, organizaciones y dirigentes indígenas del país las propuestas e información sobre las mismas que permitan comprender su contenido. Dicho proceso es apoyado con una campaña en los medios de comunicación que tiene el mismo objetivo. Como resultado de esta actividad, se obtienen respuestas y observaciones por escrito.

b) **Etapa presencial:** mediante la realización de talleres en las regiones con presencia de los pueblos indígenas en donde además de explicar las propuestas, se realiza un trabajo de levantamiento de opiniones y observaciones. Estos talleres son apoyados por moderadores que facilitan el diálogo. Asimismo, y en forma previa se desarrollan charlas de capacitación dirigidas a los funcionarios públicos que participarán en los talleres de modo que pueden comprender la necesidad, la estructura y los objetivos de los procesos de consulta. En consecuencia, no solo se lleva adelante el proceso de consulta sino que además se difunde el enfoque multicultural al interior de los órganos de la administración del Estado.

De todo lo acontecido en los talleres se deja constancia en un registro. Estas actividades tienen por objetivo que quienes asistan, puedan seguir conversando sobre estos temas al interior de sus comunidades y puedan dar cuenta posteriormente de las observaciones y planteamientos que surjan al interior de sus comunidades y organizaciones.

c) **Sistematización e informe:** culminadas las etapas anteriores, se realiza un proceso de sistematización del proceso en su totalidad y se elabora un informe donde se da cuenta de las observaciones recibidas. Este informe constituye el elemento principal para decidir las modificaciones que serán introducidas a las propuestas presentadas a consulta.

d) **Informe de consulta:** una vez adoptadas las decisiones que ameriten los resultados de la consulta, se elabora un segundo informe en donde se da cuenta del proceso, la ponderación de las observaciones y la decisión en torno a la incorporación de modificaciones a las propuestas.

e) **Difusión del resultado del proceso:** el informe anterior será remitido a todos los pueblos indígenas que participaron del proceso en sus diversas etapas y será ampliamente difundido a través de la Corporación de Desarrollo Indígena, el Ministerio de Planificación y el Comisionado Presidencial de Asuntos Indígenas.

A partir de la etapa epistolar y durante todo el proceso se lleva a cabo una amplia difusión que consiste en una campaña de información, a través de los medios de comunicación, nacionales, regionales y locales, que contempla videos informativos, afiches, espacios en los medios escritos y, sobre todo, una campaña radial que cubre la totalidad del territorio indígena, mediante la cual se informa a los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas sobre las características y contenidos de la propuesta a consultar quienes podrán poner a disposición de la autoridad sus observaciones, planteamientos y propuestas²⁰⁷.

²⁰⁷ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 85 y Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos

COLOMBIA, *Sentencia T-129 de 2011, 3 de marzo de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)*:

8.1. Encuentra pertinente la Sala, conforme a las consideraciones anteriores, reiterar en el caso del derecho fundamental a la consulta previa las reglas jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha determinado para tal fin [...]

En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas: [...]

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo 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.

ECUADOR, *Sentencia N° 001-10-SIN-CC, Casos N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 19 de marzo de 2010:*

II. De las Fases de la consulta prelegislativa

Esta Corte establece que **la consulta prelegislativa se desarrollará en cuatro fases: fase de preparación; fase de convocatoria pública; fase de registro, información y ejecución; y fase de análisis de resultados y cierre del proceso**. En todas estas fases se observará el principio de interculturalidad, y en tal virtud, la consulta se realizará en castellano, pudiendo receptarse pronunciamientos en los idiomas propios de los pueblos y nacionalidades consultados (énfasis añadido por DPLF)²⁰⁸.

PERÚ, *Sentencia STC N° 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010:*

60. g). Por último, cabe señalar que este Tribunal ha brindado ya algunas pautas en relación a las etapas en que debe estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas, y en ese sentido, ha sugerido la conformación de la siguiente secuencia fáctica:

- ✓ En primer lugar, el inicio del proceso debe ser la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena, tarea que debe ser realizada por la entidad que está desarrollando la medida.
- ✓ En segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas que pueden ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.

y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34 Add.6, 5 de octubre de 2009, Anexo B.I. (carta dirigida al Relator Especial por el Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, el 12 de mayo de 2009).

²⁰⁸ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, págs. 39-41.

- ✓ En tercer lugar, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha.
- ✓ En cuarto lugar, si el pueblo indígena involucrado se encuentra de acuerdo con la medida consultada, entonces concluye la etapa de negociación.
- ✓ De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta, precluye la primera etapa de negociación, con lo cual se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe desacuerdo. En este punto, la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, sólo entonces el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo afectado (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 41).

G. REPRESENTACIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN LOS PROCESOS DE CONSULTA PREVIA

El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituyen el fundamento jurídico de este requisito. Tanto el Convenio como la Declaración señalan que las consultas con los pueblos indígenas deben realizarse “a través de” o “por medio de” sus instituciones representativas²⁰⁹. Dada la diversidad cultural que caracteriza a los pueblos indígenas y tribales, la OIT ha entendido que el Convenio “no impone un modelo de institución representativa”²¹⁰. La importancia de respetar plenamente las instituciones representativas propias de los indígenas ha sido subrayada por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, al afirmar que del pleno respeto de aquellas depende la posibilidad de alcanzar un consenso²¹¹. La representación adecuada de los indígenas es de tal relevancia, que cuando los pueblos indígenas no tienen claras sus estructuras de representación, los procesos de consulta se pueden enredar o retrasar²¹². La organización de los pueblos indígenas, para determinar sus representantes y la selección de estos, debe ser apoyada por las autoridades estatales, como una forma de facilitar

²⁰⁹ Convenio 169 de la OIT, art. 6.1. y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 19 y 32.

²¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 307. En el mismo sentido, ver: Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34 Add.6, 5 de octubre de 2009, párr. 28.

²¹¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 89.

²¹² *Ídem*.

el proceso y de crear un clima de respeto²¹³. Es entonces la comunidad quien debe señalar al Estado con quiénes debe realizar el proceso de consulta²¹⁴.

De conformidad con la jurisprudencia revisada, proferida por tribunales nacionales de varios de los países incluidos en este estudio, la realización de procesos de consulta previa que aseguren la debida representación de los pueblos indígenas plantea dificultades prácticas, habida cuenta que, dada la gran diversidad de pueblos y culturas indígenas, son las particularidades propias de cada caso las que permiten establecer si la representación de un determinado pueblo indígena es adecuada. No obstante, los tribunales han logrado establecer algunos criterios generales. Por ejemplo, que para asegurar una adecuada representación, las personas, organizaciones o instituciones que representan a los pueblos indígenas deben ser “genuinamente representativas” y “estar habilitadas para tomar decisiones”, lo que significa que no deben existir dudas sobre la condición de representantes ni sobre las facultades que tienen para ejercer dicha representación, facultades que deben acompañar a las personas que actúan a nombre de los pueblos indígenas en un proceso de consulta. De esta manera, la jurisprudencia analizada profundiza y otorga mayor alcance a la regulación internacional según la cual la representación de los pueblos indígenas está a cargo de las instituciones, organizaciones o personas que hayan sido designadas por las propias comunidades o pueblos, según sus formas propias de seleccionar representantes.

COLOMBIA, Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa):

5.3. Ahora bien, la Corte debe hacer especial referencia al proceso de formación de la ley del Plan Nacional de Desarrollo establecido en el artículo 340 Superior, dado que algunos de los intervinientes han defendido su constitucionalidad invocando la existencia y funciones del Consejo Nacional de Planeación, en el cual se encuentran representados –entre otros– los grupos indígenas del país. [...]

Para la Corte, la existencia del Consejo Nacional de Planeación y su rol directo en la preparación del proyecto de Plan Nacional de Desarrollo cumplen una función trascendental dentro del proceso democrático de formulación de este instrumento, más aún teniendo en cuenta que los grupos indígenas se encuentran representados en dicho Consejo. **Sin embargo, tal representación no supe el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos concretos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica**; a este respecto es ilustrativo precisar la diferencia conceptual que existe, al interior del régimen democrático instaurado en la Constitución de 1991, entre los principios de *democracia representativa* y *democracia participativa*, que interactúan de diversas maneras en el orden constitucional sin llegar a confundirse – y una de cuyas interacciones se realiza precisamente en el ámbito de la elaboración y aprobación del

²¹³ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 69.

²¹⁴ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 185, párr. 19.

Plan Nacional de Desarrollo y de los proyectos individuales contenidos en el Plan de Inversiones Públicas (énfasis añadido por DPLF).

En efecto, en los regímenes democráticos existen diversos mecanismos para permitir que quienes se verán afectados por una determinada decisión o actuación puedan expresar y hacer valer sus posiciones y puntos de vista. Los dos mecanismos clásicos, entre la amplia gama de los existentes, son los de la *representación* y la *participación*. Por medio del primero, las personas afectadas eligen representantes para hablar por ellos en el ámbito de los organismos decisorios representativos, es decir, constituidos específicamente para permitir la interacción entre quienes toman las decisiones y los representantes elegidos colectivamente por las personas potencialmente afectadas. Por medio del segundo, los afectados se involucran directamente en la adopción de las decisiones, y ejercen su voz no para elegir a un representante que hablará por ellos, sino para participar directamente en la toma de la decisión. [...]

En el ámbito específico del proceso de formulación del Plan Nacional de Desarrollo, observa la Corte que los principios de representación y participación se manifiestan en forma distinta, sin confundirse. Así, la existencia y funcionamiento del Consejo Nacional de Planeación, que incluye –entre los demás representantes– a voceros de los grupos étnicos del país, expresa en dicho ámbito una cierta versión del principio de representación. En efecto, los representantes indígenas allí incluidos no expresan la cosmovisión de cada una de las comunidades afectadas por cada proyecto individual incluido en el Plan de Inversiones Públicas. Por su parte, la obligación constitucional de llevar a cabo la consulta previa de tales proyectos individuales expresa el principio de democracia participativa –sensible a las particularidades, detalles y diversidad del caso concreto–, en la medida en que en tales proyectos de consulta, se permitirá que cada comunidad concreta afectada en forma diferencial, directa y específica por un proyecto en particular haga oír su posición y participe, así, en la adopción de las decisiones correspondientes.

[...] La representación de los grupos indígenas en el Consejo Nacional de Planeación, que es una representación general de todas las etnias del país, no suple el deber imperioso de realizar la consulta previa de los proyectos susceptibles de afectar concreta, directa y específicamente a grupos étnicos particulares, en la misma medida en que este deber no se suple con la simple existencia de representantes o senadores indígenas y afrodescendientes en el Congreso de la República. Cada una de dichas instancias cumple un papel distinto dentro del sistema democrático establecido por el constituyente en 1991.

Lo anterior no excluye, por supuesto, el que cada comunidad indígena o afrodescendiente pueda elegir determinados representantes específicamente para la realización de los procesos de consulta previa; pero tales representantes no lo son para tomar parte en un órgano lejano que representa muchos otros intereses, sino para actuar como canales para comunicar la cosmovisión de los pueblos afectados por un determinado proyecto e incidir directamente sobre las decisiones que le conciernen.

COLOMBIA, Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla):

6.2. [...] En el caso concreto, esta Sala de revisión considera que el proceso de consulta previa adelantado por el Ministerio del Interior y de Justicia, no tuvo en cuenta a todas las autoridades e instituciones representativas de las comunidades respectivas, constatándose que algunos de los participantes en la adopción del proyecto en cuestión, no se encontraban debidamente acreditados, ni autorizados (f. 720 ib.).

Tal como consta en la demanda que dio lugar a la presente acción, el acta de abril 29 de 2006, en la cual se protocolizó la consulta previa de las comunidades afrocolombianas, fue avalada por el Ministerio del Interior y firmada por el llamado Consejo del Curvaradó, más no intervino el Consejo Comunitario de Jiguamiandó, representante de las comunidades realmente afectadas por el proyecto.

Acerca de Manuel Moya Lara, los demandantes indicaron que el Consejo que [é]l dijo representar, “*es inexistente, ilegal y se creó paralelo al verdadero Consejo Comunitario de Comunidades negras del Río Curvaradó, representada actualmente por el señor Luís Alberto Renter[í]a Mosquera y para el momento en el que se celebró la reunión de consulta previa para el proyecto Mandé Norte, estaba a su cargo la señora Ligia María Chaverra*” (f. 720 ib.), afrontando el mencionado señor Moya Lara un proceso penal por fraude procesal, presuntamente por haber suplantado al representante del Consejo de Curvaradó en la firma de acuerdos y contratos (fs. 720 y 721 ib.).

Por otra parte, aseveran que en el caso de las comunidades indígenas, el acta de protocolización de julio 12 de 2008 fue firmada por representantes del Consejo Comunitario de Carmen del Darién CAMICAD y por el Cabildo Mayor Indígena de la Zona del Bajo Atrato CAMIZBA, los primeros sin la autoridad necesaria de las comunidades pertenecientes a él, mientras CAMIZBA es una organización con jurisdicción en Río Sucio, territorio que no es afectado por el proyecto (f. 724 ib.).

Así, se les vulneró el derecho de participación a las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Jiguamiandó, a las comunidades indígenas de los resguardos de Uradá-Jiguamiandó del municipio de Carmen del Darién, y a las del resguardo de Chageradó Turriquitadó del municipio de Murindó, en los departamentos del Chocó y Antioquia, involucrados a través de sus autoridades tradicionales, y de los Consejos Menores de las comunidades, en coordinación con los Consejos Mayores (f. 20 ib.), pues no se tuvo en cuenta a tales comunidades, ni se realizó consulta.

COLOMBIA, Sentencia C-915 de 2010, 16 de noviembre de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto):

3.1. Así, en desarrollo del mencionado principio de buena fe, la jurisprudencia constitucional ha determinado que:

[...] “*los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de*

*iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos*²¹⁵.

COLOMBIA, Sentencia T-547 de 2010, 1 de julio de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo):

5.1. [...] Observa la Sala que aunque en el trámite de las certificaciones se hicieron contactos aislados con voceros de las comunidades indígenas, ellos no satisfacen los requerimientos jurisprudenciales en torno a la consulta formal con autoridades representativas.

COLOMBIA, Sentencia T-745 de 2010, 14 de septiembre de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)²¹⁶:

Los siguientes son los requerimientos para la ejecución apropiada de la consulta: [...]

ii) El espacio deliberativo que crea la consulta debe asegurar la intervención de figuras representativas de la comunidad, o sea, sujetos que reúnan los requisitos de representatividad, es decir, que estén habilitados para hablar y asumir decisiones en nombre de todo el conglomerado social. A este respecto, la OIT ha detallado que lo esencial es que la consulta sea el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas²¹⁷.

COLOMBIA, Sentencia T-1045A de 2010, 14 de diciembre de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla):

4. [...] Sobre la misma materia, en fallo C-891 de octubre 22 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, esta Corte presentó los criterios contenidos en la “Guía para la Aplicación del Convenio 169”, elaborada por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático:

“Esto significa que, al consultarlos, los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos. En fin, el Convenio establece claramente cuándo las consultas son obligatorias”.

²¹⁵ Sentencia C-891 de 2002. En el mismo sentido, las sentencias C-030 de 2008 y C-461 de 2008.

²¹⁶ Nota de edición: En la sentencia original, cuyos párrafos no están numerados, el extracto seleccionado para este digesto se encuentra bajo el título: “El derecho a la consulta previa de las comunidades étnicamente minoritarias. Procedencia de la acción de tutela para su salvaguarda. Reiteración jurisprudencial. i) Sustento constitucional”.

²¹⁷ Consejo de Administración, 282ª reunión, noviembre de 2001. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, GB. 282/14/2, párrafo 44.

PERÚ, Sentencia STC N° 06316-2008-PA/TC, 11 de noviembre de 2009:

15. Con relación al derecho de consulta y la relevancia que tiene para el presente caso, resulta pertinente hacer referencia a la consideración de la segunda instancia judicial, la misma que, conforme se aprecia en la resolución de fecha 1 de octubre de 2008, a fojas 2151, sostiene que, “[d]ebido a que en el caso de autos se trata de pueblos indígenas en aislamiento voluntario resulta evidente (sic) que no es posible hacer la consulta que establece la norma acotada”. El Tribunal no comparte esta aseveración, pues como se tendrá ocasión de desarrollar *infra*, **el derecho de consulta se extiende en estos casos a las comunidades, autoridades, asociaciones y demás entidades representativas de las comunidades aledañas o colindantes, a fin de garantizar su derecho a la participación en la toma de decisiones, incluso frente a posibles poblaciones en aislamiento que puedan resultar afectadas. La interpretación que debe hacerse en este sentido debe ser la más amplia posible, en procura de alcanzar la legitimidad social indispensable para que las actividades extractivas se realicen en forma pacífica y con la anuencia de las comunidades y sus organizaciones.**

H. LA CONSULTA PREVIA COMO MEDIO PARA PRESERVAR LA IDENTIDAD E INTEGRIDAD CULTURAL

Según la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el derecho a la identidad e integridad cultural se concreta en el derecho que tienen los pueblos indígenas a determinar y proteger el sistema cultural y de valores bajo el cual viven y quieren vivir y a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura²¹⁸. En este sentido, el derecho a la identidad cultural implica la posibilidad efectiva y real de **mantenerse y perpetuarse como pueblos distintos**²¹⁹. El derecho a la identidad e integridad cultural supone la protección de sus costumbres y tradiciones, sus instituciones y leyes consuetudinarias, sus modos de uso de la tierra, sus formas de organización social y su identidad social y cultural²²⁰. Los Estados deben reconocer y respetar la identidad cultural y deben consultar a los pueblos indígenas antes de adoptar medidas o proyectos que los puedan afectar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, consideró que “el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”²²¹. Lo anterior implica la obligación de los Estados de consultar debidamente a los pueblos indígenas sobre asuntos que incidan o puedan incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización²²².


²¹⁸ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 8.

²¹⁹ *Ídem*.

²²⁰ Convenio 169 de la OIT, art. 2.

²²¹ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 217.

²²² *Ídem*.



“El derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.

En armonía con los estándares internacionales sobre este aspecto concreto de la consulta previa, las decisiones incluidas en este aparte reflejan que, en forma coincidente, la jurisprudencia de países como Colombia y Perú señala la importancia de que los procesos de consulta previa permitan preservar la identidad cultural, las costumbres, las formas de vida y la identidad propia y diferente de los pueblos indígenas. Estas decisiones han precisado que las consultas previas deben permitir identificar y establecer los rasgos y elementos culturales que distinguen a un determinado pueblo, y que pueden ser afectados con un proyecto. La consulta previa es entonces un instrumento que permite ponderar entre el proyecto y la identidad cultural del pueblo indígena, de manera que se asegure la subsistencia de los pueblos.

COLOMBIA, *Sentencia SU-383 de 2003, 13 de mayo de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)*:

6.2. [...] [L]a jurisprudencia constitucional ha considerado que **para delimitar el alcance de la autonomía jurisdiccional indígena debe acudirse a la conciencia étnica de los grupos involucrados en las decisiones, y al conjunto de elementos que distinguen al pueblo como perteneciente a una cultura, a fin de que el intérprete pueda determinar en qué medida y con qué alcance debe reconocer el derecho a la integridad cultural, cuando se trata de reprimir y sancionar conductas delictivas [...]. [...]**

En este punto debe la Corte nuevamente referirse a la necesidad de que las entidades accionadas adelanten la consulta, para poder establecer en qué medida los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana tienen derecho a mantener sus plantaciones, y con qué alcance sus autoridades o las autoridades nacionales, según el caso, pueden reprimir el delito de plantaciones ilícitas, dentro de un ámbito territorial determinado.

En efecto, sin la consulta previa no resulta posible i) maximizar el grado de autonomía que requieren los pueblos indígenas de la región para conservar su integridad étnica y cultural, ii) determinar para cuáles pueblos indígenas y tribales la coca es una planta sagrada, y deberá seguir siéndolo dadas las implicaciones que en su cultura tiene ésta conceptualización, iii) en qué casos del cultivo de la coca depende la supervivencia del pueblo, dada la modalidad de sombrero que la plantación brinda a las otras plantaciones en algunas regiones y épocas, y iv) lo trascendente de la utilización de la planta de coca en sus prácticas curativas y rituales²²³.

Porque sólo consultando a los pueblos involucrados, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, podrán determinarse las implicaciones del Programa de erradicación de cultivos en las vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y la utilización de las tierras que ocupan los pueblos indígenas –artículo 7º Convenio 169–, a fin de definir la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten, con la flexibilidad que el artículo 34 del Convenio permite. [...]

²²³ En la sentencia T-377 de 1994 M.P. Jorge Arango Mejía se puede consultar la relación de las prácticas curativas de los pueblos indígenas con su ámbito cultural.

Dentro de este contexto, la tipificación del delito de erradicación de cultivos ilícitos, aunque es un mecanismo de política criminal del Estado enmarcado dentro de los compromisos adquiridos con la comunidad internacional, para enfrentar los problemas derivados del narcotráfico, [...], no comporta el desconocimiento de la consulta previa a los pueblos indígenas afectados con la medida, porque es la comunidad internacional la que propugna porque el mecanismo de la consulta previa se aplique sin restricciones, para combatir la discriminación a que estos pueblos están expuestos, y **es la misma comunidad [internacional] la que propende porque la erradicación de cultivos no conlleve el desconocimiento de los derechos humanos, y de los usos tradicionales de las plantaciones** (énfasis añadido por DPLF).

En concordancia con lo expuesto, también para cumplir con los compromisos adquiridos con la comunidad internacional, en materia de erradicación de cultivos ilícitos, los pueblos indígenas y tribales de la región amazónica tienen que ser consultados, dado el trasfondo multicultural que tal erradicación comporta, asunto que la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, no desconoce.

No de otra manera se puede llegar a ponderar los objetivos del Programa, que las entidades accionadas adelantan, con la integridad cultural de los pueblos indígenas y tribales de la región amazónica [...]

COLOMBIA, Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa):

6.3.1. [...] La Corte ha resaltado en distintas oportunidades “*el carácter fundamental de la consulta previa y su estrecha relación con la subsistencia de los pueblos indígenas*”²²⁴. En el marco de la protección de la integridad cultural, económica y social de los grupos étnicos colombianos, esta Corporación ha resaltado que la consulta previa es un asunto de interés general adecuado para la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación, puesto que “*es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor*”²²⁵.

El derecho a la consulta previa es un mecanismo necesario e indispensable para asegurar que la realización de estos proyectos no afecte en forma irreversible las formas tradicionales de subsistencia de los grupos étnicos dentro de sus territorios, las cuales forman parte integrante de su estructura cultural propia y proveen la base para la preservación y el desarrollo en el tiempo de sus cosmogonías, saberes ancestrales y formas culturales. Tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en el pasado, haciendo referencia a ejemplos históricos concretos, la afectación de estos modos de subsistencia puede traer consigo, en no pocos casos, una amenaza cierta para la subsistencia misma de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes²²⁶. Es

²²⁴ Sentencia T-382 de 2006.

²²⁵ Sentencia T-428 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

²²⁶ En la sentencia T-652 de 1998, la Corte explicó así la situación del pueblo indígena Embera-Katío del Alto Sinú, afectado por la construcción de la represa de Urrá: “En este marco doctrinal, y teniendo en

por esta razón que, según ha precisado esta Corporación, **el derecho de los pueblos indígenas a la subsistencia de conformidad con sus formas y medios tradicionales de producción y reproducción material y cultural, dentro de sus territorios propios, es un derecho fundamental, porque de él depende la realización del derecho a la integridad cultural, social y económica de dichos grupos. La misma razón es predicable de las comunidades afrodescendientes y sus medios tradicionales de subsistencia en el contexto de sus territorios ancestrales**²²⁷. El mecanismo de la consulta previa es un medio necesario para garantizar el respeto por tal derecho a la subsistencia, y lo que de él depende; de allí que la consulta previa adquiera, a su turno, la naturaleza de derecho fundamental (énfasis añadido por DPLF).

En efecto, el derecho fundamental a la subsistencia de los grupos étnicos se puede ver drásticamente afectado por los cambios abruptos, de índole social, cultural y medio-ambiental, inducidos por la realización de proyectos en territorios indígenas que no

cuenta las pruebas aportadas al proceso, es claro que la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I resultaron más perjudiciales para la integridad cultural y económica del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, que la presión territorial y el infrareconocimiento a los que estuvieron sometidos desde la conquista española: tales obras no sólo constituyen otra presión territorial, sino que hicieron definitivamente imposible para este pueblo conservar la economía de caza, recolecta y cultivos itinerantes que le permitió sobrevivir por siglos sin degradar el frágil entorno del bosque húmedo tropical que habitan. // La pesca cotidiana, que de manera gratuita enriquecía la dieta embera con proteínas y grasas de origen animal, se hizo improductiva y no podrá volverse a practicar hasta después de una década o más; la caza, práctica esporádica y complementaria, no tiene objeto en los terrenos deforestados de Iwagadó y requiere de largos desplazamientos en Karagabí, a más de ser insuficiente para compensar la pérdida del pescado; la entresaca de madera está prohibida, y la rotación de cultivos seriamente restringida con la superposición de las tierras de los actuales resguardos con el Parque Nacional Natural; adicionalmente, con la inundación de la presa perderán las vegas aluviales que les permitían obtener al menos dos ricas cosechas al año; las corrientes que les permitían transportarse serán reemplazadas por aguas quietas; los referentes geográficos conocidos por todos y los sitios sagrados relacionados con rápidos y estrechos del río ya no van a estar allí cuando se inunde la presa. // Así, la economía tradicional de subsistencia ya no es posible, y la supervivencia de los Embera-Katío del Alto Sinú sólo será viable si se incorporan a la economía de mercado; es decir, si renuncian a la diversidad de productos naturales que aquel modo de producción les ofrecía y cambian –definitiva y apresuradamente–, sus prácticas tradicionales de caza y recolecta por actividades agrarias orientadas a la venta de las cosechas; paradójicamente, la legislación sobre protección ambiental les prohíbe hacerlo por la superposición de sus tierras con el parque nacional natural”.

²²⁷ En este sentido, la Corte explicó en la sentencia T-652 de 1998: “Siendo este el caso de la mayoría de las comunidades indígenas en el país, la Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características. (...) Además, la Corte ha reconocido que los pueblos indígenas son sujetos de derechos fundamentales, y señaló que si el Estado no parte de garantizar uno de ellos, el derecho a la subsistencia, tales colectividades tampoco podrán realizar el derecho a la integridad cultural, social y económica que el Constituyente consagró a su favor. (...) Teniendo en cu[e]nta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, (...) en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter de fundamental”.

han sido debidamente consultados y sobre cuyas condiciones no se ha llegado a un acuerdo con las comunidades directa y específicamente afectadas. En tal medida, el derecho a la consulta previa de proyectos a realizarse en territorios de pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes es un derecho fundamental, por constituir el medio a través del cual cada uno de estos pueblos o comunidades podrá incidir sobre la toma de decisiones sobre la implementación de proyectos en sus territorios, proyectos que a su turno pueden surtir impactos destructivos e irreversibles sobre su integridad social, material y cultural en tanto grupos étnicos, de no ser implementados en forma respetuosa de los acuerdos a los que se haya llegado con cada colectividad en concreto.

COLOMBIA, *Sentencia C-175 de 2009, 18 de marzo de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)*:

16.5. Los procesos de consulta, conforme dispone el artículo 13 del Convenio de la OIT, debe[n] 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 partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas.**

PERÚ, *Sentencia STC N° 06316-2008-PA/TC, 11 de noviembre de 2009*:

21. Es decir, cuando nuestra propia ley fundamental reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, **preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad**; pero en ningún caso habilitándolas para excluir la presencia del Estado y del Derecho en sus territorios (énfasis añadido por DPLF).

PERÚ, *Sentencia STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010*:

5. En la STC 03343-2007-PA/TC, este Tribunal recogió lo expuesto en la Resolución Ministerial N.º 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es:

“el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa” y que tal derecho comprende: “a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. **c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles [...]**” (énfasis añadido por DPLF).

I. LA CONSULTA PREVIA COMO MEDIO PARA EVITAR EL DESPLAZAMIENTO FORZADO

Las regulaciones internacionales contienen disposiciones que prohíben que los pueblos indígenas y tribales sean desplazados por la fuerza y requieren que todo traslado cuente con el consentimiento libre, previo e informado de los respectivos pueblos, y esté precedido de una indemnización adecuada por el daño que se cause con el desplazamiento o traslado²²⁸. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a los proyectos de inversión o desarrollo a gran escala que podrían tener un impacto mayor en el territorio de un pueblo indígena o tribal, señaló que el Estado no debe solo consultar con el pueblo sino también obtener su consentimiento previo, libre e informado²²⁹. Uno de los elementos para determinar si un proyecto genera un mayor impacto o un impacto significativo es si dicho proyecto genera desalojo o migración²³⁰.

