



Sentencia 461 de 2008 Corte Constitucional

SENTENCIA C-461/08

Referencia: expediente D-6984

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1151 de 2007, "por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010".

Actor: Jesús Enrique Piñacué Achicué

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil ocho (2008)

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y de los trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Jesús Enrique Piñacué Achicué demandó en su integridad la Ley 1151 de 2007, "por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010".

Mediante Auto del 29 de octubre de 2007, la Corte admitió la demanda.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

El demandante acusa en su integridad la Ley 1151 de 2007, contentiva del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. Al tratarse de una disposición legislativa extensa, se ha incorporado su texto, tal y como fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 342 (Año XVI) del 25 de julio de 2007, al Anexo I de la presente sentencia.

III. LA DEMANDA

El cargo que formula el demandante consiste en que la Ley 1151 de 2007 se aprobó sin que se hubiera realizado consulta previa con los pueblos indígenas de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, el cual fue ratificado por Colombia mediante Ley 21 de 1991 y se ha incorporado al bloque de constitucionalidad.

Luego de la formulación general de este cargo, la demanda se estructura en distintos capítulos individuales sobre temas generales atinentes a la obligación de realizar consultas previas con los pueblos indígenas, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Tales capítulos individuales se refieren a (a) el carácter de derecho fundamental de la consulta previa en cabeza de los pueblos indígenas, precisando su naturaleza, los valores cuya protección se persigue mediante su ejercicio, y las fuentes de su carácter obligatorio; (b) los objetivos que deben buscarse en los procesos de consulta previa; (c) la regulación de la consulta previa en el marco del Convenio 169 de la OIT y su desarrollo en la jurisprudencia constitucional colombiana; (d) una enunciación de los casos en los que se debe desarrollar la consulta previa; (e) una explicación de los vínculos entre la consulta previa y los derechos a la participación y a la información de los grupos étnicos; (f) una indicación de los sistemas de autoridad y representación que deben tenerse en cuenta para la realización de la consulta previa, y de los requisitos de