Las decisiones judiciales que se presentan a continuación contienen desarrollos jurisprudenciales que van en la misma línea de las normas y la jurisprudencia internacionales, al señalar que la consulta previa es un mecanismo importante para prevenir el desplazamiento forzado de los indígenas de sus territorios ancestrales, particularmente en casos de proyectos de desarrollo o de extracción de recursos naturales, sobre todo recursos mineros. Las decisiones de las cortes locales se han centrado más en las potencialidades preventivas de la consulta previa que en la exigencia del consentimiento en este tipo de situaciones.

COLOMBIA, Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa):

6.3.1. [...] La importancia de la realización del proceso de consulta previa con los grupos étnicos afectados cuandoquiera que se pretenda adelantar proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios, también se deriva de la necesidad de prevenir el desplazamiento forzoso de estos grupos como consecuencia de la implementación inconsulta de proyectos lesivos de su integridad étnica. En este sentido la Corte Constitucional ha expuesto que “la observancia estricta de esta modalidad de participación preocupa a la comunidad internacional, en razón de que los efectos de la minería y de los grandes proyectos inconsultos que se adelantan en los territorios indígenas (...) amenazan con desplazar o ya han desplazado a cientos de miles de indígenas y tribus (...)’ de su hábitat²³¹”²³².

²²⁸ Convenio 169 de la OIT, art. 16.5 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 10.

²²⁹ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr.134.

²³⁰ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 135.

²³¹ Una Agenda Internacional, Burger Julián, responsable del programa a favor de los pueblos indígenas en el Centro de Naciones Unidas por los Derechos Humanos, en “Estado de los Pueblos” Cultural Survival 1993, edición[e]s bellaterra 2000, Barcelona.

²³² Sentencia SU-383/03, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

PANAMÁ, Sentencia de 6 de diciembre de 2000, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo:

De otro lado, es necesario destacar a estos propósitos que de la somera lectura de la Resolución Administrativa censurada, no emergen hasta este momento pruebas que acrediten que el Estudio de Impacto Ambiental que se aprobó, en efecto, tomó en consideración algunas de las exigencias y previsiones consagradas en la Ley 41 de 1 de julio de 1998 (Ley General de Ambiente) **principalmente aquellas que guardan relación con la participación y aquiescencia que es preciso obtener de las comunidades indígenas en los casos en que se adelanten proyectos que deban desarrollarse en áreas ocupadas por dichos grupos étnicos y que impliquen, como acontece en el caso que nos ocupa, significativos traslados o desplazamientos poblacionales de sus Comarcas y reservas por virtud de la inundación de las áreas comprendidas en los trabajos** (Cfr. artículos 63, 99 y 102 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998) (énfasis añadido por DPLF). [...]

Teniendo como marco referencial las precedentes consideraciones, esta Corporación ha ponderado detenida y responsablemente las sensitivas cuestiones involucradas en la controversia sometida a su consideración, y fundado en ello estima que del examen preliminar de las constancias incorporadas hasta este momento, así como los apreciables impactos ecológicos, sociales y culturales que se derivarán de la puesta en marcha del Proyecto Hidroeléctrico TABASARA II se advierte la presencia de circunstancias inaplazables que justifican adoptar con carácter de urgencia la Suspensión Provisional solicitada, a fin de preservar la integridad del orden jurídico y la tutela del medio ambiente al igual que las formas de vida, tradiciones y costumbres de las comunidades indígenas que se verán directa e irreversiblemente afectadas con el citado proyecto.

J. LA CONSULTA PREVIA A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS LEGISLATIVAS (CONSULTA LEGISLATIVA)

Como mencionamos en el aparte sobre el carácter previo que debe tener la consulta (capítulo III.E.1 de este digesto), las normas internacionales²³³ establecen que el deber de consulta debe cumplirse “antes” de adoptar las medidas legislativas o administrativas y que las comunidades que puedan resultar afectadas con una de estas medidas deben ser involucradas “lo antes posible” en el proceso de consulta.

En particular, sobre la consulta previa de medidas legislativas, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ha establecido que “los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión”²³⁴.

²³³ Convenio 169 de la OIT, arts. 6 y 7 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, art. 19.

²³⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los dere-

Las decisiones que se exponen a continuación muestran que en este específico aspecto las cortes nacionales han ido más allá de las regulaciones internacionales. El derecho internacional vigente sobre la materia (Convenio 169 de la OIT y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) se limita a establecer que las medidas legislativas que afecten directamente a los pueblos indígenas deben ser consultadas con ellos, y el Relator Especial ha agregado que la consulta debe realizarse en todos las fases del proceso de producción de la norma. Los tribunales constitucionales de Ecuador, Colombia y Perú se han ocupado, además, de las consecuencias de la falta de consulta de una medida legislativa.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional colombiana ha consolidado una línea jurisprudencial sobre la consulta previa de medidas legislativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas. La Corte se ha fundado no solo en el Convenio 169 de la OIT, que lo establece expresamente, sino en las normas constitucionales que le dan un alcance más amplio al derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la participación, en razón de la especial protección que se les debe otorgar. La Corte ha establecido una clara diferencia entre la participación general de los pueblos indígenas en los debates parlamentarios –que tiene lugar por intermedio de los congresistas que son elegidos para ocupar las curules destinadas a ellos– y la participación específica con ocasión del trámite de proyectos de ley que tengan como consecuencia la afectación directa de los derechos de los pueblos indígenas. Según esta distinción, la participación general tiene lugar con ocasión del trámite de todas las leyes sin importar su grado de incidencia en los pueblos indígenas mientras que la participación especial surge frente al trámite de medidas legislativas específicas que tengan capacidad de afectar directamente a los pueblos. En esta última situación, la interlocución se lleva a cabo con personas o instituciones representativas de los pueblos, según sea el caso.

La Corte Constitucional colombiana también ha establecido jurisprudencialmente los criterios que se deben tener en cuenta para determinar si una medida legislativa afecta directamente derechos de los pueblos indígenas. A este respecto, la jurisprudencia ha identificado tres escenarios: i) cuando la medida está dirigida única y exclusivamente a afectar los derechos e intereses indígenas, ii) cuando se trata de proyectos que afectan a todas las personas que habitan el territorio nacional pero contienen disposiciones específicas aplicables a los pueblos ancestrales y iii) cuando se refiere a proyectos de naturaleza general, pero dada la materia que regulan, su vigencia necesariamente afecta elementos esenciales de la identidad indígena, como las tierras, los territorios o los recursos naturales.

Es de resaltar que la jurisprudencia constitucional de Colombia ha considerado que la omisión de realizar la consulta previa de medidas legislativas configura un vicio de inconstitucionalidad insubsanable, que puede dar lugar a la declaratoria de inexecutable de la medida legislativa adoptada sin consulta. Además, ha establecido que la expresión “medidas legislativas” no se limita a su aspecto formal sino material. Por ello, la Corte ha incluido el análisis de la pertinencia y la realización de procesos de consulta previa en los casos de leyes aprobatorias de tratados internacionales, leyes estatutarias y actos legislativos.

COLOMBIA, Sentencia C-891 de 2002, 22 de octubre de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería):

19. [...] No es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones. Sin embargo es claro que, en ese caso, **la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso. No obstante lo anterior, puede presentarse el caso de que la composición inicial del proyecto sea producto del esfuerzo conjunto y concertado de entidades y comunidades, evento en el cual se evidenciaría con más veras el cumplimiento de la participación indígena.**

20. La circunstancia de no haberse llegado a un acuerdo con las comunidades indígenas y, a pesar de eso, haberse radicado el proyecto de ley en el Congreso, merece mayor atención, por parte de la Sala, teniendo en cuenta [...] que: (i) la participación indígena debe ser real y efectiva en relación con los asuntos que afectan a las comunidades, particularmente respecto de la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios; (ii) los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa; y (iii), dichos mecanismos, particularmente el derecho de consulta previa, deben desarrollarse de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas.

Sin embargo [...] el derecho de consulta indígena no es absoluto, pues, si bien la Constitución ordena que se propicie la participación de las respectivas comunidades en los asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, **de ninguna manera puede entenderse que deba necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito *sine qua non* para radicar el proyecto del ley.** A decir verdad, la irreductible exigencia de un tal acuerdo sólo haría nugatoria la iniciativa legislativa del Ejecutivo [...].

Conforme a lo anterior, por principio general el Gobierno está obligado a propiciar mecanismos efectivos y razonables de participación en los asuntos que afectan a las comunidades indígenas. Sin embargo, si no se llega a un acuerdo con estas últimas, no tiene por qué frenarse el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general, como ocurre en el caso minero.

COLOMBIA, Sentencia C-030 de 2008, 23 de enero de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil):

4.2.2.2.1. **En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas *directamente*,** evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del

Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley (énfasis añadido por DPLF).

No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afecten a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169.

Así, por ejemplo, la ley general de educación, el plan nacional de desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social o del código laboral, o del código penal debería, además del proceso deliberativo, público y participativo que se surte en el Congreso de la República, someterse a un proceso específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales. Lo anterior no parece ser así, y ello lleva a cuestionarse sobre los criterios para determinar cuándo puede decirse que una medida legislativa afecta *directamente* a las comunidades indígenas y tribales.

En principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa. Sin embargo, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios.

Cabría, entonces, señalar que **procede la consulta, cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta.**

Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Este criterio surge no solo de la calidad de *directa* que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de *aplicar las disposiciones del Convenio*. No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6° se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de apli-

cación del convenio [...] Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales (énfasis añadido por DPLF). [...]

De este modo, cabe señalar que la obligación de consulta prevista en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT no puede interpretarse con el alcance de que toda la regulación del Estado, en cuanto que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con dichas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, y que dicho deber sólo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades.

Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.

En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.

COLOMBIA, Sentencia C-175 de 2009, 18 de marzo de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva):

16.1. [...] [E]l 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.

Así, de acuerdo con el precedente constitucional estudiado en esta sentencia, 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.

COLOMBIA, Sentencia C-615 de 2009, 2 de septiembre de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto):

5.2.3. [...] Sobre el mismo tema de la adopción de medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas, la Corte en sentencia C-030 de 2008, intentó responder tres interrogantes complementarios como son: (i) ¿cuándo resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa? (ii) ¿en qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse esa consulta?; y (iii) ¿cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta?.

En cuanto al primer interrogante, es decir, el atinente a la exigencia de adelantar la consulta frente a la adopción de *medidas legislativas*, la Corte estimó que, aquel deber no surgía frente a cualesquiera medidas legislativas que fueran susceptibles de afectarlas “sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas **directamente**, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley”, con prescindencia de que tal afectación presentase un efecto positivo o negativo, es decir, incluso en aquellos casos en los cuales se pudiese creer que la medida le resulta conveniente a los integrantes de la minoría étnica.

COLOMBIA, Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla):

4. [...] [S]e puede concluir que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos que sean de su iniciativa, que deberá desarrollarse en una “Mesa Permanente de Concertación” con cada uno de los pueblos y organizaciones indígenas y afrodescendientes que se encuentren afectados²³⁵, creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario cuales serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados; igualmente, la entidad encargada debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la realización de la consulta y del acta, “las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso”.

COLOMBIA, Sentencia C-702 de 2010, 6 de septiembre de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub):

7.3.6. A manera de síntesis de todo lo expuesto, en lo que tiene relación específica con el trámite de leyes que directamente afectan a las comunidades étnicas, pueden presentarse las siguientes conclusiones jurisprudenciales:

²³⁵ C-461 de 2008, ya referida.

- (i) El derecho fundamental de consulta previa de las comunidades étnicas también es exigible dentro del trámite legislativo.
- (ii) El derecho fundamental de consulta previa en cabeza de las comunidades étnicas tiene lugar solamente respecto de aquellas iniciativas que puedan afectarlas directamente.
- (iii) El Gobierno tiene el deber de promover la consulta de todo tipo de proyectos de ley, no sólo de aquellos que sean de su iniciativa.
- (iv) La consulta debe efectuarse en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración; no obstante, durante el trámite legislativo en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe.
- (v) La existencia de instancias simplemente representativas de las comunidades étnicas en los organismos del Estado no sufre el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos de ley con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica.
- (vi) El trámite de la consulta durante el trámite legislativo se somete al principio de la buena fe, *“lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente”*²³⁶.
- (vii) La consulta previa durante el trámite legislativo también debe ser guiada por el principio de oportunidad, que implica que se permita *“una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar”*²³⁷.

7.4.2. [...] [D]ebe concluirse que la expresión *“medidas legislativas”* utilizada por el mencionado artículo 6° del Convenio, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije bajo la obligación de consulta de todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. De otra manera, la obligación de consulta se vería recortada y la protección internacional disminuida con grave afectación del derecho de los pueblos indígenas y tribales a mantener su identidad cultural. Además, establecido que el derecho de consulta es protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la interpretación *pro homine* es la que debe hacerse prevalecer; es decir, aquella exégesis de la expresión *“medidas legislativas”* que debe ser escogida es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho, pues de conformidad con los dictados de este principio de interpretación a favor del

²³⁶ Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²³⁷ *Ibidem*.

ser humano, recogido en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los tratados internacionales de derechos humanos no pueden ser invocados para garantizar en menor medida los derechos en ellos reconocidos²³⁸. Así las cosas, forzoso es concluir que la noción de “medidas legislativas” a que alude el artículo 6° del Convenio 169 es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de carácter no administrativo²³⁹, entre las cuales se incluye el concepto de *Acto Legislativo* a que se refiere la Constitución Política de Colombia.

7.4.3. [...] Adicionalmente, cabe decir que si para la expedición de normas como las leyes, cuyo rango jerárquico en la escala normativa es menor que el de las disposiciones constitucionales, la jurisprudencia ha definido que se exige la realización de la consulta a las comunidades étnicas concernidas, *a fortiori ratione* dicha exigencia se aplica también para la expedición por el Congreso de los actos legislativos. La superioridad normativa jerárquica de estas disposiciones, su carácter condicionante de la validez jurídica de aquellas que las desarrollan y su mayor grado de abstracción y generalidad, hacen que tengan mayor potencialidad de afectar a las comunidades étnicas de todo el país, por lo cual su aprobación reclama con mayor urgencia la consulta previa.

Visto lo anterior, la Corte concluye que la interpretación de la expresión “medidas legislativas” contenida en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, tanto desde la perspectiva del Derecho interno, como desde la del Derecho Internacional, no puede ser hecha en un sentido restringido, sino en uno amplio bajo el cual quedan incluidos los “actos legislativos” o actos reformativos de la Constitución.

ECUADOR, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, Casos N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 19 de marzo de 2010:

2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la consulta pre-legislativa?, y ¿se trata de un requisito de carácter formal? [...]

En opinión de la Corte, si bien es cierto que la consulta pre-legislativa hace parte de los elementos integrantes del proceso de aprobación de las leyes, en realidad no se trata de un mero procedimiento o formalidad. En efecto, a juicio de la Corte, y de conformidad con el artículo 57, numeral 17 de la Constitución de la República, la consulta pre-legislativa constituye un derecho constitucional de carácter colectivo²⁴⁰. [...]

²³⁸ El principio pro homine es “un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”. (CARPIO MARCOS, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”[,], Palestra Editores[,], Lima, 2004, Serie Derechos y Garantías No. 9, pág.28).

²³⁹ El Convenio distingue entre medidas legislativas y administrativas.

²⁴⁰ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, pág. 27.

4. ¿Es la consulta prelegislativa un derecho colectivo? ¿Cuál es la diferencia entre las consultas previas reconocidas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución y aquella prevista en el artículo 398 de la Carta Fundamental?

Entre el conjunto de derechos colectivos reconocidos por la Constitución ecuatoriana a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, están aquellos relacionados con la participación de éstos en los asuntos que les concierne. Ahora bien, uno de los derechos de participación de particular relevancia para el presente caso está contenido en el artículo 57, numeral 17 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de consultar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades antes de adoptar una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, derecho conocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos como “consulta pre-legislativa”. [...]

En ese contexto, en estricta concordancia con la disposición prevista en el Convenio 169 de OIT, la Constitución de la República reconoce y garantiza, en su artículo 57, un catálogo de derechos colectivos en beneficio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre ellos los siguientes:

[...] Artículo 57. 7: La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente ...

Artículo 57.17: Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa, que pudiera afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

Lo primero que cabe advertir, a partir de las disposiciones señaladas, es el reconocimiento constitucional como derechos colectivos, de dos tipos de consultas: aquella prevista en el artículo 57, numeral 7 relacionada con los efectos concretos que podrían generar actividades administrativas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables respecto al medio ambiente y a sus derechos culturales; y la segunda, aquella prevista en el artículo 57, numeral 17, relacionada con la consulta que debe realizarse previa a la adopción de cualquier medida legislativa que puede afectar cualquier derecho colectivo de los sujetos colectivos.

En este sentido, esta Corte considera que, en circunstancias de institucionalidad regular u ordinaria, la consulta pre-legislativa constituye un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador (énfasis añadido por DPLF)²⁴¹.

6. ¿Cuáles son las reglas y procedimientos mínimos que debe contener la consulta prelegislativa prevista en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución?

²⁴¹ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, págs. 30-31.

Esta Corte determina que el proceso de información, consulta y recepción de opiniones, previsto y garantizado en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución, y que deberá llevar a cabo la Asamblea Nacional en la expedición de normas que impliquen derechos colectivos, o que eventualmente puedan ser afectados, deberá cumplir, al menos, con tres requisitos fundamentales.

1) Organizará e implementará la consulta prelegislativa, dirigida de manera exclusiva a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, sin perjuicio de que se consulte a otros sectores de la población.

2) La consulta previa prelegislativa, en tanto derecho colectivo, no puede equipararse bajo ninguna circunstancia con la consulta previa, libre e informada contemplada en el artículo 57, numeral 7, ni con la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución.

3) Que los pronunciamientos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades se refieran a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos.

Establecidos los requisitos para el cumplimiento de la consulta previa prelegislativa, esta Corte establece el procedimiento mínimo que se deberá observar para garantizar la constitucionalidad del proceso consultivo respecto de los actores y las fases del proceso. Se insiste, estas reglas deberán aplicarse para todos aquellos casos similares que encuentren relación con el ejercicio de derechos colectivos de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades del Ecuador, entiéndase indígenas, afroecuatorianos y montubios, hasta que la Asamblea Nacional emita el acto normativo definitivo.

I. De los actores

A quién se consulta

Esta Corte establece que la consulta prelegislativa, en tanto derecho colectivo, está dirigida única y exclusivamente a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios que puedan verse afectados en sus derechos colectivos, de manera práctica y real, por efectos de la aplicación de una ley.

La consulta prelegislativa respetará los procesos de deliberación interna de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, de conformidad con su cultura, costumbres y prácticas vigentes. Admitirá que los resultados de la consulta se expresen en los idiomas propios de cada entidad consultada.

La Asamblea Nacional identificará, previamente, a las entidades a ser consultadas, para lo cual requerirá el apoyo técnico del CODENPE o la entidad que haga sus veces, sin perjuicio de que pueda requerir el apoyo técnico de otras instituciones públicas, según el caso.

El resultado de la consulta estará suscrito por los representantes legítimos de las entidades consultadas, sin desmedro de que se adjunten listados de participantes en el proceso de deliberación interna, de conformidad con sus costumbres, tradiciones y procedimientos propios.

Quién realiza la consulta

La Asamblea Nacional es el órgano constitucional responsable de llevar a cabo la consulta, para lo cual podrá disponer la colaboración de distintas instancias estatales como el Consejo Nacional Electoral, el CODENPE o la entidad que haga sus veces, y otras instancias gubernamentales que considere pertinentes para un cabal cumplimiento de la consulta.

II. De las Fases de la consulta prelegislativa

Esta Corte establece que la consulta prelegislativa se desarrollará en cuatro fases: fase de preparación; fase de convocatoria pública; fase de registro, información y ejecución; y fase de análisis de resultados y cierre del proceso. En todas estas fases se observará el principio de interculturalidad, y en tal virtud, la consulta se realizará en castellano, pudiendo receptarse pronunciamientos en los idiomas propios de los pueblos y nacionalidades consultados²⁴².

PERÚ, Sentencia STC N° 00027-2009-PI/TC, 5 de enero de 2010:

8. Sobre el particular, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT dispone que al aplicarse las disposiciones del mencionado Convenio, los gobiernos deberán: “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (subrayado agregado). Entonces, el mencionado artículo obliga a consultar a los pueblos indígenas al preverse medidas legislativas o administrativas que les afecte directamente.

PERÚ, Sentencia STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010:

19. El artículo 6 del Convenio obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al *aplicar las disposiciones* del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas *susceptibles de afectarles directamente*. Y si bien en el caso de las resoluciones administrativas la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja –debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos–, frente a medidas legislativas la tarea resulta sumamente complicada. Puede resultar bastante sencillo determinar que una norma como la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (Ley N.º 26505), es susceptible de afectar

²⁴² Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, págs. 39-41.

directamente a los pueblos indígenas, ya que implica cambios relevantes y directos en la situación jurídica de éstos. Sin embargo, existen otro tipo de normas cuyo análisis no resulta tan sencillo.

20. En efecto, una ley de alcance general que pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos, y no particularmente la conducta de los miembros de los pueblos indígenas no implicaría una afectación directa a estos. Si bien, podría generar una modificación en la situación jurídica de los pueblos indígenas esto sería como consecuencia o efecto indirecto de la norma. Por ejemplo, la emisión de un Código Civil o un Código Procesal Penal si bien puede llegar a afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que solo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente, estarían eximidas del proceso de consulta a los pueblos indígenas.

21. En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta.

22. En el caso de autos se está cuestionando un decreto legislativo que en principio contiene normas de alcance general, esto es, que no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas. Esta norma genera una obligación jurídica para la generalidad de la sociedad y el Estado sobre temas que a su vez son de alcance general. En tal sentido, luego del análisis respectivo tendrá que determinarse si es que en ellas existe normativa que afecta directamente a los pueblos indígenas.

54. La norma cuestionada establece el marco normativo para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización y titulación de predios rurales, generando condiciones idóneas para que los agricultores obtengan la titularidad sobre sus terrenos. Con el saneamiento de la propiedad y la titulación de predios rurales y su acceso a la formalidad del registro inmobiliario se otorga seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra. Así, el Decreto Legislativo N.º 1089 declara de interés público la formalización y titulación de los predios rústicos y tierras eriazas²⁴³ habilitadas a nivel nacional por un período de 4 años contados a partir de la vigencia de tal decreto legislativo. Tal como se aprecia en la exposición de motivos, con el decreto legislativo se pretende establecer un régimen extraordinario de formalización, facultando al Organismo de Formalización de Propiedad Informal –COFOPRI– a que ejecute procesos de formalización y titulación masivos de propiedad rural de manera directa, rápida, simplificada y segura.

²⁴³ Nota de edición: sobre el concepto de tierras eriazas, ver *supra* nota 4.

55. Sin embargo, en la propia exposición de motivos de la norma se declara de interés público nacional no solo la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, sino también a las Comunidades Campesinas y Nativas. Esta referencia no fue incluida en el decreto legislativo, generando con ello cierta confusión. Y es que si bien en la norma no se hace referencia específica a las tierras de los pueblos indígenas, tampoco son materia de exclusión de los alcances de la norma. En el segundo párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo se establece que únicamente están excluidos los predios que se encuentran comprendidos en procesos de inversión privada y los declarados de interés nacional. Lo expuesto es relevante porque podría significar la afectación directa de los derechos de los pueblos indígenas, esto es, una modificación inmediata y significativa de la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus integrantes. Por el contrario, si es que no se determina tal relación de afectación, entonces no sería necesario llevar a cabo la consulta y la presente demanda devendría en infundada.

56. En virtud del principio de conservación de la ley –que exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada [STC 004-2004-CC/TC, fund. 3.3]– debe ponderarse la interpretación de la norma. Y es que la declaratoria de inconstitucionalidad solo procede cuando se trata de una inconstitucionalidad evidente y cuando no exista otra disposición o interpretación factible. **Por consiguiente, observándose que la norma bajo cuestionamiento permite interpretar que los alcances de su articulado excluyen a los Pueblos Indígenas, es de esta manera en que debe ser comprendida o interpretada la norma. En este sentido, y solo de esta manera la norma sería constitucional, puesto que la regulación no recae sobre los Pueblos Indígenas. En suma, la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indígenas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta** (énfasis añadido por DPLF).

57. Al respecto, es de considerar que el propio Ejecutivo así lo ha interpretado. Y es que el Decreto Supremo N.º 032-2008-VIVIENDA –que reglamenta la norma cuestionada–, en el artículo 3, numeral 1, establece el ámbito de aplicación de la norma, no siendo aplicables los procedimientos establecidos a los territorios de comunidades campesinas y nativas. De igual forma, el artículo 15, establece que el diagn[ó]stico físico legal de la unidad territorial será elaborado y suscrito por un abogado y un ingeniero en ciencias agrarias, debiendo contener, entre otros aspectos, la identificación del territorio de las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, inscritas o no, a efectos de garantizar que no se aplique sobre dicho territorio los procedimientos previstos en dicho Reglamento. En el artículo 77 también se aprecia que las disposiciones establecidas sobre tolerancias registrales permisibles, no son aplicables al territorio de las comunidades campesinas y nativas. Y en el artículo 79 se establece que las disposiciones establecidas sobre rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas no son aplicables al territorio de las comunidades campesinas y nativas.

58. Como se aprecia, el reglamento especifica que el presente decreto legislativo no es aplicable al ámbito de los territorios de los pueblos indígenas. Esta exclusión debe entenderse que alcanza a los territorios de los pueblos indígenas que cuenten con o sin reconocimiento. En estos últimos casos, en todo caso, las partes tienen el legítimo derecho

para iniciar las acciones legales a fin de subsanar la situación generada. Es de precisar que ello no implica que se esté frente a una inaplicación de los alcances de una norma de rango legal, sobre la base de un decreto supremo. Se trata más bien de la propia interpretación del decreto legislativ[o] de conformidad con la Constitución. Así, lo relacionado con la delimitación del territorio de los pueblos indígenas es ordenado legalmente por las normas específicas sobre la materia. **En tal sentido, este Tribunal considera que al no haberse determinado que las normas del presente decreto legislativo sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, al no ser los pueblos indígenas sujetos pasivos de la norma, no resulta necesario llevar a cabo el proceso de consulta.** Por lo tanto, la demanda debe ser desestimada por no haberse vulnerado el derecho de consulta con el Decreto Legislativo N.º 1089 (énfasis añadido por DPLF).

PERÚ, Sentencia STC N.º 00025-2009-PI/TC, 17 de marzo de 2011:

26. Tratándose de medidas legislativas, en la STC 0022-2009-PI/TC el Tribunal llamó la atención sobre la necesidad de distinguir cuando menos 3 modos que éstas pueden revestir: (a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas; (b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación “indirecta” a los pueblos indígenas; y, (c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general [Fund. Jur. N.º 21].

27. En el caso de la Ley 29338, el Tribunal observa que ésta regula lo concerniente al uso y gestión de los recursos hídricos, esto es, el agua superficial, subterránea, continental, marítima y atmosférica así como los bienes asociados a estas. Según declara su artículo 2, su finalidad es “regular el uso y gestión integrada del agua, la actuación del Estado y los particulares en dicha gestión, así como los bienes asociados a esta”. En ese sentido, crea el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos, estableciendo que entre sus cometidos se encuentra el aprovechamiento sostenible, la conservación y el incremento de los recursos hídricos, así como el cumplimiento de la política y estrategia nacional de recursos hídricos y el plan nacional de recursos hídricos en todos los niveles de gobierno y con la participación de los distintos usuarios del recurso. Igualmente, la ley cuestionada crea la Autoridad Nacional del Agua como ente rector de máxima autoridad técnico-normativa del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos y regula el uso de los recursos hídricos y los derechos de uso de agua.

28. El Tribunal constata que la Ley 29338 no es una norma que tenga a los pueblos indígenas como únicos destinatarios. Tampoco una que regule directamente aspectos que tienen que ver con sus derechos colectivos. Dentro de la tipología de medidas de corte legislativo a la que nos referimos en el Fundamento anterior, el Tribunal considera que la Ley 29338 pertenece al grupo de normas de alcance general que sólo indirectamente podrían implicar una afectación a los pueblos indígenas.

31. Desde luego, que la Ley cuestionada no tenga por destinatarios exclusivos a los pueblos indígenas, o que ella abstractamente considerada no afecte directamente sus derechos e intereses colectivos, no quiere decir que en su *aplicación* concreta [no] puedan desencadenarse afectaciones directas o preverse que esto pueda ocurrir. Tampoco quiere decir que una desestimación de esta demanda de inconstitucionalidad impida

que tales afectaciones directas derivadas de la *aplicación* de la Ley 29338, antes de ser ejecutadas, deban obligatoriamente ser consultadas a los pueblos indígenas.

32. El Tribunal Constitucional recuerda, a estos efectos, que el ordinal “a” del artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT establece que este derecho a ser consultados es obligatorio en todos aquellos casos en los que se prevean medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, independientemente de la naturaleza que tales medidas puedan tener.

33. De manera que al desestimarse este extremo de la pretensión, debemos precisar que esta decisión no inmuniza los actos de aplicación de la Ley N° 29338. Tampoco deja exenta a las autoridades estatales de la obligación de realizar el proceso de consulta cuando las medidas administrativas de aplicación de la Ley N° 29338 generen una afectación directa sobre los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas; y, por último, tampoco esta decisión del Tribunal cierra la posibilidad de que, prescindiéndose de la consulta pese a existir la obligación de realizarla, los pueblos indígenas puedan promover el proceso de amparo para denunciar la no realización de la consulta y anular los actos que los pudieran afectar (énfasis añadido por DPLF).

NICARAGUA, *Sentencia No. 107 de 2003, 20 de mayo de 2003*:

III. Del contenido de estos artículos se desprende, en primer lugar, que el recurso de amparo no procede en contra de un hecho futuro e incierto que por no haber nacido y por la incertidumbre que contiene no puede constituirse en una disposición, acto o resolución y en general en una acción u omisión que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política, como es el caso de la hipotética firma del señor Procurador General de Justicia de un incierto contrato de concesión entre el Estado y la firma denominada CINN, tal como lo alegan los recurrentes. En segundo lugar, en cuanto a la presentación de una iniciativa de ley a la Asamblea Nacional por parte del Presidente de la República, de que se quejan asimismo los recurrentes, esta Sala observa que esa facultad está expresamente consagrada en el artículo 140 Cn., y que ese acto del Presidente de la República es totalmente legal. En todo caso, hasta que la iniciativa de ley sea aprobada por la Asamblea Nacional y el Poder Ejecutivo la haya sancionada, promulgado y publicado y entrado en vigencia, es que esa ley pudiere violar derechos y garantías a personas naturales o jurídicas y hasta entonces cabría la interposición del respectivo Recurso de Amparo por inconstitucionalidad de esa ley y no antes de entrar en vigencia, como en el caso concreto ya analizado, por lo que no cabe más que declarar sin lugar el presente Recurso.

1. Consulta previa a la presentación de proyectos de ley cuando estos no son de iniciativa gubernamental

COLOMBIA, *Sentencia C-175 de 2009, 18 de marzo de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)*:

29. Llevados estos argumentos al caso de la consulta previa, se concluye que la obligación de realizar este procedimiento con anterioridad a la radicación del proyec-

to de ley, es una condición imprescindible para dotar de efectividad e incidencia material a la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en la determinación del contenido de las medidas susceptibles de afectarles directamente. En efecto, dicho escenario participativo está diseñado para que se logre una concertación entre las comunidades y las instancias gubernamentales, lo que implica que las autoridades representativas de aquéllas deben (i) estar en la posibilidad de formular modificaciones y adiciones al proyecto de medidas legislativas propuestas por el Gobierno; y (ii) de lograrse un acuerdo sobre la inclusión de esa modificación, que la misma tenga la potencialidad de hacer parte del texto definitivo de la ley (énfasis añadido por DPLF).

El cumplimiento de la segunda de las condiciones mencionadas, está supeditado a que la modificación fruto de la consulta previa se surta en una oportunidad compatible con la satisfacción de los principios de unidad de materia, identidad flexible y consecutividad. Esto implica que **el proceso consultivo deberá llevarse a cabo antes de radicar el proyecto de ley ante el Congreso,** puesto que luego de presentada la iniciativa, la posibilidad de modificar su texto estaría restringida a la preservación de la unidad temática de la misma, so pena de incurrir en un vicio de procedimiento que afectaría su constitucionalidad en sentido formal. En tal sentido, si la consulta previa es propiciada por las autoridades gubernamentales cuando ya se ha iniciado el proceso de formación de la ley, las modificaciones a la iniciativa que surjan de la consulta previa desconocerían los principios mencionados.

A su vez, esta circunstancia implicaría un desconocimiento de la buena fe que gobierna el trámite de consulta previa, pues la misma se realizaría bajo el supuesto que las medidas legislativas alternativas que llegaren a surgir del proceso de concertación no podrían integrar válidamente el texto definitivo de la ley, habida cuenta de la imposibilidad fáctica de cumplir con los requisitos antes aludidos, que buscan asegurar la eficacia del principio democrático al interior de las cámaras legislativas. Así por ejemplo, si fruto de la consulta previa se acuerda una proposición alternativa y el trámite legislativo ya ha surtido varios [de] sus debates, la modificación que llegare a realizarse a la iniciativa (i) no cumpliría con el principio de consecutividad; y (ii) a menos que se inscribiera dentro de la núcleos temáticos previstos originalmente en el proyecto de ley, violaría los principios de unidad de materia e identidad flexible.

La Corte insiste en que el contenido concreto del principio de buena fe en el proceso de consulta previa logra su verdadero sentido cuando, según las condiciones anotadas, las propuestas que se obtengan de la participación de las comunidades tradicionales puedan incidir materialmente en el contenido de la medida legislativa.

COLOMBIA, *Sentencia C-030 de 2008, 23 de enero de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)*:

4.2.2.2.2. [...] En primer lugar debe precisarse el momento en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo. El convenio establece una obligación para los gobiernos, pero cabría preguntar si, en un sentido más amplio, dicha obligación puede hacerse extensiva a otros escenarios, particularmente, cuando, como en el caso de las medidas legislativas, es otra la instancia del Estado encargada de adoptarlas.

De este modo, podría decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. Pero ¿qué ocurre cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos de los previstos en el artículo 155 de la Constitución, distintos del gobierno, deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y tribales?

Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuáles serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.

2. Consulta previa de leyes aprobatorias de tratados internacionales

La jurisprudencia colombiana es la única que ha abordado el tema de la consulta previa de leyes aprobatorias de tratados internacionales. En Colombia es posible cuestionar la constitucionalidad de leyes aprobatorias de tratados durante el trámite de revisión automática que debe llevar a cabo la Corte Constitucional²⁴⁴. Esta posibilidad permite intervenir ante la Corte para impugnar un tratado internacional si este tiene la potencialidad de afectar directamente derechos de los pueblos indígenas. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que la consulta previa de la ley aprobatoria del tratado puede realizarse antes, durante o con posterioridad a la negociación del tratado, siempre y cuando se realice con anterioridad al proceso o trámite legislativo de adopción interna del tratado.

COLOMBIA, *Sentencia C-615 de 2009, 2 de septiembre de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)*:

5.3.1. [...] [L]a eficacia de la consulta a las comunidades indígenas dependerá de si ésta tiene lugar antes de que el Jefe de Estado someta el tratado internacional a la aprobación congresional, pudiendo por tanto realizarse o bien durante la negociación, mediante la creación por ejemplo de mesas de trabajo, o ya cuando se cuente con un texto aprobado por las Partes, es decir, luego de la firma del tratado. Si se realiza durante la negociación, las comunidades indígenas podrán aportar insumos a la discusión del articulado del instrumento internacional o manifestar sus preocupaciones frente a determinados temas que los afectan (vgr. territorio, conocimientos ancestrales, biodiversidad, recursos naturales, etc[.]); o igualmente ser consultadas una vez se cuente con un texto aprobado, discusión que, dado el caso, podría llevar a la necesidad de renegociar el tratado.

Lo anterior no significa, por supuesto, que las comunidades indígenas no puedan servirse de los espacios que suelen abrirse durante los debates parlamentarios, con el propósito de ilustrar a los congresistas acerca de la conveniencia del instrumento internacional, o que igualmente intervengan ante la Corte al momento de analizarse la constitucionalidad de aquél.

²⁴⁴ Constitución Política de Colombia, art. 241.10.

De igual manera, el adelantamiento de una consulta previa durante las fases anteriores al sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República, no obsta para que, si con posterioridad a la incorporación de aquél al orden interno colombiano se precisa la adopción de medidas legislativas o administrativas **concretas** que afecten igualmente a las comunidades indígenas, deba igualmente surtir el trámite de la consulta previa en relación con aquéllas.

A decir verdad, puede suceder, como lo consideró la Corte en sentencia C-750 de 2008 que, *prima facie*, el acuerdo internacional **no afectaba** a las comunidades indígenas, y que en consecuencia, no se precisaba, en aquel entonces, el adelantamiento de la consulta; pero que, podía no suceder lo mismo con futuras “*disposiciones de orden legislativo o administrativo que se expidan en desarrollo y aplicación del Acuerdo*”, frente a las cuales sí se debía surtir “*la consulta previa obligatoria respecto de las comunidades indígenas y tribales si alguna de ellas es susceptible de afectarles de manera específica y directa*”.

De igual manera, puede suceder que el instrumento internacional **sí afecte** directamente a las comunidades indígenas, y que por ende, se precisa la realización de la consulta previa. El adelantamiento de ésta no implicará que si en el futuro se adoptan medidas nacionales de ejecución del tratado internacional, bien sean de carácter legislativo o administrativo, estas últimas deban igualmente ser consultadas con las comunidades indígenas; tanto más y en cuanto se trata de medidas de carácter específico, las cuales, se insiste, no pueden modificar los compromisos iniciales y pueden ser sometidas a control judicial por las vías procesales pertinentes.

COLOMBIA, Sentencia C-941 de 2010, 24 de noviembre de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio):

3.3.1. [...] En una decisión posterior, sentencia C-615 de 2009²⁴⁵, reiterada en la sentencia C-608 de 2010²⁴⁶, este Tribunal abordó el carácter complejo de la incorporación de los tratados en Colombia, al igual que la incidencia del carácter bilateral o multilateral en la manera como deba realizarse la consulta previa a las comunidades indígenas. Todo lo anterior para concluir que cuando se está frente a un acuerdo bilateral, *siempre que se aborden asuntos que afectan directamente a las minorías étnicas, deberán ser consultadas*, bajo las condiciones señaladas por la jurisprudencia constitucional.

3.3.2. [...] La sola referencia en el capítulo de “protección a la propiedad intelectual” a las “medidas relacionadas con la biodiversidad”, donde en términos generales las Partes

²⁴⁵ Revisión automática del “Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela”, firmado en Caracas el tres (3) de mayo de 1990, así como de la Ley 1214 de 2008, mediante la cual fue aprobado.

²⁴⁶ Revisión de constitucionalidad del “Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el Canje de Notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”, así como de la Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009, aprobatoria del mismo.

“reiteran” sus derechos soberanos sobre sus recursos naturales y reconocen la importancia de la biodiversidad biológica, conocimientos y prácticas tradicionales asociadas de las comunidades indígenas y locales, anotando que corresponde a cada Parte fijar las condiciones de acceso a sus recursos genéticos conforme a la legislación nacional e internacional, no es constitutiva de una medida que se traduzca en una afectación directa de los grupos étnicos, ni es contentiva de una regulación específica sobre dichas comunidades, y menos está relacionada íntimamente con su subsistencia e identidad, sino que se trata de una disposición que se limita a reiterar de manera general la soberanía que le asiste a cada Estado Parte en asuntos concernientes a la biodiversidad.

COLOMBIA, Sentencia C-187 de 2011, 16 de marzo de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto):

3.2. [...] Estima la Sala entonces que el “Acuerdo en materia de informes anuales sobre derechos humanos y libre comercio entre la República de Colombia y Canadá” no constituye ni contiene medidas legislativas que afecten de forma *directa* a las comunidades indígenas y afrodescendientes colombianas y, en consecuencia, su consulta previa no se tornaba obligatoria. Se considera que la afectación que se puede derivar del tratado internacional bajo revisión frente a estos grupos étnicos no es distinta de la que se produce para los demás colombianos, la cual proviene del efecto general que, en principio, tienen las leyes y los tratados internacionales lo que excluye la presencia de una afectación directa.

Lo dicho no contradice la decisión tomada por esta Corte en la sentencia C-608 de 2010 respecto del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá porque el acuerdo bajo estudio no regula los temas que allí se consideraron sujetos a consulta previa obligatoria. En esa ocasión se estimó que era imperativa la consulta previa respecto de los temas de explotación minera y resolución de conflictos entre comunidades étnicas y empresas multinacionales y que esta se había llevado a cabo en debida forma, razón por la que se declaró exequible. Repárese en que, pese a la relación que existe entre el tratado que se estudia y el mencionado, el estudio de la presencia o ausencia de la afectación directa a las comunidades étnicas es independiente debido a que los dos tratados versan sobre distintos aspectos²⁴⁷. Nótese, por ejemplo, que el primero se refiere solamente a un tema –derechos humanos– y el segundo es multitemático.

Para finalizar con este análisis, se estima necesario indicar que, a pesar de lo expresado con anterioridad, **en caso de que algunos de los desarrollos legislativos y reglamentarios del tratado internacional en revisión afecten directamente a las comunidades étnicas, el gobierno deberá adelantar la consulta previa obligatoria de esas medidas legislativas o administrativas** en los términos que han sido delimitados por esta Corte y que fueron reseñados con anterioridad²⁴⁸. Ante el incumplimiento de este requisito se podrá acudir a la acción de tutela o a la de inconstitucionalidad según sea el caso (énfasis añadido por DPLF).

²⁴⁷ En el mismo sentido, sentencia C-915 de 2010.

²⁴⁸ En el mismo sentido, sentencia T-750 de 2008 y C-915 de 2010.

K. LA CONSULTA PREVIA A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

El Convenio 169 de la OIT establece que las medidas administrativas, además de las legislativas, deben ser consultadas con los pueblos indígenas, cuando tengan la potencialidad de afectarlos directamente. De la mano de las normas internacionales, el Tribunal Constitucional de Perú ha señalado que, al igual que en el caso de las medidas legislativas, en los procesos de consulta previa de medidas administrativas debe identificarse si existe y con qué intensidad, afectación de los pueblos indígenas.

PERÚ, *Sentencia STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010:*

19. El artículo 6 del Convenio obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al *aplicar las disposiciones* del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas *susceptibles de afectarles directamente*. Y si bien en el caso de las resoluciones administrativas la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja –debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos–, frente a medidas legislativas la tarea resulta sumamente complicada (...).

PERÚ, *Sentencia STC N° 00025-2009-PI/TC, 17 de marzo de 2011:*

25. El derecho a la consulta mediante procedimientos apropiados, a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, es constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [STC 0023-2009-PI/TC, Fund. Jur. 64].

En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida “afecta” directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas. [...]

32. El Tribunal Constitucional recuerda, a estos efectos, que el ordinal “a” del artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT establece que este derecho a ser consultados es obligatorio en todos aquellos casos en los que se prevean medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, independientemente de la naturaleza que tales medidas puedan tener.

33. De manera que al desestimarse este extremo de la pretensión, debamos precisar que esta decisión no inmuniza los actos de aplicación de la Ley N° 29338. Tampoco deja exenta a las autoridades estatales de la obligación de realizar el proceso de consulta cuando las medidas administrativas de aplicación de la Ley N° 29338 generen una afectación directa sobre los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas; y, por último, tampoco esta decisión del Tribunal cierra la posibilidad de que, prescindiéndose de la consulta pese a existir la obligación de realizarla, los pueblos

indígenas puedan promover el proceso de amparo para denunciar la no realización de la consulta y anular los actos que los pudieran afectar.

L. LA CONSULTA PREVIA A LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES

La jurisprudencia estudiada en esta parte refleja la especial protección que los tribunales constitucionales le han otorgado a los derechos de los pueblos indígenas en el marco de la explotación de recursos naturales en territorios indígenas. Esta protección ha desarrollado en el ámbito del derecho interno de los Estados aquella otorgada por los instrumentos internacionales relevantes, como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁴⁹ y la jurisprudencia interamericana, más precisamente, los casos Pueblo Saramaka vs. Surinam y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Según estas mismas regulaciones internacionales, uno de los ámbitos en que la consulta previa tiene mayor relevancia es en el de las decisiones administrativas que permiten o autorizan la utilización, exploración o explotación de los recursos naturales que se encuentran en el territorio de los pueblos indígenas²⁵⁰.

Un aspecto de la mayor relevancia en lo que tiene que ver con la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas es la realización de estudios de impacto ambiental. Si estos estudios se realizan en forma previa, libre, informada y concertada con los pueblos indígenas, y de conformidad con los estándares internacionales y las buenas prácticas existentes, constituyen una garantía para que la restricción de la propiedad comunitaria no implique una denegación de la subsistencia del pueblo²⁵¹. A la vez, los estudios de impacto ambiental propician que los proyectos se desarrollen en un ambiente de confianza entre las partes. El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha resaltado la importancia que tienen tanto el acceso oportuno de los indígenas a los estudios de impacto ambiental como tener a disposición el tiempo suficiente para entender adecuadamente dichos estudios, lo que implica incluso que el Estado les brinde la asistencia técnica necesaria para que puedan tomar decisiones con pleno conocimiento de todas las consecuencias propias de un proyecto de explotación de recursos naturales²⁵².

Al respecto, la Corte Interamericana ha afirmado que los Estados deben garantizar que no se otorgará ninguna concesión dentro de territorio indígena hasta que “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio

²⁴⁹ Convenio 169 de la OIT, arts. 6 y 15 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 19 y 32.

²⁵⁰ Convenio 169 de la OIT, art. 15.2 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 32.2.

²⁵¹ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172, párrs. 128, 129 y 130 y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párrs. 157 y 205.

²⁵² Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 53.

previo de impacto social y ambiental²⁵³. Además, la Corte estableció que los estudios de impacto ambiental tienen por objeto “[...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad²⁵⁴, para que puedan decidir de forma libre e informada si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto²⁵⁵.”

Como mencionamos a propósito de la relación de los estudios de impacto ambiental con la satisfacción del requisito de que la consulta previa sea verdaderamente informada (ver, en este mismo digesto, el capítulo III.E.3), los Estados tienen la obligación de supervisar la realización de estudios de impacto social y ambiental, de manera que dichos estudios sean realizados i) por parte de entidades técnicas e independientes, ii) de acuerdo con los estándares internacionales y las buenas prácticas existentes, iii) con respeto de las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, iv) antes del otorgamiento de una concesión; y v) deben incluir el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos²⁵⁶. La realización de estudios de impacto social y ambiental de conformidad con los anteriores criterios cobra especial relevancia cuando se trata de la explotación y extracción de recursos naturales en territorios indígenas, dada la estrecha conexión que existe entre el territorio de los pueblos indígenas y los recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para su supervivencia física y cultural y el desarrollo y continuidad de su cosmovisión²⁵⁷.

Las sentencias analizadas e incluidas en este digesto reflejan que las cortes y tribunales nacionales no han abordado el tema de los estudios de impacto ambiental y social en forma adecuada y suficiente y con el nivel de detalle que la complejidad e importancia de los mismos requiere. Los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana, en particular en el Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, pueden servir como marco de referencia para un abordaje de este tema con mayor detalle y profundidad.

COLOMBIA, *Sentencia C-891 de 2002, 22 de octubre de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería)*:

36. La norma acusada hace alusión a la propiedad de los recursos mineros, señalando que estos últimos pertenecen de manera exclusiva al Estado, sin importar su clase, ubicación o estado físico natural y, sobre todo, sin consideración a que la propiedad,


²⁵³ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 205 y Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172, párr. 130.

²⁵⁴ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No 185, párr. 40 y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 205.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párrs. 205 y 206.

²⁵⁷ *Ibidem*, párrs. 145 y 146.



Los Estados tienen la obligación de supervisar la realización de estudios de impacto social y ambiental, de manera que dichos estudios sean realizados i) por parte de entidades técnicas e independientes, ii) de acuerdo con los estándares internacionales y las buenas prácticas existentes, iii) con respeto de las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, iv) antes del otorgamiento de una concesión; y v) deben incluir el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos.

posesión o tenencia de los correspondientes terrenos sean de otras entidades públicas, de particulares, de comunidades o grupos.

Sin embargo, **conviene advertir que el hecho de que los minerales sean propiedad del Estado no puede considerarse en perjuicio de los derechos de que gozan los sujetos a los que se refiere la norma (otras entidades públicas, particulares, comunidades o grupos) sobre los terrenos en donde yacen dichos recursos naturales. Es de notarse que entre los referidos sujetos se encuentran, aunque tácitamente, los pueblos indígenas, por lo que fácil es concluir que la norma acusada es garante del ejercicio de los derechos indígenas sobre sus territorios, destacándose entre ellos el derecho de consulta** (énfasis añadido por DPLF).

COLOMBIA, *Sentencia C-620 de 2003, 29 de julio de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)*:

15. [...] [P]ueden extraerse las siguientes conclusiones en relación con el derecho de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales existentes en su territorio, en particular aquellos de propiedad estatal como la sal marina y las vertientes de agua salada, considerados por la ley como bienes fiscales concesibles:

a. La jurisprudencia ha determinado que la protección a la identidad cultural de las comunidades indígenas es un derecho fundamental, cuyo reconocimiento está orientado a lograr la preservación de tales culturas.

b. Del anterior derecho se desprende el de participación de la comunidad indígena en la adopción de las decisiones que les conciernen y en especial en las relativas a la explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, como expresamente lo prescribe el parágrafo del artículo 330 de la Constitución. Este derecho de participación, por la particular influencia que el medio ambiente tiene en la definición de los rasgos de las culturas indígenas, ha sido estimado también por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental.

c. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 15 del Convenio 169 de 1989 adoptado por la conferencia de la OIT, norma que por referirse a un derecho fundamental forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, el derecho de participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones relativas a los recursos naturales de propiedad estatal ubicados en su territorio, como es el caso de la sal de las Minas de Manaure, debe hacerse efectivo mediante el mecanismo de la consulta previa. Dicho artículo, además, establece que los pueblos indígenas “*deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades*”.

d. El convenio 169 no precisa la forma en la cual debe adelantarse la consulta previa a los pueblos indígenas en cuyo territorio se pretenden explorar o explotar recursos naturales de propiedad estatal. En tal virtud, corresponde al derecho interno definir ese asunto. La Constitución no señala tampoco el procedimiento que para ello debe llevarse a cabo ni la ley lo hace.

e. 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 mediadas.

f. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la consulta, como mecanismo de participación en la adopción de decisiones y de garantía de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es obligatoria en cuanto a su verificación, pero no sustrae de la competencia de las autoridades la adopción final de la medida legislativa o administrativa, como en general sucede con todos los mecanismos de concertación.

COLOMBIA, *Sentencia C-366 de 2011, 11 de mayo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)*:

29.1. El aprovechamiento de los recursos naturales, entre ellos los mineros, que se encuentren en el territorio en que se asientan las comunidades étnicas y afrodescendientes, es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos. Por ende, tanto las medidas legislativas como administrativas que puedan incidir en ese aprovechamiento específico deben contar con espacios de participación para esas comunidades. Un ejemplo de las medidas legislativas de esta naturaleza es el Código de Minas, en tanto regulación general y sistemática acerca de la utilización de los recursos mineros en el país, lo que incluye los territorios ancestrales.

29.2. El deber de participación antes anotado resulta particularmente intenso cuando se trata de medidas legislativas y administrativas relacionadas con la explotación de recursos naturales en los territorios en que se ubican las comunidades diferenciadas. Ello debido a que (i) existe un mandato constitucional particular a ese respecto, contenido en el parágrafo del artículo 330 C.P.; (ii) el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT prevé un mandato particular en el mismo sentido, que impone el deber al Estado de consultar a las comunidades toda medida relacionada con la utilización, administración y conservación de los recursos naturales, lo que incluye los recursos mineros; (iii) tanto la jurisprudencia constitucional colombiana como la de tribunales internacionales de derechos humanos, coinciden en que tales proyectos de explotación de recursos naturales tienen un importante grado de incidencia en la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural de las comunidades diferenciadas.

29.3. La participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes respecto de las medidas relacionadas con el aprovechamiento de recursos mineros ubicados en sus territorios, debe ser compatible con las condiciones propias de su identidad diferenciada. Por ende, esa participación no puede acreditarse de cualquier modo, sino que debe ajustarse a los requerimientos propios de la consulta previa, en los términos explicados en el fundamento jurídico 14 de esta sentencia. Esto debido a que tales condiciones

permiten que la participación de dichos pueblos étnicos se adelante bajo condiciones de buena fe, información suficiente a las comunidades afectadas, adecuación cultural y oportunidad.

29.4. En la actividad de exploración y explotación minera, para el caso colombiano, convergen diversos factores de riesgos para la vigencia de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas. Aunque se trata de una actividad legal y sometida a fuertes regulaciones, **la experiencia histórica ha demostrado que los proyectos mineros son especialmente sensibles a acciones como la incursión de grupos armados ilegales, el desplazamiento forzado de las comunidades que habitan las zonas afectadas y la contaminación del medio ambiente. Estos riesgos, que lastimosamente son connaturales a la actividad minera, exigen un especial deber estatal de garantía de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.**

29.5. En los casos que debiéndose adelantar la consulta previa, esta es pretermitida, además de afectarse el derecho de las comunidades étnicas al reconocimiento de su diversidad étnica y cultural, se pone en riesgo a estos pueblos respecto de sus demás derechos constitucionales. Ello en razón de los riesgos propios de la actividad minera, que suelen generar afectaciones concretas a los citados derechos, debido a la ausencia de participación de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Esta circunstancia, como se ha indicado, refuerza la necesidad de llevar a cabo ese procedimiento de consulta, con el cumplimiento estricto de los requisitos explicados por la jurisprudencia constitucional.

ECUADOR, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, Casos N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 19 de marzo de 2010:

9. ¿Son aplicables para los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, bajo cuya superficie existan recursos mineros, el régimen de servidumbres, declaratorias de utilidad pública, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental establecida en la Ley de Minería?

A partir de lo expuesto en el considerando precedente, esta Corte deja en claro, en uso de una sentencia constitucional condicionada, que las normas examinadas referidas a la declaratoria de utilidad pública, libertad de prospección, servidumbres de tránsito, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y la consulta ambiental, son constitucionales siempre que no se apliquen los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

En tal virtud, esta Corte determina para el caso en que el Estado pretenda iniciar una actividad minera en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país: a partir de la publicación de esta sentencia, el Estado, a través del Ministerio del ramo o de cualquier otra autoridad gubernamental, deberá implementar los procesos de consulta previa e informada establecidos en el artículo 57, numeral 7 de

la Constitución; con ese fin, deberá adecuar, mediante acto normativo, las reglas provisionales que esta Corte establecerá a continuación. Se deja en claro que las mismas serán de obligatorio cumplimiento, hasta tanto la Asamblea Nacional dicte la ley que regule el derecho de consulta previa e informada reconocido en la Constitución de la República²⁵⁸.

GUATEMALA, *Sentencia Expediente 1643-2005 y 1654-2005, 28 de febrero de 2008*:

III. Del estudio de las actuaciones, esta Corte determina que las resoluciones impugnadas a través de la presente acción, tienen como común denominador el haber sido emitidas con la finalidad de regular y celebrar una consulta de buena fe a las autoridades indígenas, a la población indígena de ascendencia Maya Sipakapense y a los vecinos del Municipio de Sipacapa, departamento de San Marcos, a efecto de que se pronuncien en contra o a favor de la actividad minera de reconocimiento, exploración y explotación de minerales metálicos a cielo abierto y, con ello, determinar si sus intereses son perjudicados con dicha actividad.

IV. [...] Resuelto lo anterior se estima que: a) el fundamento invocado por la autoridad impugnada para la convocatoria indicada, se encuentra en los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), que versan sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, y su consulta sobre medidas susceptibles de causarles afectación, el cual es cuestionado por la accionante. Esta Corte al ser consultada al respecto, estimó en opinión de dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco, expediente ciento noventa y nueve –noventa y cinco (199-95) que: “...no regula ninguna materia que colisione con la ley fundamental...”. [.] Dicho convenio establece en el artículo 6, numeral 1: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente...”. [L]uego en el numeral 2 del mismo artículo dispone lo siguiente: “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...”. Posteriormente, el artículo 15, numeral 2 establece: “En caso que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados. Por lo que determin[ó] que la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que le concierne a un pueblo indígena no vulnera ningún precepto constitucional, sino que reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala”. Por lo que tomando en cuenta lo anterior y aplicarlo al presente asunto, se establece que por este acto, no hay violación de algún derecho de la postulante²⁵⁹, ya

²⁵⁸ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, pág. 52.

²⁵⁹ Nota de edición: Cabe recordar que en este caso el postulante o accionante es la empresa Montana Exploradora de Guatemala, que al interponer la acción afirmó que el Consejo Municipal de Sipacapa se excedió al convocar a una consulta popular. En esta sentencia la Corte concluyó que el consejo

que los Concejos municipales pueden convocar a sus vecinos para que se pronuncien sobre temas de su interés sobre sus territorios, lo que también está previsto en el artículo 63 del Código Municipal, sin que con ello se rebase su competencia.

PERÚ, *Sentencia STC N° 03343-2007-AA, 19 de febrero de 2009*:

34. [...] Es interesante enfatizar, además, lo expuesto en el artículo 15, que señala que los Gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras”. De igual forma, el artículo indica que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios de tales actividades y si se ven dañados debido a tales actividades, podrán solicitar una indemnización equitativa. Con ello se pretende armonizar la dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos.

35. En virtud a ello, la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla.

36. Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam. En dicha sentencia, Además se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio. De otro lado, también se explicitó que, no obstante ello, es claro que los derechos no son absolutos, pudiendo quedar subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:

“[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones” (Pueblo de Saramaka vs. Surinam, fund. 134).

municipal sí tenía la facultad de convocar a la consulta previa, y que con ello no se vulneró ningún derecho de la empresa.

PERÚ, Sentencia STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010:

32. De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados.

M. LOS PROCESOS PRECONSULTIVOS

Con base en el reconocimiento de la diversidad de costumbres y de procedimientos tradicionales de los pueblos indígenas para tomar decisiones así como de la dificultad de establecer modelos únicos aplicables a los diferentes contextos y a todos los procesos de consulta previa, algunos tribunales constitucionales han afirmado la importancia de que el proceso de consulta previa esté precedido de un proceso pre-consultivo, que tenga como objetivo la concertación y el acuerdo sobre las pautas que guiarán el proceso de consulta previa y las condiciones en que este se llevará a cabo. El proceso pre-consultivo no es otra cosa que un proceso de consulta sobre cómo se va realizar la consulta previa. La importancia de los procesos pre-consultivos radica en que ellos permiten sentar las bases que aseguren durante el desarrollo de la consulta una adecuada interlocución entre las partes, que facilite los consensos.

Estos desarrollos jurisprudenciales están en sintonía con lo manifestado por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en el sentido que la inclusión de los pueblos indígenas en las deliberaciones y discusiones donde se definan los procesos de consulta contribuye a crear el clima de confianza y respeto mutuo que luego propicia la obtención de consensos²⁶⁰. El Relator Especial también ha indicado que los Estados deben definir en leyes, reglamentos o mecanismos especiales, los procedimientos de consulta, especialmente aquellos que se requieren para determinadas actividades como la extracción de recursos naturales que se realizan en territorios indígenas, y que la elaboración de estos procedimientos debe realizarse en consulta con los pueblos indígenas²⁶¹. Ha resaltado el Relator Especial que la “celebración de consultas con los pueblos indígenas sobre los elementos mismos del procedimiento de consulta que habrá de emplearse no solo ayuda a garantizar que el proceso sea eficaz sino que, además, es una medida de fomento de confianza importante y necesaria”²⁶².

²⁶⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 51.

²⁶¹ *Ibidem*, párr. 67.

²⁶² *Ibidem*, párr. 68.

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS)*, 19 de junio de 2012:

III.4. [...]

[...] es evidente la **necesidad de la existencia de un marco regulatorio adecuado sobre la consulta previa con la participación de los pueblos indígenas.**

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sugiere que los Estados deben aprobar legislación “que desarrolle los derechos individuales de los indígenas, que garantice mecanismos de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones de índole política, económica y social que afecten sus derechos y que incremente su participación política en la adopción de decisiones a nivel nacional” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 39 – Recomendación 1).

Ahora bien esta legislación, de conformidad a lo dispuesto a los arts. 2.1. y 33.2 del Convenio 169 de la OIT, debe ser desarrollada con la participación de los pueblos interesados, en una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de estos pueblos y el respeto a su integridad. En el mismo sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que los pueblos indígenas serán consultados antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas que los afecte[n] y, en tal sentido, las leyes que regulen el procedimiento de consulta, también – y con mayor razón– tendrán que ser consultadas, conforme concluyó el Relator Especial de la Organización de Naciones Unidas: “No obstante el carácter necesariamente variable de los procedimientos de consulta en los diversos contextos, **los Estados deben definir en la ley los procedimientos de consulta dichos procedimientos previstos en leyes o reglamentos o en mecanismos especiales de consulta, deben por su parte ser elaborados en consulta con los pueblos indígenas**”, (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 67).

COLOMBIA, *Sentencia C-208 de 2007, 21 de marzo de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)*:

5. [...] Interpretando los mandatos contenidos en el artículo 7° de la Carta y 6° del Convenio 169 de la O.I.T., también la Corte ha expresado que **el proceso consultivo** que las autoridades gubernamentales tienen que llevar a cabo ante los grupos étnicos para adoptar una decisión que afecte sus intereses, “**deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo**”²⁶³. Ha dicho al respecto que “el Estado Colombiano deberá tener en cuenta 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 en el artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante

²⁶³ Sentencia T- 737 de 2005.

todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado²⁶⁴.

COLOMBIA, Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa):

6.3.6. La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: “el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo²⁶⁵. Ello, en la medida en que la flexibilidad establecida en el Convenio 169 de la OIT, y la diversidad propia de estos procesos, así lo exige: “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 desarrollado²⁶⁶.”

A este respecto se debe tener en cuenta que una reglamentación jurídica rígida del procedimiento de consulta previa puede resultar inconstitucional en casos concretos, cuando de su aplicación se puedan derivar consecuencias contrarias a los mandatos plasmados en la Constitución y en las normas internacionales aplicables²⁶⁷.

²⁶⁴ Sentencia *Ibidem*.

²⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

²⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

²⁶⁷ De esta manera, en la sentencia T-652 de 1998 la Corte inaplicó la regulación contenida en el Decreto 1320 de 1998, por resultar en el caso concreto contraria a la Carta Política –y en su lugar fijó las pautas mínimas que debían seguirse en el proceso de consulta subsiguiente: “(...) la firma propietaria del proyecto no ha reconocido los reales efectos de la obra sobre los recursos ictiológicos de toda el área de influencia de la hidroeléctrica, ni el largo término y alto costo que requerirá el repoblamiento de los ríos del área con especies nativas (mucho mayores desde que se decidió no remover la mayor parte de la biomasa presente antes de llenar la presa), ni los efectos sobre las condiciones climáticas de las cuencas, ni los impactos previsible sobre la morbi-mortalidad en la zona de influencia de la represa. // Por estas razones, por las irregularidades que se han presentado en el reconocimiento de las autoridades embera (asunto que considerará esta Sala en aparte posterior), y porque aún no se ha iniciado la concertación del régimen aplicable al área de superposición del Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos, la aplicación del Decreto 1320 de 1998 a este proceso de consulta resultaría a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991; por tanto, se ordenará a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que lo inapliquen, y atiendan en este caso las siguientes pautas: a) debe respetarse el término ya acordado para que los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; b) la negociación de un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsible, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, par-

Las obligaciones internacionales consagradas en el Convenio 169 de la OIT otorgan al Estado colombiano un amplio margen de flexibilidad para determinar la manera en que se habrá de realizar la consulta previa. Sin embargo, es claro que **las regulaciones procedimentales no pueden contrariar el contenido específico del derecho fundamental a la consulta previa o de los derechos conexos a él, ni ser incompatibles con el logro del objeto esencial de la consulta, como es tratar de llegar de buena fe a un acuerdo basado en el consentimiento libre, pleno e informado, del grupo étnico afectado**²⁶⁸(énfasis añadido por DPLF).

tipicación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta, se adelantará en los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo de revisión; c) este término sólo se podrá prorrogar, a petición del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, la firma propietaria del proyecto, la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría Agraria, hasta por un lapso razonable que en ningún caso podrá superar al doble del establecido en la pauta anterior; d) si en ese tiempo no es posible lograr un acuerdo o concertación sobre todos los temas, *“la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. 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” [SU-039/97]*”.

²⁶⁸ En la sentencia C-169 de 2001 la Corte Constitucional explicó que el Convenio 169 “(...)otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1.969, según la cual ‘un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin’ (subraya fuera del texto). // Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias”. Igualmente, en la sentencia T-382 de 2006, la Corte señaló que “conforme al artículo 34 del convenio, existe un margen ‘flexible’ para que el Estado, a través de los órganos competentes, determine los límites dentro de los cuales opera el derecho de consulta previa. (...) el derecho de consulta previa está sujeto a los lineamientos constitucionales y legales que faciliten y precisen la participación de los pueblos indígenas en las decisiones legislativas y administrativas que les afecten. Sin embargo, esta condición tiene como límite irrestricto la vigencia de los derechos fundamentales de las diferentes etnias y, por supuesto, las directrices del convenio que, por hacer parte de bloque de constitucionalidad, tienen prevalencia en el orden interno”.

COLOMBIA, Sentencia C-175 de 2009, 18 de marzo de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva):

13. [...] En tales condiciones, la jurisprudencia constitucional también ha previsto la necesidad que el procedimiento mismo de consulta esté sometido a una consulta previa, a fin que el trámite de concertación y consenso con las comunidades (i) no se reduzca a un simple acto informativo o notificación de la medida; y (ii) reconozca y proteja las prácticas tradicionales diversas de los pueblos indígenas y tribales, las cuales podrían verse desconocidas si los entes gubernamentales imponen determinado mecanismo de consulta que, en razón a no haberse acordado con las comunidades, no resulte compatible con el mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural. [...]

16.6. 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”²⁶⁹.

COLOMBIA, Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla):

6.1. Frente a lo indicado en los acápites anteriores, se puntualizó que antes de iniciarse la respectiva consulta previa, se debe realizar un proceso pre consultivo, con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente que pueda resultar afectada, en el cual se definan las bases del procedimiento apropiado a seguir en los diferentes casos, respetando las especificidades culturales, para “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente... para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos”²⁷⁰.

En el caso bajo estudio, en noviembre 1° de 2006 se llevó a cabo en el municipio de Murindó un proceso de preconsulta con algunos miembros del “Cabildo Mayor de Carmen del Darién, Cabildo Menor de Uradá y del Cabildo Mayor Indígena del Bajo Atrato (f. 722 ib.), sin embargo, no se aprecia que haya sido extendida a otras comunidades, lo que indica que no se realizó en toda la cobertura debida, con cada una de las comunidades que se encuentran asentadas en el entorno que puede sufrir repercusiones con la exploración y explotación minera objeto de la concesión.

²⁶⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-737/05.

²⁷⁰ Convenio 169 de la OIT, artículo 6°; sentencia T-737 de 2005, antes señalada.

COLOMBIA, *Sentencia T-745 de 2010, 14 de septiembre de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)*²⁷¹:

Esta Corporación también se ha pronunciado sobre las exigencias atribuibles a las actividades preparatorias que constituyen el denominado trámite preconsultivo, etapa que necesariamente debe anteceder a la consulta con el propósito de que entre los organismos representativos de las comunidades interesadas y las autoridades encargadas definan previamente, de común acuerdo y con asidero en sus tradiciones, las pautas para la celebración de la consulta²⁷². De esta forma se asegura que, efectivamente, todos los elementos y etapas que comprenden la consulta se nutran del principio de democracia participativa y diversidad étnica, toda vez que incluso los criterios para su ejecución gozarán del aporte y contribución de los pueblos afectados.

ECUADOR, *Sentencia N° 001-10-SIN-CC, Casos N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 19 de marzo de 2010*:

10. La consulta prevista en el artículo 90 de la Ley de Minería, ¿desarrolla el contenido previsto en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución? De no ser así, ¿cuáles serían las reglas y procedimientos mínimos que debería contener la Consulta previa prevista en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución?

Los parámetros específicos desarrollados por la OIT que deberán tomarse en cuenta son: [...]

g. **La definición previa y concertada del procedimiento**[;] se requiere que como primer paso de la consulta se defina, previamente, al comienzo de la discusión sobre temas sustantivos, un procedimiento de negociación y toma de decisiones mutuamente convenidas, y el respeto a las reglas de juego establecidas²⁷³.

N. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CONSULTA Y DE LA CONSULTA INADECUADA

Las decisiones judiciales que se exponen en esta parte reflejan que algunos tribunales constitucionales han profundizado sobre las consecuencias de la falta de consulta previa. Además de la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales bajo el Convenio 169 de la OIT, han señalado que dicha omisión genera la nulidad de la medida, la inconstitucionalidad de la ley o configura una omisión legislativa, cuando se trata de una norma de carácter general que afecta a los pueblos indígenas y no les fue consultada.

²⁷¹ Nota de edición: En la sentencia original, cuyos párrafos no están numerados, el extracto seleccionado para este digesto se encuentra bajo el título: “El derecho a la consulta previa de las comunidades étnicamente minoritarias. Procedencia de la acción de tutela para su salvaguarda. Reiteración jurisprudencial. i) Sustento constitucional”.

²⁷² Sentencia T-737/05.

²⁷³ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, pág. 54.

ECUADOR, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, Casos N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 19 de marzo de 2010:

10. La consulta prevista en el artículo 90 de la Ley de Minería, ¿desarrolla el contenido previsto en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución? De no ser así, ¿cuáles serían las reglas y procedimientos mínimos que debería contener la Consulta previa prevista en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución?

Los parámetros específicos desarrollados por la OIT que deberán tomarse en cuenta son: [...]

l. Respecto a los efectos del incumplimiento de esta obligación estatal, entre los que destaca la responsabilidad internacional del estado incumplido, y en el ámbito interno la eventual nulidad de los procedimientos y medidas adoptadas²⁷⁴.

1. En caso de medidas legislativas

Tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen el deber de consultar las medidas legislativas con los pueblos indígenas. La jurisprudencia nacional lo ha reiterado en el ámbito interno y, además, se ha referido a las consecuencias que puede tener la falta de consulta de una ley. Por ejemplo, en un caso de Argentina, una jueza de lo contencioso administrativo declaró la inconstitucionalidad de una norma por no haber sido consultada con las comunidades indígenas.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha debatido entre considerar que por tratarse de un procedimiento para validar un proyecto de ley, la omisión de la consulta previa da lugar a la declaratoria de inexecutable por vicios de trámite, o bien, considerar que aunque la consulta se concreta en un proceso, su omisión afecta la materialidad de la ley como consecuencia de la violación de un derecho (el derecho a la consulta previa), lo cual configura un vicio sustancial y no procedimental, que de igual forma afecta la constitucionalidad de la medida legislativa. La Corte se ha inclinado por esta última postura. En cuanto a las consecuencias de la omisión del proceso de consulta previa o su deficiente realización, ellas pueden ir desde la declaratoria de executable de la medida, condicionada a que no pueda ser aplicada a las comunidades indígenas que podrían afectarse directamente, hasta la declaratoria de inexecutable de la norma y su consiguiente retiro del ordenamiento jurídico. La Corte colombiana ha establecido criterios para determinar en un caso concreto si el incumplimiento del deber de realizar la consulta previa genera la inexecutable total o parcial o la executable condicionada de la norma.

Por su parte, la jurisprudencia boliviana, frente a la omisión de consulta de medidas legislativas, ha considerado que dicha omisión puede ser reparada al someter la aplicación de la ley aprobada sin consulta a un proceso informado y libre, aunque ya no previo. El Tribunal condicionó la aplicación y la producción de efectos de leyes aprobadas sin consulta a la posterior concertación entre el Estado y el respectivo pueblo indígena.

²⁷⁴ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, pág. 55.

ARGENTINA, *Sentencia “Consejo QUOMPI – LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco”, Cámara Contencioso Administrativa - Chaco, 21 de abril de 2006:*

CONSIDERANDO IV: [...]

Es relevante señalar que en el informe de fs. 96/97 de autos, suministrado por ENDE-PA, refiere “que en la elaboración de la Ley 4804/00 los pueblos indígenas no fueron consultados, como es una práctica usual de la mayoría de los legisladores la falta de convocatoria a la hora de legislar para indígenas, olvidándose de la obligatoriedad de la participación que impone la Constitución para dichos pueblos. La Participación a la que hacen referencia la Constitución Nacional y Provincial con respecto a las comunidades se refiere a tomar parte en la elaboración decisión, ejecución y control de cualquier acción que realice el Estado por sí o que delegue a un particular, a desarrollarse en territorio indígena y/o zona de influencia, o que directamente o indirectamente se relaciones (sic) con el Pueblo afectado, cosa que no se cumple en la práctica...”.

Todo ello me lleva a concluir que el inc. c) del art. 2 de la Ley N° 4804, es inconstitucional porque se aprobó sin haber consultado previamente a los pueblos indígenas. Pese a que el Artículo 75 inciso 17 de la Constitución, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Artículo 37 de la Constitución del Chaco establecen la obligatoriedad de estas consultas, los legisladores y el estado provincial nunca lo hicieron.

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 (TIPNIS), 19 de junio de 2012:*

III.5.1. [...]

2. Entre los derechos más importantes que la Constitución Política del Estado y las normas internacionales reconocen a favor de los pueblos indígenas está el derecho a la consulta previa, libre e informada sobre toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectarles y, por tanto, antes de la aprobación de la Ley 180, debió haberse consultado previamente a los pueblos indígenas habitantes de ese territorio.

Dentro del análisis y juicio de constitucionalidad, tenemos que la Ley 180 declara la intangibilidad del TIPNIS, es decir, se trata de una medida legislativa que está dirigida a un territorio indígena determinado, cuyo texto puede afectar los intereses de los pueblos y naciones indígenas originarios constituidos dentro del mencionado territorio, [...].

Dentro de este orden de ideas, tenemos que los accionantes denuncian que el contenido de la Ley 180, podría constituirse en una medida que pudiera entorpecer o inclusive inviabilizar el cumplimiento de los fines y funciones esenciales del Estado, en todos sus niveles de organización territorial, en cuanto al acceso a los servicios básicos y la materialización de los derechos fundamentales a la salud, educación, vivienda, de los integrantes de los pueblos y naciones indígenas residentes dentro del citado territorio indígena; ante estos antecedentes, es claro que estamos frente a una medida legislativa que tiene por objeto el proteger el citado territorio indígena, aspecto que a crite-

rio de la parte accionante afecta los derechos humanos de los habitantes del mismo territorio indígena, es decir, que dicha medida legislativa puede afectar la forma de vida de los pueblos indígenas; por lo tanto **ésta es una medida legislativa que por las características señaladas tiene que ser objeto de una consulta libre, informada y concertada, aunque no pueda ser previa, ya que la Ley ya fue objeto de aprobación por parte del Órgano Legislativo (Ley 180), aspecto que no debe ni puede evitar el derecho colectivo de los pueblos y naciones indígenas a pronunciarse, ya sea por su aprobación o rechazo a dicha medida legislativa, mediante la implementación de un proceso de consulta libre concertada e informada, en el que se dará una respuesta positiva o negativa respecto al objeto de la Ley 180.**

Ello implica en los hechos, que el contenido de la Ley 180, es decir sus elementos dispositivos, serán definidos dentro del proceso consultivo a realizarse al cumplimiento de la Ley 222, y a los alcances de la presente Sentencia; por lo tanto, siguiendo ese orden de ideas tenemos que: la Ley 180, –por efecto de la Ley 222–, no puede ser materializada de manera inmediata, ya que sus efectos se encuentran supeditados, a la realización de la consulta y que su naturaleza, objeto y alcance sean definidos conjuntamente [entre] el Estado y los pueblos indígena originario campesinos, en los términos de buena fe y concertación ya referidos.

Ahora, si tomamos en cuenta que la consulta previa es un derecho colectivo fundamental, irrenunciable, inherente a los pueblos indígenas, cuyo núcleo esencial obliga al Estado a realizarla bajo los parámetros establecidos en la presente Sentencia, concluimos que la aplicación de los efectos jurídicos de la Ley 180, están supeditados a los resultados de la consulta a realizarse, que determinará si la intangibilidad es o no aplicable al TIPNIS, y los alcances de la misma producto de la concertación entre los pueblos indígenas y el Estado.

III.5.2. [...]

Si bien es evidente que lo ideal es que la consulta debe ser implementada previamente a la toma de una decisión, tal y como lo establece la doctrina y la jurisprudencia comparada previamente desarrolladas, también se debe tomar en cuenta que aunque existan actos y medidas legales y administrativas que pudieran afectar a los territorios de los pueblos indígenas, no es menos cierto que la obligación por parte del Estado no desaparece, es más, la consulta es aun más necesaria, debido a que efectivamente existiría una vulneración al derecho de los pueblos indígenas respecto a su territorio y al mismo derecho de la consulta.

En el presente caso, existe una denuncia respecto a que hubieron (sic) actos legislativos y administrativos que tienen por objeto la construcción de una carretera que afectaría el TIPNIS; sin embargo, por otro lado, el Gobierno estipula que en realidad no existe una construcción física de la mencionada carretera en el territorio indígena, por lo tanto, a la luz de los últimos acontecimientos, existe una modificación de los supuestos de hecho al momento de la interposición de la presente acción, debido a que las obras de la carretera en cuestión han sido totalmente suspendidas, por lo que la misma no puede continuar si no se produce previamente la consulta a los pueblos indígenas.

Es necesario además afirmar que la propia jurisprudencia internacional apoya tal posición en mérito a que **la consulta debe ser necesariamente implementada, aun en el supuesto de que los proyectos estén en pleno desarrollo**, lo contrario llevaría al razonamiento erróneo de creer que una vez materializados los proyectos de desarrollo, o la explotación de recursos naturales no renovables dentro de un territorio indígena, sin el consentimiento previo de éstos, serían actos irremediables, y por lo tanto la consulta dejaría de tener relevancia, extremo que ha sido desechado por la jurisprudencia internacional, por lo que la consulta al ser un derecho de los pueblos indígenas originario campesinos es irrenunciable, y por lo tanto, aunque hubieran diferendos en los hechos en que se duda si hubieron (sic) o no actos legislativos y administrativos previos, tales hechos no cambian el fondo y objeto de este derecho, que consiste en que los pueblos indígenas participen efectivamente en la toma de decisiones de Estado, dentro de la construcción colectiva del mismo, cuando los proyectos a implementarse se desarrollen en su territorio, **por lo tanto el objeto de la Ley 222, en cuanto a establecer la consulta previa libre e informada como un derecho de los pueblos indígenas del TIPNIS es constitucional en cuanto se constituye en el paraguas no sólo de protección, sino de materialización de los demás derechos contenidos en el art. 30 de la CPE.**

En ese entendido se concluye que el art. 1 de la Ley 222, en cuanto a la convocatoria a la consulta previa libre e informada, no contradice los preceptos constitucionales, como tampoco las normas del bloque de constitucionalidad; pues, se reitera, está permitiendo que los pueblos ejerzan ese derecho con relación a medidas que les afectan directamente y que, por ende, se está dando cumplimiento a lo previsto en los arts. 30.II.15 de la CPE, 6.1 de la OIT y 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Un entendimiento contrario, en el sentido que anotan los accionantes, es decir, que la Ley 222 es inconstitucional porque no fue previa a los actos legislativos y administrativos que se iniciaron el año 2006, implicaría que la lesión a los derechos de los pueblos indígenas no podría ser reparada bajo ninguna circunstancia; llegándose al absurdo de mantener la omisión inconstitucional de manera indefinida, no siendo ese el sentido de la Constitución Política del Estado, tampoco del Convenio 169, ni de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y tampoco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme ampliamente se ha analizado en el Fundamento Jurídico III.4.1. del presente fallo. [...]

Dentro de ese marco el Tribunal Constitucional Plurinacional determina una constitucionalidad condicionada respecto a los arts. 1 en su segunda parte, 3, 4 inc. a), y 9 de la Ley 222, es decir, la consulta es constitucional y está condicionada a que sea concertada, en observancia de la relación horizontal entre el Estado y los pueblos indígenas del TIPNIS. Efectivizada de esa forma, tales artículos son constitucionales, exhortando a los Órganos Legislativo y Ejecutivo a elaborar un protocolo en forma conjunta y acordada con los pueblos indígenas con plena participación de sus instituciones.

COLOMBIA, *Sentencia C-030 de 2008, 23 de enero de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)*:

3. [...] Cuando se plantea un cargo por omisión del deber de consulta, sin que previa-

mente se hayan establecido en el ordenamiento jurídico las reglas de procedimiento aplicables a dicha consulta cuando se trate de hacerla efectiva frente a medidas legislativas, no puede sostenerse que se está ante un vicio de procedimiento, puesto que, no puede la Corte “... *prescribir como obligatorio un determinado procedimiento, que no ha sido previsto ni por la Constitución, ni por la Ley, para el trámite de proyectos normativos ante el Congreso de la República, ... [y] escapa a la competencia de esta Corporación la creación de trámites que no contempla el ordenamiento positivo...*”, no es menos cierto que no está clara la manera como el desconocimiento de un eventual derecho de consulta de las comunidades indígenas y tribales, previa a la adopción de una medida legislativa, afecta el contenido material de la correspondiente ley. Así, por ejemplo, podría ocurrir que en una materia respecto de la cual pudiese predicarse el deber de consulta, se expidiese una ley sin haberse cumplido con ese requisito, pero en cuyo contenido material no se observase una oposición con las disposiciones superiores. De este modo la eventual inconstitucionalidad surgiría por la omisión de la consulta en sí misma considerada, no por el contenido material de la ley. Se estaría en tal hipótesis ante la vulneración de un derecho, que como se verá, ha sido catalogado por la jurisprudencia como fundamental, pero sin que resulte claro de qué forma esa omisión puede configurarse como un vicio de inconstitucionalidad de la ley. [...]

Un nuevo interrogante, sin embargo, surgiría en relación con la omisión de la consulta cuando el legislador no haya desarrollado la materia. Es evidente que esa ausencia de previsión normativa en torno a las condiciones de procedencia y a los mecanismos para hacer efectivo el deber de consulta, no puede dejar sin sanción jurídica en el ámbito interno una omisión frente al deber de consulta que desconozca el derecho que, de acuerdo con la Constitución, tienen las comunidades a que dicha consulta se lleve a cabo.

En ese escenario sería forzoso concluir que, de acuerdo con la jurisprudencia, la omisión de la consulta afecta la materialidad misma de la ley, porque, independientemente del sentido y alcance de sus disposiciones, existe una carencia en las mismas, porque no son portadoras del valor que les conferiría el hecho de haber sido consultadas con las comunidades afectadas de manera previa a su adopción.

4.2.2.2.3. Resta por establecer cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta.

Podría señalarse, en primer lugar, que tal como se dijo por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, en esta materia existe un compromiso internacional muy amplio del Estado colombiano, cuyo desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control a través de las correspondientes instancias internacionales.

Sin embargo en la medida en que, como se ha dicho por la jurisprudencia constitucional, las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta allí previsto ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica, la omisión de la consulta en aquellos casos en los que la misma resulte

imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque como se señaló en precedencia, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley.

En ese evento, sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, **en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas** (énfasis añadido por DPLF).

5.1. [...] En este caso, no obstante el carácter general de la ley –no dirigida a regular especialmente, en aplicación del Convenio 169 de la OIT, la situación de las comunidades indígenas y tribales–, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones recaen sobre un objeto –el bosque– que tiene particular relevancia para las mismas y guarda una íntima e indisoluble relación con su modo de vida.

5.2. De los antecedentes de la ley que obran en el expediente puede concluirse sin mayor dificultad que en relación con la Ley 1021 de 2006 no se surtió la consulta a los pueblos indígenas y tribales en los términos del Convenio 169 de la OIT²⁷⁵. Hubo, si,

²⁷⁵ La ausencia de consulta previa se aprecia en las intervenciones del Ministro de Agricultura durante el debate del proyecto de ley en el Congreso, y en las que manifestó que la misma no se requería porque bastaba con el amplio proceso de socialización que había recibido el proyecto; en las comunicaciones dirigidas por las organizaciones indígenas al Congreso en relación con la falta de consulta; en las constancias que en ese sentido dejaron algunos congresistas y, finalmente, en las

un proceso amplio de socialización que no satisface, sin embargo, los criterios fijados por la Corte Constitucional porque, no fue específico, no hay evidencia de que las comunidades hayan sido debidamente informadas y se les hayan puesto de presente los impactos que el proyecto podía significar para ellas, ni se generaron espacios de concertación.

Si bien es cierto que, como se ha señalado, existe un margen de flexibilidad en torno a la manera como debe hacerse efectiva la consulta, en la medida en que no existen desarrollos legislativos sobre la materia y que, inclusive, la exigencia de que la consulta sea previa, en materia de medidas legislativas no es absoluta en relación con el momento de presentación del proyecto de ley, no es menos cierto que un proyecto de la dimensión, la complejidad y las implicaciones del que pretenda regular de manera integral los asuntos forestales, exigía que, como condición previa a su radicación en el Congreso, el gobierno adelantara un ejercicio específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales, que permitiera hacer efectivo su derecho de participación. Dicho proceso habría permitido identificar dificultades, establecer las discrepancias relevantes en las aproximaciones, buscar alternativas, y, en todo caso, propiciar que el debate en el Congreso se enriqueciera con el aporte de posiciones previamente decantadas en las que, si bien no era imperativo el consenso, si permitirían apreciar con nitidez los aspectos que desde la perspectiva de las comunidades podrían resultar problemáticos.

Por esas razones, no son suficientes, ni las actividades de socialización general del proyecto, ni las medidas unilaterales orientadas a depurarlo de los aspectos que pudiesen considerarse críticos desde la perspectiva de las comunidades indígenas y tribales, sino que se requería un proceso de consulta que respondiera a los lineamientos del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, en las condiciones que se han decantado por la jurisprudencia constitucional.

COLOMBIA, *Sentencia C-461 de 2008, 14 de mayo de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)*:

6.1.1. El hecho de que se hayan incluido dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo proyectos o programas susceptibles de afectar directa y específicamente a los grupos indígenas del país sin que se haya realizado la consulta previa del proyecto de ley, o de los proyectos de obra, antes de su inclusión en este instrumento legislativo, constituye un vicio a la luz de la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia. Ahora bien, como se advirtió en la sentencia C-030 de 2008, este vicio impide declarar exequible la ley y exige que la Corte Constitucional valore las implicaciones del mismo a la luz de varios elementos como (i) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas, (ii) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de sus partes, (iii) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables del resto de la misma, y (iv) las decisiones u omisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas. Por lo tanto, **del vicio pueden derivarse efectos distintos, como la declaratoria de inconstitucionalidad total**

intervenciones gubernamentales en el presente proceso, cuyo punto de partida es, precisamente, la consideración l de que la consulta no se realizó debido a que, por la naturaleza de la ley, la misma no era necesaria.

o parcial de la ley, o un condicionamiento según la ponderación que haga la Corte. Se recuerda nuevamente, a este respecto, la doctrina plasmada en la sentencia C-030 de 2008, en virtud de la cual *“sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas”*.

6.1.2. Ahora bien, considera la Sala Plena que en el presente proceso es posible, en aplicación del principio de conservación del derecho, proteger los valores y derechos constitucionales afectados por la inclusión en la Ley del Plan de disposiciones cuya consulta previa era obligatoria y se omitió, sin necesidad de recurrir a una declaratoria de inexecutable de toda la ley ni de todos los artículos de sus partes general y específica. Es procedente en este caso declarar que la Ley 1151 de 2007 es executable, siempre y cuando se entienda que **se suspenderá la ejecución de los proyectos –y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales– incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia.**

La determinación de cuáles son los proyectos o programas incluidos dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que deben agotar el requisito de consulta previa [con] los pueblos indígenas, es una responsabilidad del Gobierno Nacional, por ser el respectivo proyecto de ley de su iniciativa. Sin embargo, en relación con los proyectos concretos respecto de los cuales se considere que no han cumplido con dicha condición –al estar de por medio la protección de derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas y de sus miembros individualmente considerados–, se encuentra abierta en cada caso la vía de la acción de tutela, en el evento en que las comunidades indígenas, después de haber solicitado la realización de la consulta previa, invocando la presente sentencia, reciban una respuesta negativa. Si un proyecto específico ya fue sometido a una consulta previa que haya respetado las pautas trazadas en las normas aplicables y en la jurisprudencia constitucional, no será necesario realizar una nueva consulta. No obstante, si la consulta no respetó tales pautas, debe efectuarse una nueva cumpliendo el Convenio 169 de la OIT así como las exigencias jurisprudenciales encaminadas a asegurar que la consulta sea efectiva.

6.2. La secuencia de actuaciones a realizar en este sentido es la siguiente:

6.2.1. Cada comunidad étnica, indígena o afrodescendiente, habrá de identificar el o los proyecto(s) que la afecta(n) en forma directa y específica, y que haya(n) carecido del trámite de consulta previa antes de su inclusión en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo o de su iniciación efectiva, o en relación con el(los) cual(es) se haya realizado un proceso de consulta incompleto o no respetuoso de las condiciones constitucionales.

6.2.2. Al no haberse realizado la consulta previa, o haberse realizado en forma incompleta o sin cumplir con los requisitos de efectividad resumidos en el apartado 6.3. de esta sentencia, el grupo étnico afectado solicitará su realización ante las autoridades competentes, de manera clara y específica, precisando las razones fácticas que sustentan su petición.

6.2.3. Una vez presentada debidamente la petición, la responsabilidad de realizar la consulta previa con cumplimiento pleno de la totalidad de las condiciones constitucionales recae sobre las autoridades competentes, y la ejecución del proyecto correspondiente quedará suspendida hasta la realización de tal consulta previa.

6.2.4. Si el Gobierno se niega a realizar la consulta previa, o ésta se lleva a cabo sin el lleno de las condiciones constitucionales, podrá recurrirse a la acción de tutela e invocarse la presente sentencia para proteger el derecho fundamental del grupo étnico afectado[, par]a que dicha consulta se realice.

COLOMBIA, Sentencia C-175 de 2009, 18 de marzo de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva):

15. [...] Conforme a lo expuesto, se tiene que **la omisión del deber de consulta previa es un vicio de inconstitucionalidad que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen.** A partir de la necesidad de preservar correlativamente el derecho fundamental a la consulta a las comunidades indígenas y afrodescendientes y el principio de conservación del derecho legislado, la Corte ha considerado que si bien el incumplimiento del deber de consulta lleva *prima facie* a la inexequibilidad de la norma acusada, esta circunstancia debe evaluarse a la luz del grado de mayor o menor generalidad de la medida legislativa y el grado de incidencia de los contenidos de la disposición en los intereses que atañen a las comunidades indígenas y tribales.

Sobre este tópico, la sentencia C-461/08, que constituye el precedente más reciente de este Tribunal respecto del contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, identificó un grupo de criterios para adelantar la evaluación mencionada. Para la Corte, **la determinación de las consecuencias de la omisión del deber de consulta previa debe[n] valorarse teniendo en cuenta (i) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas y afrodescendientes; (ii) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las partes; (iii) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma; y (iv) las decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.** El análisis de estos factores permitirá a la Corte adoptar decisiones

que involucren la declaratoria de inexecutable total o parcial de la disposición, o el condicionamiento de la misma, a fin de establecer mecanismos que mantengan el precepto dentro del ordenamiento y que, a su vez, otorguen eficacia al derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades tradicionales.

35. Ante el incumplimiento del deber de consulta previa durante el trámite que antecedió a la discusión y aprobación del EDR²⁷⁶, debe la Corte ocuparse de la consecuencia, desde la perspectiva constitucional, de dicha omisión. Al respecto, en el fundamento jurídico 15 se expuso como la pretermisión del deber de consulta previa llevaba, en principio, a la declaratoria de inexecutable de las normas acusadas. Sin embargo, esta no es la única opción posible de decisión por parte de la Corte, pues resulta necesario evaluar el grado de afectación que tenga la medida legislativa, habida consideración que sólo aquellas normas que incidan directamente en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes están sometidas al requisito de consulta, conforme lo prevé el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT. Así, deberá determinarse en el caso concreto el contenido general de la ley y los contenidos específicos que prevé en relación con las comunidades tradicionales; la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las partes; la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma; y las decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

De acuerdo con el contenido normativo propuesto por el Estatuto de Desarrollo Rural, la Corte observa que contiene disposiciones dirigidas todas ellas a crear un nuevo régimen para el uso y aprovechamiento de la tierra rural. [...] Igualmente, señala procedimientos destinados a regular la promoción de proyectos productivos a través de herramientas técnicas y tecnológicas, el uso de la propiedad rural y la distribución de tierras con fines de reforma agraria, bien sea mediante procedimientos administrativos o de naturaleza judicial (p.e. prescripción agraria, extinción de dominio de bienes rurales). Finalmente, como tuvo oportunidad de explicarse en apartado anterior, el EDR consagra normas que tienen como destinatarios expresos a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

36. Esta consideración es importante, puesto que permite concluir a la Corte que la Ley 1152/07 regula una materia que tiene principal importancia para las comunidades indígenas y afrodescendientes, como es la relación entre sus miembros y la tierra. A este respecto, en el fundamento jurídico 24 de esta sentencia se demostró cómo el territorio

es uno de los aspectos que definen la identidad de las citadas comunidades, al punto que las normas de derecho internacional contenidas en el Convenio 169 de la OIT establecen reglas particulares y concretas para la concertación entre los Estados y los pueblos indígenas y tribales, en cuanto a la adopción de medidas legislativas relacionadas con el papel de esas comunidades en los programas agrarios nacionales.

Conforme lo anterior, es evidente que las normas del EDR tienen una relación intrínseca y directa con los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes, el

²⁷⁶ Nota de edición: La Corte Constitucional se refiere al Estatuto de Desarrollo Rural.

cual no se agota en las disposiciones que hacen referencias expresas a estos pueblos, sino que se extiende a la totalidad del texto de la Ley 1152/07, norma que desde su inicio ha sido concebida como un régimen integral y sistemático sobre el uso y aprovechamiento de los territorios rurales, razón por la cual dicha materia tiene uno (sic) efecto transversal en todo el ordenamiento legal objeto de análisis. Esta materia, como se ha insistido a lo largo de esta providencia, está vinculada al núcleo de la definición de la identidad diferenciada de las citadas comunidades. **En consecuencia, la norma acusada resulta inexecutable en su integridad, habida cuenta (i) la comprobación fáctica acerca del incumplimiento del deber de consulta previa; y (ii) el hecho que el EDR constituya un régimen integral y sistemático sobre el desarrollo, uso y aprovechamiento del territorio rural, asunto que, a su vez, resulta determinante para la definición de la identidad de las minorías étnicas** (énfasis añadido por DPLF).

COLOMBIA, Sentencia C-063 de 2010, 4 de febrero de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto):

3.2.3. La importancia de la Consulta determina a su vez las consecuencias de obviar dicho proceso o, incluso, de realizarlo de forma incompleta, fuera de oportunidad o de manera parcial. En estos casos no es un procedimiento vacío, sin sentido ni repercusión sustancial el que se ha obviado. Su indebida realización o su absoluta omisión traerán consecuencias constitucionales y, sobre todo, iusfundamentales dentro del proceso de determinación de la política pública estatal o de la toma de decisión por parte de la administración, por cuanto se estaría dejando de lado la concreción de principios fundamentales en el actuar de un Estado fundado en la toma de decisiones mediante procedimientos democráticos que, por tanto, posibiliten una participación que garantice la inclusión de los distintos grupos culturales que integran la sociedad, honrando de esta forma el principio de diversidad cultural. [...]

No otra es la razón para que **la ausencia de Consulta o su realización deficiente origine i. la vulneración de un derecho fundamental que impida la aplicación de la medida respecto de la comunidad indígena directamente afectada; ii. o la declaratoria de inexecutable de la disposición si se está en el escenario de un control abstracto de constitucionalidad; iii. o la exequibilidad condicionada a que dicha medida, en cuanto omitió el deber de consulta, no pueda ser aplicada a las comunidades indígenas que se verían directamente afectadas por sus efectos.**

En conclusión, será cada caso el que determine la consecuencia que deba adoptarse al momento de llevarse a cabo la protección de un derecho fundamental en concreto –sede de acción de tutela– o en desarrollo del examen de exequibilidad de una disposición –sede de acción pública de inconstitucionalidad–²⁷⁷.

COLOMBIA, Sentencia C-366 de 2011, 11 de mayo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva):

15. Por último, la Sala señala cómo la jurisprudencia ha definido las consecuencias de la pretermisión del procedimiento de consulta previa, en las condiciones antes previstas y

²⁷⁷ En este sentido sentencias C-030, C-461 de 2008 y C-175 de 2009.

cuando este resulta exigible. Se parte de considerar que la consulta previa es un derecho constitucional de las comunidades diferenciadas, por lo que su omisión injustificada tiene como consecuencia la vulneración de ese derecho. Verificada la vulneración, se predicen efectos sustanciales para la política correspondiente. Para el caso puntual de las medidas legislativas, la afectación del derecho contrae (i) la declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial, de la normatividad correspondiente, al oponerse al derecho de consulta previa; o, cuando ello resulte posible (ii) la exequibilidad condicionada del precepto, que privilegie una interpretación que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas.

A este respecto, en la sentencia C-461/08 la Corte previó un grupo de criterios que sirven de guía para determinar las consecuencias de la omisión de la consulta, en los términos antes planteados. Así, para decidir sobre la exequibilidad condicionada o la declaratoria de inconstitucionalidad, deberán evaluarse aspectos relativos a (i) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas y afrodescendientes; (ii) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las partes que la componen; (iii) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma; y (iv) las decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

40.1. Para resolver este asunto, debe partirse de reiterar que los distintos contenidos de la Ley 1382/10 tienen por objeto modificar o adicionar reglas del Código de Minas que son aplicables a las actividades de exploración y explotación minera en los territorios de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En ese sentido, las disposiciones de esa normatividad logran su incidencia directa en los pueblos étnicos, puesto que tratan sobre aspectos regulatorios del aprovechamiento de los recursos naturales no renovables en las zonas en que se asientan, asuntos que tienen una especial relación con la salvaguarda y la definición de la identidad diferenciada de dichos pueblos.

Además, el carácter extenso y detallado de la reforma al Código de Minas contenida en la Ley 1382/10 se explica en que el hecho que, lejos de tratarse de un ajuste puntual a ese Código, en realidad conforma una modificación profunda y sistemática, con uniformidad de criterio y destinada a reformular la regulación minera, con el fin de lograr un grupo definido de objetivos, descritos en el fundamento jurídico 34 de esta sentencia. En ese sentido, teniéndose en cuenta que (i) todas las normas contenidas en la Ley 1382/10 son susceptibles de ser aplicadas en los territorios indígenas y afrodescendientes; (ii) estas normas están articuladas sistemáticamente para la reformulación del concepto mismo de actividad minera en el país; y; (iii) la explotación de los recursos mineros es un aspecto crucial en la protección de su diversidad étnica y cultural, no es viable desagregar de la norma acusada aquellos preceptos que afectan o no a los pueblos étnicos. Esta circunstancia descarta, de suyo, la posibilidad de la inexequibilidad parcial de la normativa acusada.

Igualmente, tampoco resulta válida una fórmula de condicionamiento de la constitucionalidad de la Ley 1382/10, en el sentido que su exequibilidad dependa de la exclusión en su aplicación a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello debido a que tal alternativa genera un déficit de protección de los derechos de los pueblos étni-

cos, puesto que carecerían de regulación legal frente a la protección de sus intereses, en el marco del aprovechamiento minero en sus territorios. [...]

De otro lado, también debe la Corte aclarar que lo expuesto no se contrapone a lo señalado por la jurisprudencia constitucional, en sentido que las normas legales que son de aplicación general para toda la población, entre ellas las comunidades indígenas y afrodescendientes, no son objeto de consulta previa. En efecto, la aplicación de esta regla parte de suponer que la legislación correspondiente afecta, con el mismo grado de intensidad, a todos los habitantes. Sin embargo, se ha demostrado en este fallo que el aprovechamiento de recursos naturales en el territorio ancestral es un tópico definitivo en lo que respecta al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de dichas comunidades. En ese sentido, no se está ante una preceptiva legal de aplicación uniforme, sino ante una normatividad que regula aspectos críticos para la identidad diferenciada de los pueblos étnicos. [...]

41. Con base en las anteriores premisas fácticas y jurídicas, y ante la evidencia sobre la omisión del deber de consulta previa de la Ley 1382 de 2010, la Corte declarará la inexequibilidad de esa normatividad.

2. En caso de medidas administrativas

Según la jurisprudencia estudiada e incluida en esta parte, la ausencia de consulta previa antes de la adopción de medidas administrativas genera consecuencias de varios tipos: i) da lugar a la orden de suspensión de los proyectos hasta tanto no se cumpla con el derecho a la consulta previa, ii) da lugar a que se dejen sin efecto resoluciones administrativas con base en las cuales se había permitido la realización de los proyectos, iii) procede la acción de amparo para reclamar por la omisión del proceso de consulta previa, habida cuenta del carácter fundamental de este derecho.

CHILE, *Sentencia Rol N° 11.040-2011, Corte Suprema, 30 de marzo de 2012:*

DÉCIMO: Que tal proceder deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas.

Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, lo que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas.

UNDÉCIMO: Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación del proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta”, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de ocho de noviembre de dos mil once, escrita a fojas 147 y, en consecuencia, **se acoge** el recurso de protección presentado en lo principal de fojas 22, declarándose que se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 81/2011 de 29 de agosto de 2011 de la Comisión de Evaluación I Región de Tarapacá, por lo que el proyecto “Sondajes de Prospección Paguanta” deberá someterse a un Estudio de Impacto Ambiental, cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 se rija por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

CHILE, *Sentencia Rol N° 2211-2012, Corte Suprema, 26 de abril de 2012*, por medio de la cual se confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 618-2011 de 17 de febrero de 2012, la cual sostuvo:

UNDÉCIMO: Que según se ha venido razonando y de acuerdo a la transcripción de la Resolución Exenta 049 con relación al reasentamiento de las comunidades humanas o alteración significativa de sistema de vida o costumbres de grupos humanos, el proyecto sólo consideró tres familias de crianceros, además de una persona que pertenece a una de estas familias y “que tiene su majada propia”, por lo que es lógico deducir que los integrantes de la Comunidad Agrícola y especialmente las cuarenta y tres personas individualizadas en la parte expositiva –según certificados de fs. 418 a 460 que acreditan sus calidades de indígena– le es aplicable la normativa nacional e internacional ya referida, debiendo el estudio de impacto ambiental de proyecto El Morro considerarlos específicamente [...].

[...] Este desconocimiento se ha mantenido en el informe reseñado de la recurrida en cuanto se acepta que la comunidad agrícola fue escuchada en diversas reuniones pero sus integrantes no fueron considerados como indígenas, como tampoco existe en el proyecto, en todo su desarrollo, una audiencia específica en cuanto a sus necesidades, perjuicios que le ocasionarán, planes de mitigación y las indemnizaciones correspondientes, de manera que surge indefectiblemente la ilegalidad que afecta al derecho de propiedad que ostentan estos comuneros respecto de un vasto terreno de aproximadamente 395.000 hectáreas y que se encuentra inscrito en el Conservador de Bienes Raíces de Vallenar, denominado Estancia Los Huasco Altinos, ocupado por la comunidad integrada por aproximadamente doscientos sesenta comuneros y sus respectivas familias, quienes descienden de las comunidades Diaguitas que desde tiempos precolombinos han habitado el territorio, lo que está reconocido en la legislación nacional según se ha venido razonando, de manera que desconocer su existencia, en términos de sujetos activos para las acciones de mitigación, reasentamiento e indemnizaciones, constituye una ilegalidad que representa una amenaza concreta a su derecho de propiedad [...].

DUOD[É]CIMO: [...] **SE ACOGE**, sin costas, el recurso de protección interpuesto por Fernando Campusano Villches por sí y en representación de la Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos en contra de la Resolución Exenta N° 049 del catorce de marzo de dos mil once, dictada por la Comisión de Evaluación de la Región de Atacama que califica favorablemente el proyecto “Estudio de Impacto Ambiental Proyecto El Morro”, el que **se deja sin efecto** mientras no se complemente y se corrija el apartado relacionado

a los efectos, características y circunstancias señaladas en la letra c) del artículo 11 de la Ley 19.300 relativo al reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de sistema de vida o costumbres de grupos humanos (fs. 390) (énfasis añadido por DPLF).

COLOMBIA, Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla):

4. [...] iii) Finalmente, en cuanto a la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta, esta corporación precisó que el desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control, a través de las correspondientes instancias internacionales.

Sin embargo, como el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integra a la Constitución y que, específicamente, “*ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica*”, la omisión de la consulta en aquellos asuntos en los que la misma resulte imperativa a la luz del Convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

Así, este derecho de consulta es susceptible del amparo constitucional, por cuya vía las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

6.2. [...] iii) En cuanto a la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber y al derecho de consulta, esta corporación precisó que es susceptible del amparo constitucional, por medio del cual las comunidades nativas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas, y que se disponga la adecuada realización de las deliberaciones que sean necesarias.

En este caso, es claro que grupos originarios del territorio afectado no fueron debidamente consultados, ni hubo participación directa de la comunidad frente a la decisión de explorar y explotar su territorio para desarrollar el proyecto minero, mucho menos bajo qué condiciones, por lo cual dichas comunidades no tuvieron la oportunidad de definir sus propias prioridades.

Ante la consideración de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, acerca de que “*el origen de estas actividades de naturaleza minera deviene de la administración pública*”, por lo cual existe otro medio de defensa, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, es necesario expresar que el objeto del debate en este caso es la consulta previa, que no se realizó de manera completa ni adecuada, por lo cual se ven afectados derechos fundamentales de quienes acudieron a la tutela y sus comunidades, además de otearse daños irreversibles a un hábitat de inmensa riqueza biológica, de reconocida fragilidad, exigiéndose que la protección sea inmediata, de donde resulta evidente que esta acción es la única vía idónea y expedita²⁷⁸.

²⁷⁸ En la precitada sentencia C-030 de 2008, se lee: “*La Corte ha sostenido que el derecho constitucional*

6.3. [...] En consecuencia, ordenará al Ministro del Interior y de Justicia que se rehagan los trámites que precedieron al acta de formalización de consulta previa, haciéndola extensiva a todas las colectividades que resultaren afectadas por el proyecto Mandé Norte, teniendo en cuenta que dichas comunidades deberán ser plenamente informadas, desde la preconsulta hasta la finalización del acuerdo. Entre tanto, se deberá suspender la exploración y explotación que se esté adelantando.

Igualmente, se ordenará al Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que antes de que se rehaga y extienda la consulta previa con todas las comunidades interesadas en el desarrollo del proyecto de exploración y explotación minera Mandé Norte, culmine los estudios científicos integrales y de fondo sobre el impacto ambiental que tal desarrollo pueda producir, difundiendo ampliamente los resultados entre las comunidades indígenas y afrodescendientes que puedan ser afectadas y evitando que se emitan licencias ambientales para la ejecución de proyectos de exploración y explotación que afecten la biodiversidad.

Además, se ordenará de manera específica a INGEOMINAS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que se abstenga de otorgar o suspenda, según el caso, las licencias de exploración y explotación minera en el proyecto Mandé Norte, hasta que no finalicen a cabalidad los estudios sobre el impacto ambiental y se realice la consulta previa de manera adecuada, por las razones y en los términos de esta sentencia.

Finalmente, se ordenará a la Defensoría del Pueblo apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. [...]

RESUELVE:

Tercero: En consecuencia, **ORDENAR** a todas las autoridades accionadas, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, hagan **SUSPENDER** las actividades de exploración y explotación que se estén adelantando o se vayan a adelantar, en desarrollo del contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno y otros minerales, en los departamentos de Antioquia y Chocó.

COLOMBIA, *Sentencia T-129 de 2011, 3 de marzo de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)*:

6.1.2. [...] [L]a Corte, salvo por razones de inmediatez o ante la circunstancia de encontrar elementos de juicio que permitan dilucidar que la consulta previa sí se efectuó, **ha ordenado mayoritariamente ante la gravedad de las problemáticas estudiadas la suspensión de los proyectos u obras que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantice el derecho a la consulta previa.** Del mismo modo, recientemente se ha ordenado la búsqueda del

a la consulta previa debe ser interpretado de manera armónica con las provisiones del Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991), el cual hace parte del bloque de constitucionalidad”.

consentimiento libre, previo e informado. Además, se han adoptado otras medidas como la indemnización y reparación de las comunidades afectadas cuando el daño ha sido ocasionado o cuando se advierte la potencialidad del mismo.

PANAMÁ, *Sentencia de 6 de diciembre de 2000, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo*:

De otro lado, es necesario destacar a estos propósitos que de la somera lectura de la Resolución Administrativa censurada, no emergen hasta este momento pruebas que acrediten que el Estudio de Impacto Ambiental que se aprobó, en efecto, tomó en consideración algunas de las exigencias y previsiones consagradas en la Ley 41 de 1 de julio de 1998 (Ley General de Ambiente) principalmente aquellas que guardan relación con la participación y aquiescencia que es preciso obtener de las comunidades indígenas en los casos en que se adelanten proyectos que deban desarrollarse en áreas ocupadas por dichos grupos étnicos y que impliquen, como acontece en el caso que nos ocupa, significativos traslados o desplazamientos poblacionales de sus Comarcas y reservas por virtud de la inundación de las áreas comprendidas en los trabajos (Cfr. artículos 63, 99 y 102 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998). [...]

Teniendo como marco referencial las precedentes consideraciones, esta Corporación ha ponderado detenida y responsablemente las sensitivas cuestiones involucradas en la controversia sometida a su consideración, y fundado en ello **estima que del examen preliminar de las constancias incorporadas hasta este momento, así como los apreciables impactos ecológicos, sociales y culturales que se derivarán de la puesta en marcha del Proyecto Hidroeléctrico TABASARA II se advierte la presencia de circunstancias inaplazables que justifican adoptar con carácter de urgencia la Suspensión Provisional solicitada, a fin de preservar la integridad del orden jurídico y la tutela del medio ambiente al igual que las formas de vida, tradiciones y costumbres de las comunidades indígenas que se verán directa e irreversiblemente afectadas con el citado proyecto.**

O. DERECHO AL CONSENTIMIENTO

Según las normas internacionales vigentes²⁷⁹, el consentimiento está configurado como la finalidad de los procesos de consulta previa y no como un derecho en sí mismo. La jurisprudencia constitucional revisada va en el mismo sentido: sostener que el consentimiento, como regla general, es el fin al que debe estar orientada la consulta y no un derecho autónomo de los pueblos indígenas.

Sin perjuicio de lo anterior, las normas internacionales vigentes sobre los derechos de los pueblos indígenas permiten identificar **algunas circunstancias donde la obtención del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas es obligatoria, de**

²⁷⁹ Convenio 169 de la OIT, art. 6 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 19 y 32.

manera que constituye un verdadero derecho de los pueblos indígenas²⁸⁰. Estas circunstancias son las siguientes:

- Cuando un proyecto implique el desplazamiento por la fuerza, el traslado de las tierras que ocupan o la reubicación de los pueblos indígenas²⁸¹.
- Cuando se pretenda el depósito, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas²⁸².

Por su parte, los órganos que han interpretado las normas internacionales que regulan la materia han mencionado que el deber de consultar es insuficiente y por tanto se requiere obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, en los siguientes casos:

- Cuando se trate de la ejecución de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que generen un **impacto mayor** en el territorio de un pueblo indígena²⁸³.
- Cuando se trate de proyectos, especialmente de extracción de recursos naturales en tierras de pueblos indígenas, que podrían tener una **repercusión social o cultural importante** en las vidas de los respectivos pueblos²⁸⁴.

Sobre la primera de las dos anteriores situaciones, la Corte Interamericana ha considerado que dependiendo del nivel de impacto de la actividad que se propone realizar en el territorio indígena, el Estado estará obligado a obtener el consentimiento previo, libre e informado. En el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte resaltó que “[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”²⁸⁵.

²⁸⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 334.


²⁸¹ Convenio 169 de la OIT, art. 16.2 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 10.

²⁸² Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 29.

²⁸³ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr.135.

²⁸⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 84. Al respecto, ver también la sentencia T-769 de 2009 de 29 de octubre de 2009, en la que la Corte Constitucional de Colombia cita las observaciones finales del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre Ecuador, en las que dicho comité afirma que cuando se trata de la explotación de recursos naturales del subsuelo que se encuentren en territorio de los pueblos indígenas, la consulta previa no es suficiente sino que se requiere el consentimiento de dichos pueblos.

²⁸⁵ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr.134.



Según las normas internacionales vigentes, el consentimiento está configurado como la finalidad de los procesos de consulta previa y no como un derecho en sí mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, las normas internacionales vigentes sobre los derechos de los pueblos indígenas permiten identificar algunas circunstancias donde la obtención del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas es obligatoria, de manera que constituye un verdadero derecho de los pueblos indígenas.

En esa misma sentencia, la Corte citó al Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, para mencionar algunas situaciones en las que se puede hablar de mayores impactos o impactos profundos generados por proyectos a gran escala:

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos (sic) son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden [1] la pérdida de territorios y tierra tradicional, [2] el desalojo, [3] la migración y [4] el posible reasentamiento, [5] agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, [6] la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, [7] la desorganización social y comunitaria, [8] los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, [9] abuso y violencia (numeración agregada por DPLF)²⁸⁶.


A las dos situaciones mencionadas, en las cuales la consulta es insuficiente y el consentimiento se torna obligatorio, se agrega una presunción establecida por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Al respecto, el Relator Especial ha afirmado que existe una presunción sólida de que se debe obtener el consentimiento de los indígenas cuando los proyectos tienen “efectos directos y considerables” sobre la vida de los pueblos: “la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas”²⁸⁷.

También es preciso tener en cuenta que los pueblos indígenas pueden abstenerse justificadamente de otorgar su consentimiento a la realización de un proyecto, que no debería ponerse en práctica sin dicho consentimiento, cuando “el Estado no ha demostrado que los derechos de los pueblos indígenas afectados estarán debidamente protegidos en virtud del proyecto propuesto, o si el Estado no ha adoptado las medidas adecuadas para mitigar los efectos adversos del proyecto propuesto”²⁸⁸.

²⁸⁶ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 135.

²⁸⁷ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 83 y Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 47.

²⁸⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 86.



El Relator Especial ha afirmado que existe una presunción sólida de que se debe obtener el consentimiento de los indígenas cuando los proyectos tienen “efectos directos y considerables” sobre la vida de los pueblos.

1. Aspectos generales

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional 2003/2010-R, 25 de octubre 2010*:

III.5. [...] La consulta referida debe ser desarrollada con la finalidad de lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado. Ahora bien, cabe aclarar que **este consentimiento se constituye en una finalidad de la consulta, pero no un derecho en sí mismo, salvo en las dos situaciones previstas tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**: 1. Traslados de las tierras que ocupan y su reubicación (arts. 16.2 del Convenio 169 y 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas); y, 2. Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29 de la Declaración).

A los dos supuestos anotados, debe añadirse un tercero, que fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, en el que reconoció el derecho al consentimiento cuando “(...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis”. [...]

Conforme a lo anotado, para implementar los proyectos de los tres supuestos antes señalados, se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, lo que significa que en dichos casos los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto; en los demás casos cuando la consulta se desarrolla de buena fe, con métodos e información apropiada, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la elaboración del proyecto, debiendo el Estado actuar bajo márgenes de razonabilidad, sujeto a normas, principios y valores contenidos en la Constitución Política del Estado, entre ellos el principio de legalidad y la prohibición de arbitrariedad; respetando los derechos de las comunidades originarias, evitando impactos nocivos a su hábitat y modus vivendi (énfasis añadido por DPLF).

COLOMBIA, *Sentencia T-129 de 2011, 3 de marzo de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)*:

En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas: [...]

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado.

2. Consentimiento y veto

Reiterados pronunciamientos judiciales de tribunales nacionales han coincidido en señalar, en el mismo sentido de las normas internacionales, que la consulta previa tiene como finalidad lograr el consentimiento de las comunidades al momento de adoptar una decisión que

tiene como consecuencia la afectación directa de los derechos de los pueblos indígenas. Este aspecto de la regulación de la consulta previa ha generado fuertes discusiones y diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales. Algunos consideran que el consentimiento es esencial para la toma de la decisión, mientras que otros señalan que la obtención del consentimiento es la finalidad del deber de consultar y en tal virtud constituye una obligación de medio y no de resultado. En torno a este debate es posible identificar la existencia de otros elementos y variables para argumentar en favor de una y otra posición. Por ejemplo, quienes consideran que en ninguna circunstancia el consentimiento es obligatorio para la adopción de una medida, acuden a conceptos como los de la soberanía política y territorial de los Estados, para concluir que nadie distinto a los poderes constituyentes y constituidos tiene competencia para impedir la posibilidad de adoptar una decisión estatal. Y aquellos que argumentan que el consentimiento es un elemento esencial del deber de consultar, invocan la diversidad étnica y el derecho a la subsistencia y conservación de las minorías étnicas como las razones que deben primar en la adopción de una decisión legislativa o administrativa.

Por otra parte, pero relacionado con el consentimiento y el veto, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha hecho un llamado a que el debate no gire en torno a si los pueblos indígenas tienen un poder de veto que les permita detener los proyectos de desarrollo, habida cuenta que un debate formulado en estos términos desconoce el espíritu de las normas internacionales sobre consulta y consentimiento²⁸⁹. En efecto, las disposiciones sobre consulta y consentimiento están orientadas a “evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra”, para que se procure llegar a un entendimiento mutuo y a decisiones por consenso²⁹⁰. En este sentido, resaltó que la regulación sobre consulta y los principios que se han atribuido a ella han surgido “para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia [y que] los principios de consulta y consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público”²⁹¹.

En el mismo sentido del derecho internacional de los pueblos indígenas, las cortes nacionales han afirmado que no existe un derecho a veto en cabeza de dichos pueblos y que cuando no se logra un acuerdo o no es posible el consenso, el Estado conserva el derecho de adoptar la medida, sujeto a requisitos de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad.

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional 0045/2006, 2 de junio de 2006*:

II.5.4. Respecto a lo dispuesto por las normas del art. 115 de la LH, se debe expresar que su texto refleja la adopción por parte de la Ley de Hidrocarburos del derecho a la consulta

²⁸⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 48.

²⁹⁰ *Ibidem*, párr. 49.

²⁹¹ *Ídem*.

establecido por el art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT; no obstante, al establecer que dicha consulta tiene por objeto, además de determinar la afectación a los intereses de los pueblos indígenas o campesinos, lograr su consentimiento, se margina de lo dispuesto por el bloque de constitucionalidad, pues como ya fue analizado, el referido art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT, no tiene ese objeto, máxime cuando, como ya fue expuesto, los hidrocarburos son de propiedad del Estado; por tanto, ninguna persona, parcialidad o grupo de personas puede oponerse a la explotación de las riquezas hidrocarburíferas, lo que no implica que se prive de derechos a los grupos afectados por dicha explotación, pues producto de la consulta sobre la afectación que sufrirán deberán recibir una indemnización equitativa, que debe establecerse para cada caso, conforme dispone el art. 116 de la LH.

De otro lado, respecto al carácter obligatorio de la consulta, dicho mandato puede tener dos acepciones, siendo la una constitucional y la otra no; así, la primera de ellas impone el deber ineludible para el estado de consultar a los pueblos indígenas sobre el perjuicio que pueden sufrir por la actividad hidrocarburífera, lo que es concordante con el mandato supralegal; empero, lo dispuesto por el art. 115 de la LH, dándole valor obligatorio al resultado de la consulta como una autorización, es una segunda comprensión de obligatoriedad, dirigida a otorgar autoridad a la consulta y valor vinculante para el Estado el consentimiento del pueblo indígena para desarrollar actividad hidrocarburífera, lo que excede la previsión del bloque de constitucionalidad, que como ya fue dicho, no tiene la intención de frenar la explotación de la riqueza del subsuelo que pertenece al Estado; por tanto, dicha obligatoriedad debe ser entendida en el sentido de que la consulta es un deber ineludible del Estado; por ello la frase que dispone: “o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios”, resulta inconstitucional, y así debe ser declarada.

COLOMBIA, *Sentencia SU-383 de 2003, 13 de mayo de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)*:

7.2. [...] Cabe precisar que el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo.

Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizada para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios.

Oportunidad que debe ser utilizada para que dichos pueblos y autoridades conozcan la posición de las mayorías nacionales, en torno de las medidas consultadas, y participen activamente en ellas, usando canales apropiados y, en consecuencia, propiciando un acercamiento.

COLOMBIA, Sentencia C-175 de 2009, 18 de marzo de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva):

13. [...] De esta manera, decisiones anteriores de este Tribunal han previsto que **el deber de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales no constituye un poder de veto en contra de la implementación de medidas legislativas por parte del Estado**²⁹². La protección del derecho fundamental a la consulta, entonces, se circunscribe al ejercicio de acciones dirigidas a obtener el consenso o la concertación. Sin embargo, cuando luego de agotado un procedimiento previamente definido, con pretensión de incidencia en la medida a adoptar y llevado a cabo bajo los postulados de la buena fe, las comunidades tradicionales no prestan su consentimiento, no por ello el Estado se ve inhabilitado para proferir la medida legislativa. Con todo, esa política deberá contar con los instrumentos necesarios para salvaguardar los derechos e intereses relacionados con la identidad diferenciada de dichos pueblos, a fin de preservar la diversidad étnica y cultural protegida por la Constitución. [...]

16.2. 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.

16.8. 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 omnimoda, sino que debe (i) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; (ii) fundarse en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad

²⁹² Al respecto, la sentencia SU-383/03 indicó: “Cabe precisar que el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo. || Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizada para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios. || Oportunidad que debe ser utilizada para que dichos pueblos y autoridades conozcan la posición de las mayorías nacionales, en torno de las medidas consultadas, y participen activamente en ellas, usando canales apropiados y, en consecuencia, propiciando un acercamiento”.

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.

PERÚ, *Sentencia STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010:*

24. **De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad [de] impedir que tales medidas se lleven a cabo.** Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. **Lo que pretende la norma es institucionalizar el di[á]logo intercultural** (énfasis añadido por DPLF).

25. En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona.

37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. **No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta** (énfasis añadido por DPLF).

PERÚ, *Sentencia STC N.º 00025-2009-PI/TC, 17 de marzo de 2011:*

21. Como todo derecho constitucional, el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N.º 37]: (a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo; (b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y (c) el

derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta, lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto” (énfasis añadido por DPLF).

PERÚ, *Sentencia STC N° 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010:*

60. f) El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta importa: i) el acceso a la consulta; ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. **En tal sentido, no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, ni la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta** (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 37) (énfasis añadido por DPLF).

3. Proyectos a gran escala

Los proyectos a gran escala, por los impactos que generan, constituyen una de las situaciones en que la consulta previa no es suficiente. Esta circunstancia, en la práctica, implica que existe un derecho de los pueblos indígenas a oponerse efectivamente al proyecto, en la medida en que si el pueblo no otorga el consentimiento, el proyecto respectivo no puede realizarse. En virtud de lo anterior y siguiendo los estándares establecidos por la Corte Interamericana, en reciente jurisprudencia, la Corte Constitucional colombiana afirmó que el consentimiento libre, previo e informado adquiere la condición de derecho, en los casos de proyectos a gran escala donde la supervivencia de los pueblos se ve amenazada. Habida cuenta del grave nivel de afectación que estos proyectos traen consigo, las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes.

En la misma línea del llamado realizado por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (ver, en este mismo digesto, el capítulo III.O.2), en el sentido que el debate no debe recaer en si existe o no veto, la jurisprudencia colombiana ha afirmado que el centro del debate en estas materias no puede centrarse en definir quién tiene derecho a vetar a quien.

COLOMBIA, *Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla):*

5. [...] Adicionalmente, al resolver el caso Saramaka la Corte Interamericana anotó que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”. Y realzó que existe diferencia entre “consulta” y “consentimiento”.

Así, en un estudio que realizó el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, se estableció: “Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender,

*mucho menos anticipar. Los efectos principales... comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración y, en algunos casos, abuso y violencia*²⁹³.

En consecuencia, el Relator determinó que “*es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo*”²⁹⁴.

De manera similar, otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales²⁹⁵.

Finalizó la Corte Interamericana puntualizando: “*Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el ‘nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión’. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones*”.

Frente a lo anterior, 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

²⁹³ ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, p. 2.

²⁹⁴ ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, párr. 66.

²⁹⁵ El CEDR ha anotado que “*en cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomienda que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades*” (no está en negrilla en el texto original). Cfr. Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003), ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

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 (énfasis añadido por DPLF).

COLOMBIA, *Sentencia T-129 de 2011, 3 de marzo de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)*:

7. 1. [...] [E]l consentimiento hace parte estructural del Convenio 169 de 1989 de la OIT, motivo por el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al estudiar el caso Saramaka contra Surinam, desarrolló la importancia de esta prerrogativa de las comunidades indígenas²⁹⁶. Ello se apoyó en pronunciamientos del Relator Especial de la ONU para la protección de derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, al igual que de distintos organismos y organizaciones internacionales que han señalado la necesidad de adicionar a la mera consulta el consentimiento previo, libre e informado. Así, los Estados y las entidades obligadas e interesadas en la protección de los derechos indígenas deberán buscar el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión que tengan impacto en sus territorios. [...]

[...] [D]e un lado está la consulta previa veto (que estaría dentro de los términos de la Convención pero que genera todo tipo de resistencia) y la consulta previa mera información (que no estaría conforme con la Convención y que con frecuencia es empleada para aparentar un cumplimiento de dicho instrumento). Conforme a lo expuesto, para la Corte el criterio que permite conciliar estos extremos depende del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades.

Por ello, todo proceso deberá cualificarse conforme a las características propias de cada caso concreto ya que lo que está de por medio no es sólo la expectativa de recibir ciertos beneficios económicos por un proyecto económico, sino entender y reconocer que lo que

²⁹⁶ En el referido caso la CIDH revisó la problemática derivada de la construcción de una represa hidroeléctrica que en la década de los sesenta que (sic) inundó territorios tradicionales de los Saramakas. Ante los efectos continuos asociados por la obra representantes de la comunidad étnica que hace parte del Estado de Surinam, expusieron que dicha intervención desconoció: la falta de consentimiento del pueblo Saramaka para dicha construcción; algunas sumas de dinero respecto de la cantidad del área inundada y la cantidad de Saramakas desplazados del área; la indemnización que se les otorgó a aquellos que fueron desplazados; la falta de acceso a la electricidad en los llamados pueblos de “transmigración”; el doloroso efecto que tuvo la construcción respecto de la comunidad; la reducción en los recursos de subsistencia del pueblo Saramaka; la destrucción de los sitios sagrados Saramaka; la falta de respeto hacia los restos enterrados de las personas Saramaka fallecidas; el impacto ambiental causado por las empresas extranjeras a las que se les ha otorgado concesiones mineras en el área, y el plan del Estado de incrementar el nivel de la reserva para aumentar los suministros de energía, que presuntamente causaría el desplazamiento forzoso de más Saramakas, lo cual ha sido objeto de un reclamo presentado por los Saramaka ante las autoridades internas en el año 2003.

está en juego es el presente y futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene derecho a auto-determinarse y defender su existencia física y cultural, por “absurdas o exóticas” que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida.

En este punto, la Corte resalta la necesidad de que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias, oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma.

[...] [N]o se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, **si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser** (énfasis añadido por DPLF).

Lo anterior como manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.

Ahora, en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de las comunidades étnicas en la construcción de la misma, y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.

En lo relativo a este punto, el principio de interpretación *pro homine* impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. [...]

Concatenado con lo anterior, subyace la necesidad de responder la pregunta relativa a sí el consentimiento sólo se debe buscar en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala. Para la Sala la respuesta es negativa. Conforme a esta providencia toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas.



Capítulo IV

Derecho a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales

Tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas protegen el derecho a la propiedad de las tierras y territorios indígenas. El Convenio establece el deber de los Estados de reconocerles los derechos a la propiedad y a la posesión de las tierras que tradicionalmente han ocupado y de garantizar su efectiva protección²⁹⁷. Por su parte, la Declaración señala que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido, y derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen, ocupan o utilizan de manera tradicional, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma²⁹⁸.

El derecho y la jurisprudencia internacionales han configurado lo que podría denominarse un régimen de protección de la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas. En primer lugar, los conceptos de propiedad y posesión propios de los indígenas difieren del concepto tradicional de propiedad privada, en la medida en que los primeros tienen una dimensión colectiva, “en el sentido de que la pertenencia de [la propiedad] no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”²⁹⁹. Para los pueblos indígenas la propiedad comunitaria es indispensable para garantizar su supervivencia como pueblos³⁰⁰.

Adicionalmente, la protección adecuada del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas exige a los Estados “respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio”³⁰¹. La relación tan estrecha que mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica, habida cuenta que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”³⁰². Los Estados deben, en consecuencia, reconocer y proteger los sistemas de tenencia tradicionales de los pueblos indígenas.

²⁹⁷ Convenio 169 de la OIT, art. 14.

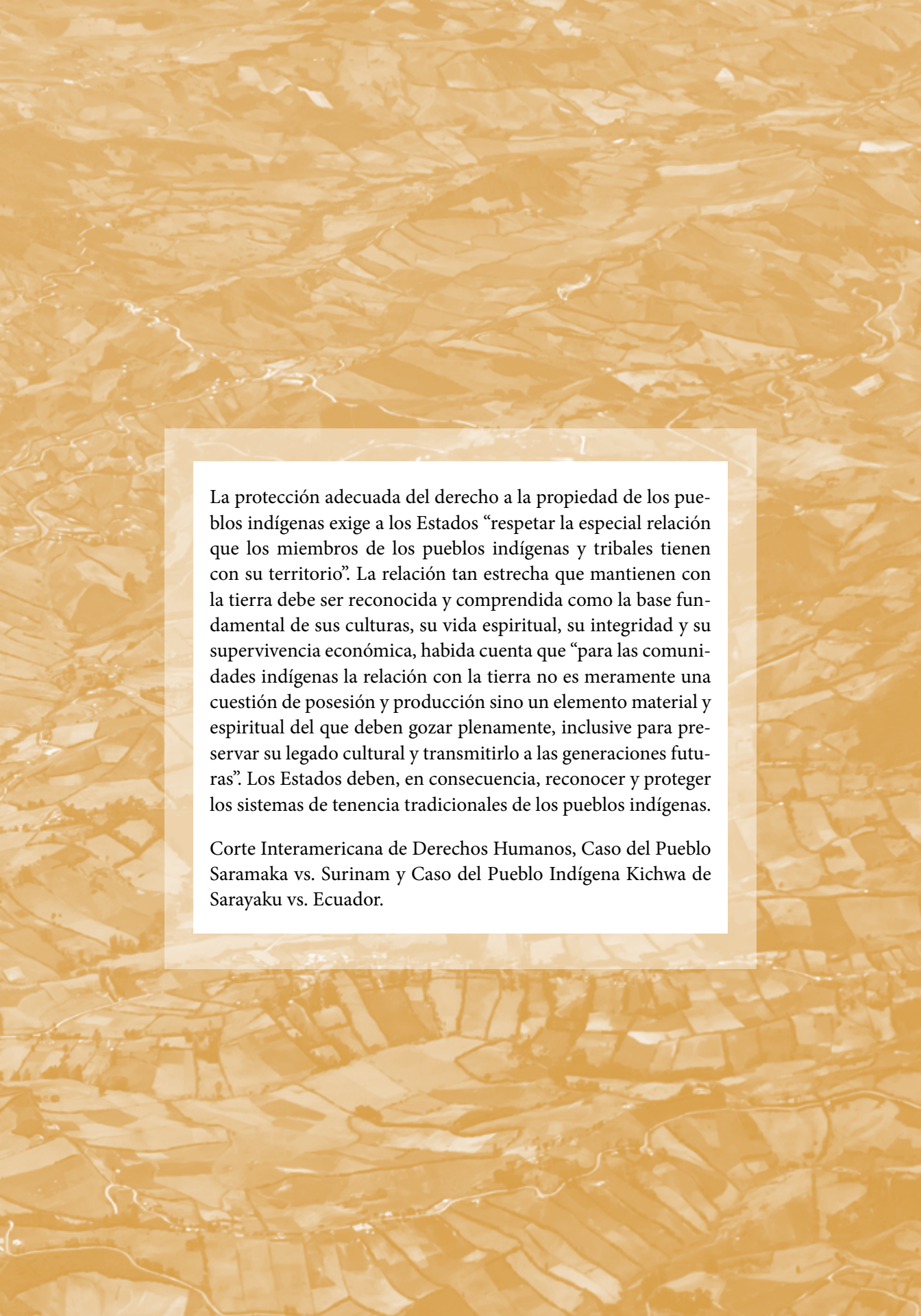
²⁹⁸ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 26.

²⁹⁹ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172, párr. 89; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 149 y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 145.

³⁰⁰ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párrs. 146 y 212.

³⁰¹ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172, párr. 91 y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 212.

³⁰² Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No 79, párr. 149. En este mismo sentido, ver: Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 212.



La protección adecuada del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas exige a los Estados “respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio”. La relación tan estrecha que mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica, habida cuenta que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Los Estados deben, en consecuencia, reconocer y proteger los sistemas de tenencia tradicionales de los pueblos indígenas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam y Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.

La protección del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe salvaguardar también “la estrecha vinculación [que estos tienen] sobre sus territorios tradicionales, y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos”³⁰³.

El derecho a la propiedad de las tierras y los territorios no puede desvincularse de la cuestión del acceso a los recursos naturales que tradicionalmente han usado las comunidades indígenas. Estos recursos son componentes vitales e integrales de sus tierras y territorios, pues son necesarios para la supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida. En esa medida, los recursos naturales ligados a sus culturas son de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y como tales deben ser protegidos. Al respecto, la Corte ha dicho que “el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida”³⁰⁴.

De conformidad con el derecho y la jurisprudencia internacional vigentes, para garantizar la efectiva protección del derecho a la propiedad de las tierras y los territorios que los pueblos indígenas han ocupado, poseído o utilizado tradicionalmente, los Estados deben, por lo menos, cumplir los siguientes deberes:

- respetar y proteger el derecho que tienen los pueblos indígenas de mantener y fortalecer la relación espiritual que tienen con sus tierras, territorios y recursos naturales como aguas y mares costeros³⁰⁵;
- reconocer y adjudicar jurídicamente las tierras y territorios que los pueblos indígenas han usado tradicionalmente. Este reconocimiento debe respetar las leyes, costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia y transferencia propios de los pueblos indígenas³⁰⁶;
- adoptar medidas para impedir toda desposesión o enajenación de las tierras, territorios o recursos de los pueblos indígenas así como para evitar todo traslado forzado³⁰⁷;
- tener en cuenta que todo traslado de población requiere el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados³⁰⁸;
- realizar consultas previas, libres e informadas, con el fin de obtener el consentimiento de los pueblos, antes de iniciar cualquier tipo de proyecto en las tierras y territorios indígenas³⁰⁹;

³⁰³ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 137 y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 145.

³⁰⁴ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 146.

³⁰⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 25.

³⁰⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 27.

³⁰⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 8.2.

³⁰⁸ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 10.

³⁰⁹ Convenio 169 de la OIT, art. 6 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 19 y 32.

- tomar todas las medidas necesarias para mitigar los impactos sobre el medio ambiente y sobre los sitios sagrados y culturales de los pueblos indígenas. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que antes de otorgar concesiones los Estados deben supervisar la realización de estudios de impacto ambiental y social, por entidades independientes y técnicas, de conformidad con los estándares internacionales y las buenas prácticas existentes; dichos estudios deben incluir el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos³¹⁰;
- asegurar el derecho de los pueblos indígenas a conservar y proteger la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos³¹¹;
- proteger especialmente los recursos naturales existentes en las tierras y territorios de los pueblos indígenas y la capacidad productiva de las tierras, territorios y recursos naturales, lo que implica respetar el derecho que tienen estos pueblos a participar en el uso, administración y conservación de dichos recursos, así como a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos³¹²;
- tener en cuenta que aunque los recursos del subsuelo existentes en las tierras de los pueblos indígenas sean de propiedad del Estado, los pueblos tienen derecho a ser consultados antes de autorizar o emprender la prospección o explotación de dichos recursos; asimismo, tienen derecho a participar en los beneficios de tales actividades³¹³;
- abstenerse de otorgar permisos o concesiones para realizar proyectos de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el uso y goce de las tierras y territorios de los pueblos indígenas y tribales si no se cuenta con el consentimiento libre, previo e informado de dichos pueblos³¹⁴ y
- asegurar la restitución o reparación justa cuando los pueblos indígenas hayan perdido sus tierras y territorios debido a procesos de desarrollo nacional o cuando sus tierras y territorios hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento previo, libre e informado³¹⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, tales como las que se derivan de las concesiones para la realización de proyectos de explotación de recursos naturales, deben asegurar que:

³¹⁰ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172, párr. 129 y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párrs. 205 y 206.

³¹¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 29.1.

³¹² Convenio 169 de la OIT, art. 15 y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 29 y 32.

³¹³ Convenio 169 de la OIT, art. 15.2.

³¹⁴ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172, párr. 134.

³¹⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 20.2 y 28.

- las situaciones en que puede restringirse o limitarse el uso y goce de las tierras, territorios y recursos naturales estén previamente consagradas en una ley;
- la restricción o limitación en el ejercicio del derecho a la propiedad sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales tenga por finalidad el logro de un objetivo legítimo;
- la restricción o limitación sea necesaria para el logro de dicho objetivo;
- la restricción impuesta sobre el ejercicio del derecho a la propiedad comunitaria sea proporcional al logro del objetivo propuesto;
- la limitación del ejercicio del derecho no implique la denegación de la subsistencia como pueblo³¹⁶.

Para asegurar que la limitación o restricción en el ejercicio del derecho al uso y goce de la tierra y el territorio no implique la denegación de la subsistencia como pueblo, los Estados deben:

- asegurar un proceso adecuado y participativo que **garantice el derecho a la consulta** de los pueblos indígenas, según sus usos y costumbres, en la decisión de dar un determinado uso a las tierras, territorios y recursos de los pueblos, como llevar a cabo planes de desarrollo, inversión, exploración o extracción en su territorio;
- **compartir razonablemente los beneficios** que se produzcan con la explotación de los recursos naturales o con el plan o proyecto que se va a ejecutar en sus territorios;
- garantizar que no se autorizará ninguna concesión en su territorio antes de que entidades independientes y técnicamente capaces realicen un **estudio previo de impacto social y ambiental**³¹⁷.

Según el razonamiento de la Corte Interamericana, el cumplimiento de estas garantías permite preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen los miembros de los pueblos indígenas con su territorio, y en particular con sus recursos naturales, lo que a su vez garantiza su subsistencia como pueblo³¹⁸.

Las sentencias que se exponen en este capítulo reflejan la influencia del derecho internacional de los pueblos indígenas en el derecho interno de los Estados. Las sentencias seleccionadas incorporan las normas y las decisiones producidas en los ámbitos de la OIT, la OEA y la ONU, y las utilizan como fuente para argumentar y sustentar sus fallos.

³¹⁶ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172, párr.128 y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 156.

³¹⁷ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 157 y Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172, párrs. 128, 129 y 130.

³¹⁸ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 157 y Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172, párr. 129.

La jurisprudencia incluida en esta parte refleja una adhesión casi total de los tribunales y cortes nacionales a los principios, normas y desarrollos recientes del derecho internacional.

A. CARACTERÍSTICAS DE LA PROPIEDAD COMUNAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En decisiones judiciales que van más allá de los estándares internacionales, los tribunales de Nicaragua, Bolivia y Colombia han señalado que la propiedad de los indígenas tiene las características de indivisible, imprescriptible, inalienable e inembargable, lo que determina que no puedan ser donadas, vendidas ni sometidas al pago de impuestos.

NICARAGUA, *Sentencia No. 123 de 2000, 13 de junio de 2000*:

III. De lo expuesto resulta que el Estado a través de los preceptos Constitucionales señalados, mantiene, reconoce y garantiza la propiedad comunal como sistema o forma de tenencia, dominio y titularidad de las tierras dentro de las comunidades de la Costa Atlántica. Constituyen tales preceptos toda una garantía constitucional que tienen como origen la existencia de un mecanismo por medio del cual se mantenga y garantice la tenencia y dominio de las comunidades sobre sus tierras para el uso, goce y disfrute de las mismas. – **La característica principal de la propiedad comunal y que la diferencia de las formas convencionales de la propiedad, es que las tierras pertenecen en común y colectivamente a las comunidades indígenas, las que tienen como origen de su tenencia y dominio el uso, goce y disfrute de sus antepasados. – Esta forma o sistema de propiedad comunal origina la idea de propiedad indivisible y trae como consecuencia el hecho innegable de lo que le pase a uno le pasa a todos y lo que le pasa a todos afecta a todos y a cada uno de ellos** razón por la cual esta Sala considera viable y admisible el recurso interpuesto y procede a conocer el fondo del mismo. – (énfasis añadido por DPLF).

IV. [...] –Además de los preceptos Constitucionales anteriormente señalados y que como ya dijimos constituyen toda una garantía para mantener y preservar el sistema de propiedad comunal en beneficio de las comunidades indígenas[, e]l Arto. 36 del Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica conocida como la ley 28, publicada en La Gaceta del treinta de Octubre de mil novecientos ochenta y siete dice en las partes que nos interesa: **“la propiedad comunal la constituyen las tierras, aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las comunidades de la Costa Atlántica y están sujetas a las siguientes disposiciones: 1) las tierras comunales son inajenables, no pueden ser donadas, vendidas, embargadas, ni gravadas y son imprescriptibles”**. – La anterior disposición sirve de indicativo para determinar el grado de protección que se le brinda a la propiedad comunal y el interés connotado del Estado al darle a dicha protección rango constitucional con la finalidad de preservar el sistema comunal de sus tierras y el de mantener y desarrollar la identidad y cultura de nuestro pueblo Indígena. – Ante tales garantías tenemos que concluir que cualquier acto atentatorio o perturbatorio dirigido contra la propiedad comunal es totalmente

desafortunado y violatorio de las garantías que nuestra Constitución consagra en sus artículos 5, 89, 130, 180, y 183.

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional 2003/2010-R, 25 de octubre 2010*:

III. 6. [...] **los pueblos indígena originario campesinos, tienen derecho a las tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido, a controlar dichas tierras y territorios y a que el Estado garantice el reconocimiento de las mismas.** Conforme a ello, el Pueblo Guaraní Itika Guasu –y cualquier comunidad indígena originaria campesina– tiene derecho a su territorio y a conocer, participar o como mínimo a que se le consulte previamente sobre los proyectos –en este caso Convenios– que podrían afectar su territorio [...].

COLOMBIA, *Sentencia T-235 de 2011, 31 de marzo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)*:

2.3. En relación con el derecho fundamental al territorio colectivo (o a la propiedad colectiva del territorio), este encuentra fundamento en la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT –incorporado al orden interno con rango de norma constitucional en virtud del artículo 93 de la Constitución Política³¹⁹–, que consagran esa prerrogativa en cabeza de los pueblos tribales y aborígenes.

El derecho a la propiedad colectiva de la tierra o al territorio colectivo se desprende, en el orden interno, del artículo 329 Superior³²⁰, que atribuye el carácter de propiedad colectiva al territorio de los resguardos, en armonía con el artículo 58³²¹ que ordena

³¹⁹ Sobre la incorporación del Convenio 169 al bloque de constitucionalidad, ver, entre otras, las sentencias T-704 de 2006 y C-030 de 2008.

³²⁰ Constitución Política. 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 (...)*”.

³²¹ Constitución Política. Artículo 58: “*Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. || La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. || El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad*”. Si bien el artículo no se refiere específicamente a la propiedad colectiva del territorio, la Corte aceptó en sentencia de unificación SU-510 de 1998 que, aparte de sus atributos específicos, el citado derecho comparte las prerrogativas inherentes de la propiedad privada: “*La Corte no ha dudado en reconocer, con base en las declaraciones constitucionales e internacionales respectivas, que la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ejercen sobre sus resguardos y territorios tiene el carácter de derecho fundamental, no sólo porque tales territorios constituyen su principal medio de subsistencia sino, también, porque forman parte de su cosmovisión y religiosidad. En tanto propietarias de sus territorios, las comunidades indígenas son titulares de todas las prerrogativas que el artículo 669 del Código Civil otorga a los titulares del derecho de propiedad, lo cual apareja el deber de los terceros de respetar el anotado derecho*”. SU-510 de 1998.

proteger todas las formas de propiedad; y el artículo 63 constitucional³²², que atribuye a los citados territorios las cualidades de *inembargables, inalienables e imprescriptibles*³²³. [...]

3. Las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son el carácter *imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio*; y la consideración de la ancestralidad como “*título*” de propiedad³²⁴. Además, la Corte Constitucional ha enfatizado que el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto de *ámbito cultural* de la comunidad; al respecto, en sentencia T-617 de 2010, explicó la Sala Novena:

“(...) el factor territorial [de la jurisdicción especial indígena] debe entenderse en armonía con la idea de *ámbito territorial de la comunidad*, definida por la Corte Constitucional en otras providencias, de acuerdo con el cual el territorio es el lugar en donde se desarrolla la vida social de la comunidad indígena: “*Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura*”³²⁵.

(...) es importante resaltar que el *ámbito territorial de una comunidad* es el espacio donde se ejercen la mayor parte de los derechos de autonomía de las comunidades indígenas; que la titularidad de ese territorio, de acuerdo con jurisprudencia de la Corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³²⁶, deriva de la posesión ancestral por parte de las comunidades y no de un reconocimiento

³²² Constitución Política. 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*”.

³²³ Al respecto, prescribe el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT: “1. *Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*”.

Véase también, T- 282 de 2011.

³²⁴ Se utiliza el término “*título*” entre comillas porque no es del todo posible categorizar la propiedad del territorio colectivo con un vocablo propio del derecho civil de corte romano; en realidad, los atributos del territorio colectivo se derivan de ese *continuum* entre cultura, autonomía y territorio que ha sido puesto de presente en los apartes jurisprudenciales citados.

³²⁵ Sentencia T-634 de 1999.

³²⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-703 de 2008, T-955 de 2003, T-013 de 2009, T-514 de 2009; Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125*, y *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tigni (sic) v. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001*, entre otros.

estatal; y que, de conformidad con el fallo citado, el territorio debe considerarse tanto desde el punto de vista físico-geográfico como desde el punto de vista cultural, lo que implica que, excepcionalmente, puede tener un efecto expansivo, lo que ocurriría cuando una conducta punible ocurre por fuera del espacio físico que demarca el territorio colectivo, pero puede ser remitida a él en virtud de sus connotaciones culturales³²⁷³²⁸.

PERÚ, *Sentencia STC 01126-2011-HC/TC*, 11 de septiembre de 2012:

22. Y si bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88° y 89° de la Constitución], sin recoger el concepto de “territorio” de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13 que la utilización del término “tierras” debe incluir el concepto de “territorios”. La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas.

B. LA PROPIEDAD COLECTIVA COMO ELEMENTO INDISPENSABLE PARA GARANTIZAR LA SUPERVIVENCIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En el mismo sentido y de la mano del derecho internacional de los pueblos indígenas, las sentencias incluidas en esta parte afirman que la propiedad colectiva es indispensable para asegurar la supervivencia de los pueblos indígenas. Para la jurisprudencia constitucional, especialmente de Colombia, el carácter colectivo de la propiedad es un elemento esencial en el que se funda la protección de la tierra, los territorios y los recursos naturales de los pueblos indígenas y, por esta vía, su subsistencia y supervivencia física y cultural.

COLOMBIA, *Sentencia C-180 de 2005*, 1 de marzo de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto):

4. [...] [E]sta Corporación en reiteradas ocasiones ha reconocido el derecho fundamental de los grupos étnicos a la propiedad colectiva, como elemento indispensable para garantizar su supervivencia, dada la estrecha relación existente entre la comunidad y su territorio, lo que no ha sucedido en el caso de los trabajadores agrícolas ni siquiera en los casos en que se trata de sujetos que gozan de especial protección constitucional.

³²⁷ Sobre el tema, es también relevante la sentencia T-945 de 2007, en el que la Corte aclaró que la jurisdicción especial indígena podría conocer casos en los que se encuentren involucradas instituciones de la comunidad, aunque su sede se encuentre por fuera de los linderos del territorio colectivo.

³²⁸ Cfr. Sentencia T-617 de 2010 y T-514 de 2009.

COLOMBIA, Sentencia T-154 de 2009, 12 de marzo de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla):

3. [...] **El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios que ellos habitan reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales,** que es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso³²⁹, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no solo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho de las comunidades indígenas sobre su territorio.

COLOMBIA, Sentencia T-129 de 2011, 3 de marzo de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio):

3. [...] Así mismo, es pertinente tener en cuenta la forma como la jurisprudencia constitucional ha advertido sobre el respeto del territorio en materia indígena. En la **Sentencia T-252 de 1998**, la Corte puntualizó que la propiedad colectiva “sobre los territorios indígenas reviste la mayor importancia dentro del esquema constitucional, pues resulta ser esencial para la preservación de las culturas y valores espirituales de los pueblos que dentro de ellos se han asentado durante siglos”.

[...]

En virtud de lo expuesto, es pertinente concluir que la Constitución brinda a las comunidades étnicas una protección especial sobre las costumbres, la autonomía y el territorio, salvaguarda que no sólo se extiende y termina en la norma, sino que debe ser prestada de forma efectiva por las autoridades. Desconocer dichas garantías pondría en peligro la identidad de los pueblos étnicos y llevaría a destruir la independencia que las caracteriza, con notorio daño para la conservación y adecuado desarrollo de sus culturas y creencias. **Así, si la propiedad colectiva sobre el territorio étnico es un derecho del pueblo respectivo, la regla correlativa es el respeto y defensa por parte de todos los organismos del Estado y por supuesto de los particulares.**

COLOMBIA, Sentencia T-235 de 2011, 31 de marzo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva):

2.3. [...]

Así, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido el carácter fundamental del territorio colectivo en estos términos:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso³³⁰, donde se resalta la especial relación de las

³²⁹ Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989.

³³⁰ Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra[,] 1989.

comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.

Sin este derecho los anteriores [identidad cultural y autonomía] son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat³³¹.

Lo anterior permite ratificar el **carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos** sobre sus territorios³³².

C. LA RELACIÓN ESPECIAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS CON SUS TERRITORIOS

Las decisiones judiciales que se presentan a continuación se refieren a la relación especial y estrecha de los pueblos indígenas con sus territorios, mencionada amplia y reiteradamente en el ámbito internacional. Las decisiones de los tribunales y cortes constitucionales de Colombia, Ecuador y Perú siguen en este aspecto muy de cerca los desarrollos internacionales, en particular, la jurisprudencia interamericana, y los aplican e incorporan en el derecho interno sin mayores variaciones.

COLOMBIA, Sentencia C-891 de 2002, 22 de octubre de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería):

13. En efecto, la noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que **los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo**³³³.

Al respecto se torna ilustrativo el concepto rendido por el antropólogo Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum dentro del proceso entablado entre la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingini (sic) y el Estado de Nicaragua, sometido a decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dijo entonces el antropólogo:

“Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demues-

³³¹ Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Étnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No. 67. Pág. 18.

³³² Sentencia T-188 de 1993.

³³³ Ver la sentencia T-188 de 1993, en la cual la Corte resaltó la importancia de los territorios indígenas para la cultura y los valores espirituales de dichos pueblos.

tran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos.

La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores, etc. El vínculo con la tierra es esencial para su auto-identificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos”.

En el mencionado caso, en sentencia del 31 de agosto de 2001, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:

“Entres los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

Por su parte, el Instituto Humboldt ha resaltado el estrecho vínculo que une a las comunidades indígenas y al territorio en que éstas habitan, el cual atiende a una concepción comprensiva que incluye en una misma dimensión a los seres humanos y al mundo natural que los rodea:

“Las cosmovisiones de los grupos étnicos y comunidades locales tradicionales muestran una naturaleza altamente simbolizada y un alto sentido de pertenencia a un territorio y a una comunidad humana. En ellas se observa, entre muchos otros aspectos que:

– La socialización de la naturaleza y la naturalización de la vida social son dos fenómenos recurrentes en el pensamiento indígena. Muchas veces la naturaleza se explica mediante categorías sociales y en ocasiones lo social se explica mediante categorías tomadas de la naturaleza (...).

– No se puede separar el pensamiento y la tradición y el dominio que tiene la comunidad sobre un recurso biológico, del recurso mismo. Por ejemplo, no es fácil separar la yuca, como un recurso vital para los Sikuani, de su saber y su propia historia, ni se podrían escindir los conocimientos que los campesinos de los Andes tienen sobre

el cultivo de variedades de papa, maíz y hortalizas, de su vida cultural y de sus tradiciones.

*Entre los pueblos indígenas estas concepciones se expresan principalmente en conjuntos mitológicos, sistemas religiosos y chamánicos y un conjunto de regulaciones internas relativas, entre otras, al manejo del medio ambiente, los sistemas de producción e intercambio y los sistemas que cada pueblo utiliza para procurarse la salud y prevenir las enfermedades*³³⁴.

14. En este orden de ideas, es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “constituyen un legado que une –como un todo– la generación presente y a las generaciones del futuro”³³⁵.

COLOMBIA, Sentencia SU-383 de 2003, 13 de mayo de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis):

5.1. [...] El reconocimiento de la entidad territorial indígena es una de las previsiones que la Constitución Política destina para proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

Entidad ésta que no se define en la Carta, pero que es dable considerar como una división político administrativa, habitada por pueblos indígenas o tribales, que bajo el gobierno de sus autoridades asume las funciones y ejerce los derechos que le asigna la Constitución y la Ley –artículos 1º, 2º, 286, 287, 286 y 356 C.P. –³³⁶.

Debe recordarse, además, que el ordenamiento constitucional asigna al legislador la delimitación del territorio, en el que se comprenden las entidades territoriales indígenas, tarea que hasta el momento no ha sido cumplida, de manera que tal delimitación deberá ser uno de los aspectos que las autoridades demandadas habrán de consultar, para efectos de adelantar la consulta definitiva que sobre el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, se ordena mediante esta providencia.

En este orden de ideas, cabe considerar que la concepción territorial de los pueblos indígenas y tribales no concuerda con la visión de ordenamiento espacial que maneja el resto de la nación colombiana, “*porque para el indígena, la territorialidad no se limita*

³³⁴ Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. “*Protección del Conocimiento Tradicional, Elementos Conceptuales para una Propuesta de Reglamentación –El Caso de Colombia–*”. Op.cit. Pg. 36.

³³⁵ *Ibidem*. Pg. 55.

³³⁶ El artículo 123 de la Ley 685 respecto del “*Territorio y Comunidad Indígenas*”, dispone: “*Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o constituyan*”.

*únicamente a una ocupación y apropiación del bosque y sus recursos, pues la trama de las relaciones sociales trasciende el nivel empírico y lleva a que las técnicas y estrategias de manejo del medio ambiente no se puedan entender sin los aspectos simbólicos a los que están asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce*³³⁷.

ECUADOR, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, Casos N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 19 de marzo de 2010:

7. ¿Cuáles son los alcances y contenidos de los conceptos de territorio para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a la luz de la Constitución y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos?

[...] en opinión de esta Corte, de acuerdo con el nuevo texto constitucional, conviven los derechos del individuo como tal y el derecho de la colectividad a ser diferente y a contar con el soporte obligado del Estado para respetar tal diferencia.

En ese sentido, es importante destacar que **para los pueblos indígenas el arraigo hacia su territorio adquiere una connotación especial** que difiere de la tradicional interpretación del territorio como mera propiedad asumida por la concepción occidental de los derechos, en donde exclusivamente se tornan justiciables en la medida en que garantizan otro derecho, como por ejemplo, la propiedad privada³³⁸.

PERÚ, Sentencia STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010:

46. De tal manera, **frente a un caso relativo a territorio indígena, no pueden aplicarse criterios propios de un contexto urbano, dejando a un lado la costumbre de los pueblos indígenas**, puesto que ello devendría en una posible vulneración del derecho fundamental de tales pueblos y de sus integrantes. Esto se explica en parte por el tipo de relación existente entre los pueblos indígenas y el territorio ancestral en el que habitan. Es por ello que el artículo 14 del Convenio N.º 169, ordena tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

48. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en opinión que este Tribunal comparte, que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras” [Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párrafo 131]. De esta forma, se observa un concepto más amplio y diferente de los derechos

³³⁷ Carlos Eduardo Franky y Dany Mahecha, profesor de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Leticia, y Antropóloga de la Fundación Gaia Amazonas respectivamente, “La Territorialidad entre los pueblos de tradición nómada del noroeste amazónico colombiano” en Territorialidad Indígena y ordenamiento de la Amazonía, Universidad Nacional de Colombia, Fundación GAIA Amazonas, Bogotá 2000.

³³⁸ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, pág. 45.

territoriales, relacionado directamente con la supervivencia del pueblo indígena y “con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural” [párrafo 146].

49. Es también útil recordar que previamente a la sentencia referida, en la sentencia del Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, se subrayó la tradición comunitaria de la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas. Se indicó así que la “pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.” Se resaltó además que para los pueblos indígenas “la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” [párrafo 149].

D. DELIMITACIÓN Y TITULACIÓN DEL TERRITORIO

Las decisiones judiciales que se exponen a continuación siguen la jurisprudencia interamericana sobre delimitación y titulación de la propiedad comunitaria de las tierras indígenas. La Corte Interamericana, al respecto, ha reiterado las siguientes reglas:

- 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;
- 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;
- 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas;
- 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y
- 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o de obtener otras tierras de igual extensión y calidad³³⁹.

La jurisprudencia colombiana afirma, en idéntico sentido al de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la posesión tradicional de los pueblos indígenas hace surgir la obligación del Estado de otorgarles el título correspondiente o recuperar el territorio y entregárselos, cuando los pueblos hayan perdido la posesión; si el retorno no es posible,

³³⁹ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No 214, párr. 109.

surge entonces el deber de entregarles tierras que les permitan mantener sus tradiciones y su estilo de vida.

COLOMBIA, *Sentencia T-129 de 2011, 3 de marzo de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)*:

9.7.3. De las pruebas relacionadas con anterioridad, la Corte encuentra que la omisión del Estado a través de los distintos entes encargados de velar por la integridad no sólo de las comunidades étnicas implicadas sino de la protección del medio ambiente es evidente. Dichas circunstancias están abiertamente relacionadas con presencia de grupos armados y presencia de colonos en tierras baldías, entre otros factores. En virtud de lo referido, la Sala encuentra necesario que se asuma de forma pronta y razonable la solución integral de la problemática referida.

De este modo, como bien lo expuso la representante del Incodec, conforme al Decreto 2164 de 1995, que desarrolló 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, en el artículo 85 de la referida ley se establece:

“ARTÍCULO 85.- El Instituto estudiará las necesidades de tierras de las comunidades indígenas, para el efecto de dotarlas de las superficies indispensables que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo, y además llevará a cabo el estudio de los títulos que aquellas presenten con el fin de establecer la existencia legal de los resguardos.

Con tal objeto constituirá o ampliará resguardos de tierras y procederá al saneamiento de aquellos que estuvieren ocupados por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad”.

En el mismo sentido, según el citado decreto, le compete adelantar estudios socioeconómicos, jurídicos y de tenencia de tierras de las comunidades indígenas con el objeto de determinar los diferentes aspectos relacionados con la posesión, tenencia, propiedad, concentración, distribución y disponibilidad de las tierras. Al igual que el uso y aprovechamiento de las que estuvieren ocupando y el cumplimiento de la función social de la propiedad en las tierras de resguardo, conforme a los usos, costumbres y cultura de la respectiva comunidad; la calidad, condiciones agrológicas y uso de los suelos; el tamaño y distribución de la población, su situación socioeconómica y cultural; la infraestructura básica existente, la identificación de los principales problemas y la determinación cuantificada de las necesidades de tierras de las comunidades indígenas. Referencias que permiten al Instituto y demás entidades que integran el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, obtener una visión clara y precisa de un determinado territorio y de su población, para adoptar y adelantar los programas pertinentes³⁴⁰.

³⁴⁰ Confróntese el artículo 4 del Decreto 2164 de 1995.

Bajo el mismo espíritu, el artículo 5° del referido decreto contempla la procedencia del estudio socioeconómico, jurídico y de tenencia de tierras que se debe adelantar en los procedimientos de constitución, reestructuración y ampliación de resguardos indígenas. El cual especifica que cuando se trata de los procedimientos de ampliación o de saneamiento territorial de los resguardos y reservas indígenas y la conversión de éstas, se procederá a la actualización o complementación de los estudios en aquellos casos en que las necesidades o las conveniencias lo aconsejen³⁴¹.

A juicio de la Sala, atendiendo las recomendaciones de la comisión de expertos de la OIT y la información ampliamente ilustrada en cuanto el peligro de integridad en que se encuentran los resguardos de la etnia Embera Katío de Pescadito y Chidima y los ecosistemas de la zona, se puede concluir que es altamente necesario el estudio de la problemática estudiada por parte del Incoder y demás entidades competentes, en el que se adopten medidas conducentes y efectivas que contribuyan a materializar los derechos de las comunidades indígenas mencionadas, así como la forma más eficiente de proteger los recursos naturales y el medio ambiente en la zona.

9.7.4. En virtud de lo anterior, **la Corte ordenará al Incoder que dentro de los (8) días siguientes a la notificación de la presente providencia y en el término de 120 días** (tiempo que encuentra sustento en los artículos 10 a 14 del Decreto 2164 de 1995), **expida una resolución adecuadamente motivada en la que se determine si hay lugar o no al englobe o ampliación de los resguardos Pescadito y Chidima.** En dicho estudio se deberán contemplar las recomendaciones, razones y pruebas expuestas en esta providencia, sumadas a las que necesariamente serán oficiadas por la entidad y allegadas al proceso. De incumplir esta orden, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– incurrirá en la conducta prevista por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991³⁴² (énfasis añadido por DPLF).

³⁴¹ Confróntese el artículo 5 del Decreto 2164 de 1995.

³⁴² En la Sentencia T-188 de 1993, esta Corporación ya había dado una orden de este tipo ante la problemática presentada por miembros de la comunidad indígena Paso Ancho, asentada en la Vereda de Chicumbe, Municipio de Ortega, Departamento del Tolima, los cuales solicitaron que en un breve plazo se realizaran estudios socio-económicos y jurídicos tendientes a constituir sendos resguardos sobre el predio Chicumbe, ocupado por las comunidades de Paso Ancho y San Antonio, de manera que la mitad del área se destinase a los naturales de Paso Ancho. Los peticionarios sostenían que la omisión de la autoridad pública además de desconocer la ley en lo atinente a la constitución de resguardos, contribuía a la violación y amenaza de los derechos a la propiedad y a la vida de los integrantes de su comunidad ante la arremetida del grupo de San Antonio que a fuerza de amenazas pretendía desalojarlos del territorio.

En dicho caso la Corte ordenó: “**CONCEDER** la tutela solicitada y, en consecuencia, **ORDENAR** al Gerente Regional del Instituto de Reforma Agraria, INCORA, seccional Tolima, la realización de los estudios socioeconómicos y jurídicos tendientes a la constitución de uno o varios resguardos sobre el predio CHICUAMBE en la jurisdicción de Ortega, Tolima, dentro de los estrictos y precisos términos establecidos en la ley, el cual fuera entregado materialmente al Cabildo de la Comunidad de Paso Ancho”.

COLOMBIA, *Sentencia T-282 de 2011, 12 de abril de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)*:

5.2. En la sentencia “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay”³⁴³, o caso Sawhoyamaxa, en una situación similar a la de la comunidad Yakie Axa³⁴⁴, la Corte IDH analizó aspectos trascendentales del título de propiedad ancestral de la comunidad indígena, especialmente al indagarse si la posesión es un requisito para el reconocimiento del derecho al territorio colectivo. Al respecto, son pertinentes los siguientes apartes del fallo:

“127. En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la posesión de tierras indígenas en tres situaciones distintas. Por un lado, en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, el Tribunal señaló que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro³⁴⁵. Por otro lado, en el Caso de la Comunidad Moiwana, la Corte consideró que los miembros del pueblo N’djuka eran “los dueños legítimos de sus tierras tradicionales” aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros³⁴⁶. Finalmente, en el Caso Comunidad indígena Yakie Axa, el Tribunal consideró que los miembros de la Comunidad estaban facultados, incluso por derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y ordenó como medida de reparación que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita³⁴⁷.”

128. De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga

³⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

³⁴⁴ Se presenta una síntesis de los hechos del caso efectuada en el fundamento 73 de la sentencia citada: de acuerdo con la Corte IDH, la comunidad Sawhomayaxa (sic) es una expresión sedentarizada de los pueblos aborígenes que ancestralmente ocuparon la región del Chaco paraguayo, cuyas tierras fueron vendidas a comienzos del siglo XIX en la bolsa londinense y como pago de la deuda externa paraguaya. Posteriormente, sus tierras resultaron fraccionadas y ocupadas por diversos propietarios privados, impidiendo progresivamente el acceso de los pueblos aborígenes a sus tierras tradicionales y ocasionando cambios dramáticos en su forma de supervivencia, pasando de la pesca y la casa al trabajo asalariado. Al iniciar el proceso de recuperación de tierras, la comunidad de Sawhomayaxa (sic) agrupaba a varias aldeas indígenas dispersas en haciendas ganaderas al oeste del río Paraguay. El mayor asentamiento de la comunidad se formó con posterioridad a la iniciación del proceso de reivindicación de tierras cuando la mayoría de los miembros de la comunidad decidió salir de las estancias (o haciendas) en que se encontraban y ubicarse en una alambrada de la propiedad reivindicada, “en la ruta que une Pozo Colorado y Concepción”. El segundo mayor asentamiento, “Km. 16” se ubicó también en la carretera que une los citados lugares y, al parecer, existía al momento de iniciarse el proceso de reivindicación de tierras. “Un grupo minoritario de miembros de la comunidad continua[ba] viviendo dentro de las tierras demarcadas por varias estancias de los alrededores”.

³⁴⁵ Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 184, párr. 151.

³⁴⁶ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. párr. 134.

³⁴⁷ Cfr. *Caso Comunidad indígena Yakie Axa*, *supra* nota 1, párrs. 124 a 131.

el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto”.

De lo expuesto, cabe resaltar que la posesión ancestral de las tierras que habita la comunidad es un elemento importante para la titularidad del derecho al territorio colectivo. Sin embargo, cuando la comunidad pierde esa posesión por motivos ajenos a su voluntad (como por definición sucede en caso de desplazamiento forzado), el Estado mantiene la obligación de propender por la recuperación de su territorio; velar porque se haga efectivo el derecho al retorno; y, en caso de que este no sea posible, iniciar los trámites y adoptar las medidas necesarias para que la comunidad obtenga tierras aptas para mantener sus tradiciones y desarrollar su proyecto de vida buena (énfasis añadido por DPLF).

PERÚ, *Sentencia STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010:*

43. [...] Así, como elemento característico que configura la concepción de la tierra de los pueblos indígenas, debe observarse el artículo 13 del Convenio N.º 169 de la OIT que establece que los gobiernos deben respetar la importancia que las culturas y los valores de su relación con sus tierras o territorios. En el inciso 2, de dicho artículo se establece que la utilización del término “tierras” deberá incluir el concepto de “territorios”, esto, debido a la importancia que los pueblos indígenas le dan a los territorios en donde habitan, situación que no pasó inadvertida por el constituyente que estableció en el artículo 89 de la Constitución de 1993, la autonomía en el uso y la libre disposición de sus tierras, siendo la propiedad de estas imprescriptible, “salvo en el caso de abandono” previsto en el artículo 88.

44. Por lo expuesto, **es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa.** Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuáles son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas. La apertura económica del mercado pasa por brindar seguridad a los agentes a través de la información sobre las “reglas de juego” las que, en el fondo, no son más que la normativa dirigida a procurar el bien común, así como tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del imprescindible respeto por la lógica

de la economía social de mercado. Con ello se pretende alcanzar el difícil equilibrio entre inversión, justicia y progreso.

50. También es importante tener presente las posturas respecto a la relación existente entre la posición y la propiedad de los territorios de los pueblos indígenas. La Corte ha sintetizado su posición sobre este tema en la sentencia del Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamaya vs. Paraguay, concluyendo en su párrafo 128 lo siguiente:

“1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”.

PERÚ, *Sentencia STC N° 00024-2009-PI, 26 de julio de 2011*:

17. En ese sentido, el artículo 14 del Convenio N° 169 de la OIT prescribe el deber estatal de proteger los derechos de propiedad y posesión a través de la adopción de las medidas necesarias que permitan determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente.

20. Desde luego, el carácter especial y, al mismo tiempo, relacional del derecho a la propiedad comunal, acarrea determinadas consecuencias. En ese sentido, como ha indicado la Corte Interamericana, **la posesión tradicional resulta equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado, por lo que los indígenas tienen el derecho a exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y su registro.** [Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 146, párr. 128].

E. RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y OTRAS FORMAS DE REPARACIÓN

El Convenio 169 de la OIT, pero sobre todo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establecen el derecho a la reparación de los pueblos indígenas. De acuerdo con esta normas, los pueblos indígenas tendrán derecho a ser reparados por toda lesión de sus derechos individuales o colectivos, y en particular, i) cuando hayan sido privados de sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales sin su consentimiento o en violación de sus tradiciones y costumbres; 2) cuando sean desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo; 3) cuando las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído, ocupado o utilizado hayan sido confiscados,

tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento; 4) por las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual, derivadas de los proyectos de explotación de recursos naturales que se realicen en sus territorios; 5) por las pérdidas o daños que cause el traslado o la reubicación³⁴⁸.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que cuando los pueblos indígenas han perdido la posesión de las tierras ancestrales que habitaban y estas han sido trasladadas a terceros de buena fe, el Estado debe recuperarlas; si ello no es posible, debe entonces entregarles tierras de la misma extensión y calidad, de manera que se garantice su derecho a mantener y preservar su identidad cultural³⁴⁹.

En lo pertinente, las decisiones judiciales que se presentan a continuación desarrollan este estándar. En particular, al referirse a la reparación de los pueblos indígenas en situaciones de desplazamiento forzado, la jurisprudencia colombiana ha mencionado el retorno, la restitución o la recuperación de las tierras como formas de reparación. Por su parte, la jurisprudencia peruana ha afirmado que cuando los pueblos indígenas han sido expropiados de sus tierras, no basta la indemnización monetaria ni que les otorguen tierras similares en extensión y calidad; además, deben beneficiarse de la explotación que tendrá lugar en el territorio ancestral del cual fueron desplazados.

COLOMBIA, *Sentencia T-282 de 2011, 12 de abril de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)*:


20.4. En el asunto objeto de estudio, sin embargo, y de acuerdo con los antecedentes del caso, se encuentran personas indígenas que pertenecen a etnias diferentes, ambas ubicadas tradicionalmente en el departamento del Cauca. Ello dificulta la aplicación directa del artículo 16.4 del Convenio 169 o de las reglas de decisión que se extraen de la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos del chaco paraguayo (referidos en los fundamentos del fallo), pues resulta plausible suponer que no ocupaban un mismo territorio ancestral que pueda ser identificado y así recuperado por el Estado colombiano.

Esa situación, empero, no puede llevar a soslayar el hecho de que las 120 familias de Alto Nápoles fueron violentamente expulsadas de sus territorios en el pasado y que, por lo tanto, son titulares del derecho a la protección del territorio colectivo.

Para superar la dificultad mencionada (derecho al territorio, pero eventual imposibilidad de su identificación en el caso concreto), la Sala estima pertinente proferir una orden compleja: en primer término, debe notificarse al Ministerio de Agricultura, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Ministerio de Hacienda y al Ministerio del Interior, autoridades plenamente concernidas con la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento para que, en el ámbito de sus competencias legales y constitucionales (i) inicien los trámites de concertación

³⁴⁸ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 40, 11.2, 20.2, 28.1, 32.3 y Convenio 169 de la OIT, arts. 15.2 y 16.5.

³⁴⁹ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No 214, párr. 109.



La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que cuando los pueblos indígenas han perdido la posesión de las tierras ancestrales que habitaban y estas han sido trasladadas a terceros de buena fe, el Estado debe recuperarlas; si ello no es posible, debe entonces entregarles tierras de la misma extensión y calidad, de manera que se garantice su derecho a mantener y preservar su identidad cultural

con la naciente comunidad de Alto Nápoles para determinar si es posible identificar su territorio colectivo y (ii) si resulta procedente, bajo los parámetros normativos constitucionales y los estándares del DIDH iniciar un proceso de retorno para la comunidad.

En caso de que no resulte posible llevar a cabo esa orden, como lo sugiere la difícil situación de orden público del departamento del Cauca, especialmente en lugares habitados tradicionalmente por pueblos indígenas, y la decisión de la comunidad de asentarse en tierras lejanas a su lugar de origen, (iii) el Estado [debe] iniciar los trámites necesarios para que los peticionarios sean incluidos en la política de adjudicación, restitución o recuperación de tierras que actualmente adelanta el Gobierno Nacional, con el fin de cumplir su obligación convencional de entregar tierras de igual o superior calidad y estatus jurídico a las comunidades indígenas afectadas por el desplazamiento forzado.

Mientras se desarrolla esa concertación y el Estado adopta las medidas pertinentes para que los accionantes sean beneficiarios de los planes de entrega de tierras y reforma agraria, la Sala ordenará **suspender el desalojo** ordenado por la Inspección Fray Damián contra las familias indígenas alojadas en el predio de Alto Nápoles; y a las autoridades municipales accionadas, a través de la Secretaría de Vivienda, **preservar el predio de Alto Nápoles** como albergue temporal de las 120 familias que actualmente lo ocupan, garantizando que sus condiciones sean acordes con la dignidad humana.

PERÚ, *Sentencia STC 0022-2009-PI/TC, 9 de junio de 2010:*

50. También es importante tener presente las posturas respecto a la relación existente entre la pos[es]ión y la propiedad de los territorios de los pueblos indígenas. La Corte ha sintetizado su posición sobre este tema en la sentencia del Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamaxa vs. Paraguay, concluyendo en su párrafo 128 lo siguiente:

“1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”.

51. Lo expuesto no significa que se esté frente a un derecho absoluto. Como es conocido los derechos interactúan entre sí y también con otros bienes jurídicos constitucionales, debiendo ponderarse cada uno de ellos en casos de colisión. Como se aprecia en el punto 3 del párrafo citado, se considera la adquisición de la propiedad de buena fe, siendo factible que el Estado indemnice a los pueblos indígenas que hayan sido afectados por tal enajenación. Todo ello no significa que este tipo de medidas deban ser

moneda común, sino más bien excepcional, de lo contrario se generaría una sospecha que podría desvirtuar la buena fe y de este modo afectar la propia transferencia del inmueble. De igual forma, el artículo 70 de la Constitución establece que en virtud de seguridad nacional o necesidad pública y previo pago efectivo de una indemnización (que incluya compensación por eventual perjuicio) es factible la expropiación. Tal situación tampoco debe ser considerada como una opción inicial, debiendo ser por el contrario la excepción.

52. Es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre.

F. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES: EL DERECHO A PARTICIPAR DE LOS BENEFICIOS DERIVADOS DE LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN SUS TERRITORIOS

El Convenio 169 de la OIT expresamente afirma el derecho de los pueblos indígenas a participar “en los beneficios que reporten” las actividades de exploración o explotación de recursos naturales³⁵⁰. La jurisprudencia interamericana ha sostenido que para asegurar la supervivencia de los pueblos, en el marco de los procesos de consulta previa, los Estados deben “compartir razonablemente”³⁵¹ los beneficios que se produzcan con la explotación de los recursos naturales y garantizar que los pueblos “se beneficien razonablemente” del plan o proyecto que se va a ejecutar en sus territorios³⁵².

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas también se ha referido a este derecho, para resaltar que la participación de los pueblos indígenas en los beneficios que genere un proyecto debe ser equitativa y debe tener lugar especialmente cuando se trata de la explotación de recursos naturales³⁵³.

³⁵⁰ Convenio 169 de la OIT, art. 15.2.

³⁵¹ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 129.

³⁵² Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 157.

³⁵³ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los dere-

El derecho a participar en los beneficios que se deriven de las actividades que se ejecutan en sus territorios supone el derecho a establecer mecanismos que les garanticen a los pueblos dicha participación. El Relator ha hecho énfasis en que se trata de un verdadero derecho de los pueblos indígenas, que las empresas tienen la obligación de respetar como tal, es decir, como un derecho y no como una concesión graciosa o caritativa orientada a generar apoyo para el proyecto³⁵⁴.

La jurisprudencia estudiada para este aparte reitera el contenido de las normas internacionales y se refiere al derecho de los pueblos indígenas que tienen la posesión tradicional de sus territorios a participar en los beneficios económicos derivados de la explotación de recursos naturales en sus territorios ancestrales. Esta es una garantía de protección adicional al derecho a la consulta previa.

BOLIVIA, *Sentencia Constitucional 2003/2010-R, 25 de octubre 2010*:

III. 5. [...] En cuanto a los recursos naturales, el art. 403 de la CPE, reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables, a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios.

CHILE, *Sentencia Rol N° 2.840-08, Corte Suprema, 25 de noviembre de 2009*:

Cuarto: [...]

De las expresiones “reconocidos o constituidos” empleadas por la norma en comento, surge con nitidez que no sólo están garantizados a nivel constitucional los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos originariamente por acto de autoridad, en los términos del artículo 20 del Código de Aguas, sino también aquellos que han sido reconocidos en conformidad a la ley, a partir de distintas y especiales situaciones de hecho, entre las cuales emergen los usos consuetudinarios de aguas reconocidos a favor de las comunidades indígenas en el artículo 64 de la Ley N° 19.253, de mil novecientos noventa y tres, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas. Sobre este tópico es útil dejar en claro que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de su formalización registral y así, precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y sólo para efectos de tener certeza sobre su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico, se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción.

chos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párrs. 91 y 102.

³⁵⁴ *Ibidem*, párr. 102.

Quinto: [...] De esto se deriva que el derecho de aprovechamiento de aguas reconocido a la respectiva comunidad Aimara es entonces anterior a cualquier constitución originaria por acto de autoridad de derechos de aprovechamiento de aguas realizada a favor de terceros y como corolario de ello, resulta previo al origen de los derechos inscritos de la sociedad recurrente [...]. [...]

En este contexto, se hace necesario precisar que no se están concediendo administrativamente nuevos derechos sino que simplemente se regulariza un uso inmemorial del recurso hídrico reconocido por el legislador en el artículo 64 de la Ley N° 19.253 como un derecho de ciertas comunidades indígenas y que se ha reflejado, en la especie, en actos positivos de señor y dueño [...].

Séptimo: [...]

Por otra parte, también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve y que fue publicado en el Diario Oficial el catorce de octubre de dos mil ocho, cuyo artículo 15, N° 1°, preceptúa que: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente”, disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del mismo Convenio, cuando señala: “La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

En virtud de lo razonado precedentemente, no obstante ser un hecho no controvertido por los litigantes que la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chusmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza, lo que por lo demás consta en la respectiva inscripción de dominio [...], tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aimaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos “terrenos de la comunidad” deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas.

COLOMBIA, Sentencia C-891 de 2002, 22 de octubre de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería):

11. [...] [U]n vector fundamental en la explotación sostenible de **recursos naturales** es el concerniente al reconocimiento de los valores y derechos de los pueblos indíge-

nas, y de su consecuente participación en la resolución de la problemática sobre tales recursos. A este respecto se observa que la protección de las comunidades indígenas adquirió mayor vigor al amparo de la Constitución de 1991, lo cual se manifiesta, entre otros aspectos, en la materialización de mecanismos de participación en torno a la explotación de recursos naturales en sus territorios, máxime si se considera que en tal actividad está comprometida la misma integridad étnica de dichas comunidades [...]. [...]

14. En este orden de ideas, es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “constituyen un legado que une –como un todo– la generación presente y a las generaciones del futuro”³⁵⁵.

Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella³⁵⁶.

En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacientes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas.

Finalmente, cabe afirmar que tratándose de asuntos mineros la anterior afirmación acusa mayores connotaciones, puesto que el proceso de la minería se concibe desde ese punto de vista como un ciclo de vida integral tendiente a satisfacer las necesidades de las presentes y futuras generaciones, y por sobre todo, respetuoso del desarrollo sostenible y la integridad étnica de los pueblos.

COLOMBIA, Sentencia T-769 de 2009, 29 de octubre de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla):

5. [...] la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios nativos hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el

³⁵⁵ Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. “Protección del Conocimiento Tradicional, Elementos Conceptuales para una Propuesta de Reglamentación –El Caso de Colombia–”. Op.cit. Pg. 55.

³⁵⁶ QUAILE, Geoff, SMITH, Peggy[,] “Una Perspectiva Aborigen sobre el Progreso de Canadá en el Cumplimiento de sus Compromisos Nacionales para Mejorar la Participación Aborigen en la Ordenación Forestal Sostenible”[, e]n: <http://www.fao.org/montes/foda>.

manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 Const.); y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento³⁵⁷.

Por lo anterior, debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación y exploración de dichos recursos y la preservación de dicha integridad, que es condición para la subsistencia de los grupos étnicos³⁵⁸. Así, el Constituyente previó en el parágrafo del artículo 330 una fórmula de solución al anotado conflicto de intereses al disponer:

³⁵⁷ Igualmente, en la misma sentencia de la Corte Interamericana se indicó: “De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

... ..

Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”.

³⁵⁸ En la antes referida sentencia sobre el caso Saramaka se señal[ó]: “El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros (infra párr. 152). De modo similar, los bosques dentro del territorio Saramaka proporcionan hogar para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir (supra párrs. 82-83 e infra párrs. 144-146). En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar dichos recursos de subsistencia. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los Saramakas”.

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

La exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, 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 y exploración de recursos naturales en su hábitat, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha actividades.** [...]

Sin embargo, es importante precisar que antes de realizarse dicha consulta previa, esta corporación señala que el Ministerio de Medio Ambiente, deberá realizar un estudio detallado frente a la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios nativos, y así verificar dos aspectos: i) si existe una vulneración de los derechos de los indígenas y afrodescendientes en su territorio; y ii) determinar el impacto ambiental que se genera en dichas zonas. Por ende, si esa cartera informa al ministerio del Interior y de Justicia que no se cumple algunos de estos dos requisitos, ello será vinculante y el Ministerio del Interior y de Justicia no podrá iniciar la consulta previa³⁵⁹.

COLOMBIA, Sentencia T-129 de 2011, 3 de marzo de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio):

7.1. [...] (iii) La consulta previa y el consentimiento no son las únicas garantías que debe prestar el Estado y los concesionarios al momento de considerar los planes de “infraestructura o desarrollo”, ya que se debe permitir la participación y compartir de forma razonable los beneficios del proyecto con el pueblo o la comunidad étnica que

³⁵⁹ Igualmente, se precisó en el precedente Saramaka que: *“En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante ‘plan de desarrollo o inversión’)^[24] que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”* (No está en negrilla en el texto original).

sea directamente afectada. Este derecho está contemplado en el artículo 15 del Convenio 169 de 1989, en los siguientes términos:

“**ART. 15.** — 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (Subrayado por fuera del texto original).

La anterior disposición está armonizada con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contempla la protección del derecho a la propiedad, así:

“**Artículo 21.**

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”. (Subrayado por fuera del texto original).

En virtud de la normativa anterior y a la luz de la que a nivel interno contempla el derecho a la indemnización según sea el caso concreto, es pertinente tener en cuenta que el uso del territorio no se limita a la grave privación de un título de propiedad sino que se traduce en la imposibilidad de que la comunidad pueda gozar y usar de forma regular el territorio. Por ello, **no sólo se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino en efecto garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de forma equitativa³⁶⁰.**

³⁶⁰ Al respecto puede consultarse el Informe del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, presentado por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención.

Del mismo modo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas sugirió que con el fin de garantizar “*los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados deben garantizar] una participación mutuamente aceptable en los beneficios [...]*”³⁶¹. En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo”.

COLOMBIA, Sentencia C-366 de 2011, 11 de mayo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva):

23.1. [...] **[D]e acuerdo con la Constitución, las actividades de aprovechamiento minero que se realicen en zonas en que se encuentren asentadas las comunidades tradicionales, deben ser previamente consultadas con las mismas.** Esto con el fin de garantizar el cumplimiento del mandato de participación previsto tanto en el artículo 330 C.P., como en el Convenio 169 de la OIT. Ello en el entendido que (i) existe una cláusula constitucional concreta que impone al Gobierno de propiciar dicha participación; y, en cualquier caso, (ii) la explotación petrolera en los territorios de las comunidades es un asunto que, sin duda alguna, recae en el ámbito de los que los afectan directamente, lo que justifica la consulta previa sobre las medidas correspondientes, para el caso planteado de índole administrativo (énfasis añadido por DPLF).

La Corte consideró, del mismo modo, que este deber de garantía de participación de las comunidades diferenciadas encontraba sustento en la necesidad, evidenciada por el Texto Constitucional, de ponderar entre la explotación económica de los recursos mineros, la protección del medio ambiente, el logro del desarrollo sostenible y la identidad étnica y cultural de las citadas comunidades. Esta ponderación solo es posible si la posición e intereses de los pueblos indígenas y afrodescendientes afectados es integrada al debate sobre la política pública correspondiente. En caso contrario, la actividad estatal desconocería su derecho constitucional al reconocimiento como minoría objeto de especial protección del Estado. Para la Sala, “...[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 C.P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena. (...) 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

³⁶¹ ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, párr. 66.

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”.

28. Por último, no puede perderse de vista que, habida cuenta el carácter central que tienen los recursos naturales para la salvaguarda de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y afrodescendientes, el mismo Convenio 169 de la OIT ha considerado necesario prever reglas particulares acerca de la garantía de participación de las comunidades étnicas respecto de las medidas que asuman este tópico. En tal sentido, el artículo 15 de ese instrumento internacional prevé dos reglas a ese respecto, a saber (i) los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos; y (ii) en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

29.1. El aprovechamiento de los recursos naturales, entre ellos los mineros, que se encuentren en el territorio en que se asientan las comunidades étnicas y afrodescendientes, es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos. Por ende, tanto las medidas legislativas como administrativas que puedan incidir en ese aprovechamiento específico deben contar con espacios de participación para esas comunidades. Un ejemplo de las medidas legislativas de esta naturaleza es el Código de Minas, en tanto regulación general y sistemática acerca de la utilización de los recursos mineros en el país, lo que incluye los territorios ancestrales.

PANAMÁ, Sentencia de 6 de diciembre de 2000, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo:

La protección del medio ambiente, el respeto a la tradición cultural y étnica de las comunidades indígenas nacionales, al igual que la preservación de los sitios y objetos arqueológicos que sean testimonio del pasado panameño son valores de superior jerarquía que tienen por su naturaleza explícita consagración en nuestra normativa constitucional (Véanse artículos 81, 86 y 115 de la Constitución Nacional). Es indudable que el logro del desarrollo económico y social de los pueblos representa un objetivo prioritario para los integrantes de la Nación, sólo que este desarrollo tiene que desenvolverse en consonancia y sin menoscabar valores tan importantes como el equilibrio ecológico y el respeto a nuestras tradiciones culturales. [...]

Desde hace algún tiempo la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido con toda diáfania (sic) que la protección del medio ambiente y de los recursos naturales involucra intereses de carácter difuso susceptibles de recibir amparo judicial. (Cfr. Resoluciones de 12 de marzo de 1993 y 8 de abril de 1994 dictadas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia).

PERÚ, *Sentencia STC N° 03343-2007-AA, 19 de febrero de 2009*:

36. Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. En dicha sentencia, [a]demás[,] se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio. De otro lado, también se explicitó que, no obstante ello, es claro que los derechos no son absolutos, pudiendo quedar subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:

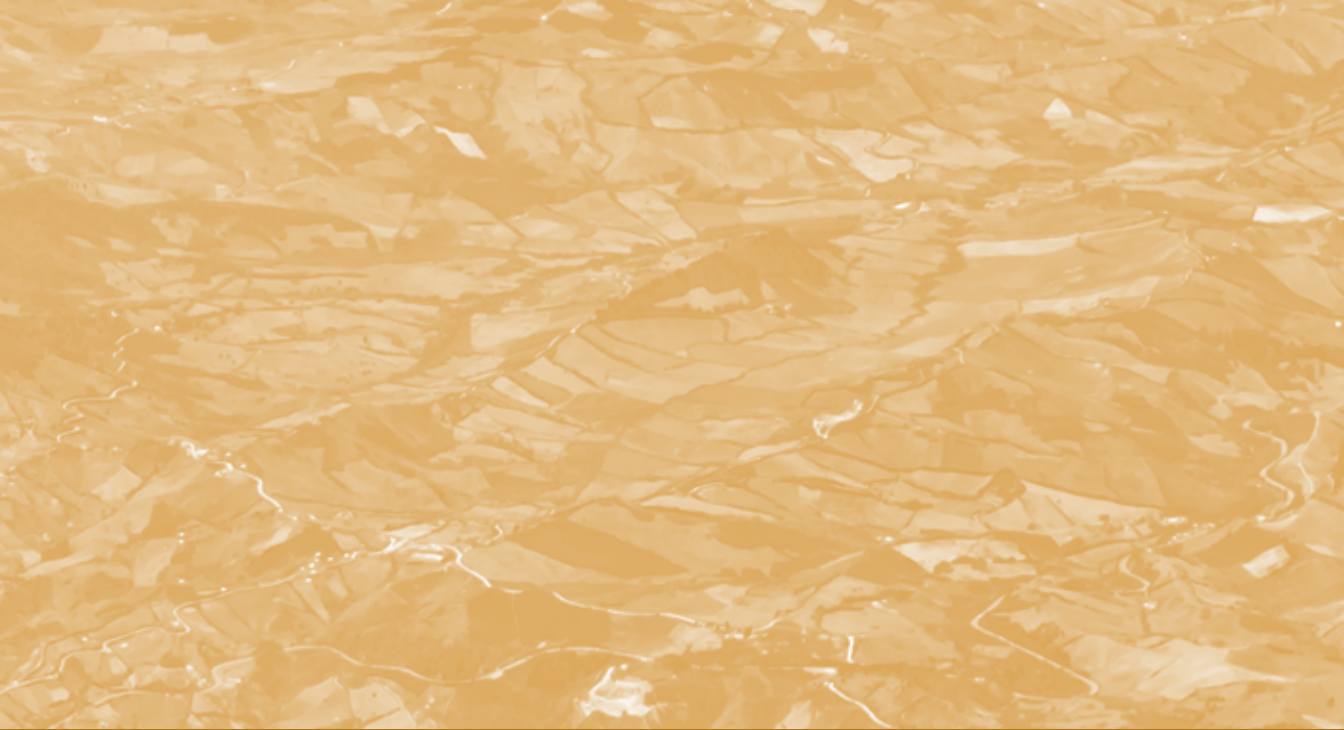
“[...]cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones” (*Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, fund. 134).

Esta participación y consulta de los pueblos indígenas legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales.

PERÚ, *Sentencia STC N° 03343-2007-AA, 19 de febrero de 2009*:

34. [...] Es interesante enfatizar, además, lo expuesto en el artículo 15, que señala que los Gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras”. De igual forma, el artículo indica que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios de tales actividades y si se ven dañados debido a tales actividades, podrán solicitar una indemnización equitativa. Con ello se pretende armonizar la dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos.

39. Es oportuno indicar que la legislación que promueve la consulta es, a su vez, reflejo de la responsabilidad social de la empresa, en cuanto busca una consolidación del vínculo que deberán establecer las empresas con las comunidades que puedan sufrir los efectos del impacto de la actividad hidrocarburífera. Así, no sólo es la preocupación que la empresa pueda tener respecto del ambiente, sino también en relación con la población aledaña, debiendo plantear medidas que busquen, por ejemplo, el menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades. **De igual forma, si se lleva a afecto la extracción de recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios de las comunidades nativas, es claro que tendrán que implementarse mecanismos de participación de las comunidades en actividad y de las rentas que se puedan generar** (énfasis añadido por DPLF).



Epílogo



Luego del panorama tan amplio que refleja el *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria* sobre la problemática y las soluciones expresadas en la jurisprudencia de nuestro entorno interamericano sobre derechos de los indígenas y sobre la consulta previa como modalidad más común dentro de aquellos, lo que nos queda son muchas inquietudes sobre las tendencias evolutivas y los posibles espacios en donde se desarrollará la temática y la problemática indígena. El reto está en identificar las líneas de pensamiento, las ideas fuertes que nos permitan tener claro el norte para comprender y resolver la casuística que genera y generará el proceso de interacción entre derechos generales de la población y los paradigmas que proponen las regulaciones, costumbres y prácticas indígenas. Calificar y considerar la existencia del Derecho indígena en el sentido de un conjunto normativo ordenado y sistemático es y será un reto en sí mismo.

1. El protagonismo de la jurisprudencia y el carácter limitado del derecho positivo

En efecto, establecer criterios teleológicos para interpretar el derecho positivo, o simple y llanamente la pertinencia de crear un derecho basado en principios, es el punto de partida para la coherencia de la construcción de decisiones judiciales y de la elaboración de normas jurídicas que sean consideradas como justas por todos (las comunidades indígenas y el resto de la población).

La naturaleza compleja de la realidad indígena, de sus prácticas y costumbres, de su cosmovisión en general, hace que el Derecho que sirva para resolver estos temas deba ser, por regla general, de carácter jurisprudencial. El derecho positivo establecido con lógica racional y universal no se compatibiliza con facilidad con la realidad compleja y diversa de las culturas indígenas sobre la que opera. Las dificultades que ha tenido la ley de consulta previa, recientemente aprobada en Perú, demuestran la validez de esta afirmación. Por esta situación, son los jueces nacionales y de manera subsidiaria y no ordinaria, los jueces internacionales (la Corte Interamericana en particular) quienes han tenido y seguirán teniendo la responsabilidad y el protagonismo para la creación de un derecho sobre la interacción con las comunidades indígenas.

El derecho jurisprudencial será necesariamente, por la naturaleza de los hechos juzgados, el instrumento por excelencia para la construcción de criterios y líneas de actuación en esta temática. Que sean los jueces los protagonistas, que el derecho positivo con propósitos de universalidad o con estructura general no sea el parámetro más adecuado para resolver la problemática indígena, hace que los estándares que construye o que construya la Corte Interamericana se conviertan en fuentes esenciales para comprender y abordar las soluciones que en cada caso se deban proponer dentro de nuestros Estados.

2. La importancia y consideraciones especiales de la jurisprudencia de la Corte IDH

El valor de la jurisprudencia interamericana y también de las decisiones que tome la Comisión Interamericana tiene un papel central. No obstante, esta relevancia debe ser matizada precisamente por el carácter *sui generis* de la realidad indígena. El tamaño de la población indígena

en relación con el resto de la población difiere de manera dramática en los distintos estados de nuestra América. No es comparable, por ejemplo, la situación en Colombia, donde el porcentaje de la población indígena es del 3% aproximadamente, con la que se da en Ecuador o México, con más del 10% o en Bolivia o Guatemala donde los indígenas son más del 50% de la población. Parecidas dificultades se presentan en el derecho legislado o positivado y en la comprensión universal o general de los estándares o ratio que sirva para resolver litigios internacionales. La existencia de realidades sociales muy diversas, con contextos complejos y difícilmente asimilables, hace que el valor de precedente de la jurisprudencia interamericana deba ser analizado con un cuidado adicional para efecto de que pueda ser utilizada como estándar obligatorio.

3. La necesidad de distinguir los alcances del derecho de participación política y la lógica de la consulta previa

Otro aspecto que se presenta como un reto para la existencia de un derecho indígena es el relativo a la necesaria distinción o asimilación con los derechos políticos de participación. En efecto, la existencia de una inveterada práctica de exclusión de la población indígena ha determinado que los derechos indígenas tengan como uno de sus propósitos el de escucharlos e integrarlos en el funcionamiento del Estado en los aspectos que los afecten. Los derechos indígenas en general pero el derecho a la consulta en particular son un potente instrumento de democracia participativa que “incluye”, involucra a sectores de la población tradicionalmente excluidos de las decisiones estatales, incluso de las que los afectan directamente.

Que los derechos indígenas sean un instrumento de democracia participativa y un mecanismo de inclusión social, ha determinado una dinámica de comprensión sobre su alcance de **carácter expansivo**. La apropiación del derecho de consulta previa por las comunidades afroamericanas y rom es una manifestación natural en un contexto de exclusión social de minorías raciales, que si bien tiene como principal manifestación a las comunidades indígenas, no se reduce únicamente a estas.

Es un efecto deseable que en virtud del principio *pro personae* se utilice la consulta previa cuando se afecte la integridad de otras minorías, sin embargo, el reto está en que este derecho no se extienda de manera desproporcionada, que el alcance de su titularidad sea extremo y genere mengua en su protección por una expansión de su objeto y de sus titulares que genere una ralentización de la actividad estatal y en general de las relaciones sociales. O lo que es más delicado que se termine en un proceso de democracia corporativa.

4. La disyuntiva teleológica de los modelos de relación con la realidad indígena

La disyuntiva sobre cuál es la perspectiva adecuada para afrontar estos conflictos, esta relación entre la cultura indígena y la occidental o mayoritaria, es quizá el punto central para que el derecho, nacional e interamericano, pueda dar respuestas coherentes, que obedezcan a una misma lógica de decisión. Esto es lo que no se ha logrado a cabalidad en ninguno de estos niveles –hay que reconocerlo– y ha quedado en evidencia con el presente digesto.

La identidad indígena, su cultura y su cosmovisión ¿deben ser protegidas con un propósito conservacionista, de intangibilidad?, ¿Se debe procurar el mayor grado de beneficios económicos, sociales y políticos derivados de la explotación de recursos naturales o de proyectos u obras que afecten el territorio y la población de las comunidades? En este sentido, ¿se debe entender la consulta como una oportunidad de mejorar las condiciones de vida, de manera que el Estado y los beneficios del desarrollo y la prosperidad lleguen a estos sectores de la población? Y una tercera vía o alternativa para aproximarnos a la complejidad de la interacción de los derechos de los indígenas sería la de pretender lograr una armonización entre las anteriores aproximaciones, preservar la cultura, los factores de identidad y unidad de las comunidades como elemento determinante para que estas “existan” para que “no dejen de existir”, y simultáneamente entender que el cambio, la transformación, así sea en grados pequeños, es inevitable y hay que procurar que estos tengan consecuencias positivas, lo más positivas posibles.

5. La consulta previa y su efecto erosiónador de la identidad cultural indígena

La existencia de una consulta previa en sí misma plantea un reto (un peligro, desde cierta perspectiva), que consiste en la capacidad perturbadora, de intrusión en las costumbres y lógicas mayoritarias de la cultura indígena. En efecto, el trámite de una consulta previa conlleva, en ocasiones, traslado de las comunidades indígenas a sitios en donde se hacen reuniones para explicar los proyectos, actividades de sensibilización sobre la importancia y las ventajas de la actividad que se pretende realizar. Estas reuniones se realizan con cierta frecuencia o periodicidad y en ocasiones tardan años, e incluso adquieren, en ciertas circunstancias, una lógica de proselitismo que puede suponer la entrega de cantidades de dinero, no como sobornos o con propósitos de distorsionar la voluntad de las comunidades sino simplemente para el pago de traslados o para el mantenimiento por fuera de su entorno habitual. La preocupación estriba, entonces, en que aunque la consulta no sea exitosa, aunque la comunidad considere como inconveniente o negativa para sus intereses la realización de obras o proyectos sobre su territorio, esto puede conllevar a modificaciones (paulatinas o intempestivas) de su cotidianidad y eventualmente de su cosmovisión.

La erosión gradual de la identidad cultural indígena mediante el contacto y la intervención de empresarios, sociólogos, trabajadores sociales y abogados es desafortunadamente una consecuencia inevitable de la intensidad del contacto que genera una consulta previa.

Que hayan existido procesos de consultas previa que tarifen más de cinco años o que en otros se hayan realizado procesos de capacitación en extracción de hidrocarburos para algunos miembros de las comunidades con el propósito de que comprendan adecuadamente el impacto de la actividad en su cultura y territorio prueban esta preocupante consecuencia de la consulta en la conservación de la identidad cultural indígena.

Humberto A. Sierra Porto

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresidente de la Corte Constitucional de Colombia, profesor de la Universidad Externado de Colombia

Bogotá, noviembre de 2013



Due Process
of Law
Foundation

1779 Massachusetts Ave. NW, Suite 710
Washington, D.C. 20036
T: 202-462-7701 | F: 202-462-7703
info@dplf.org | www.dplf.org

www.dplf.org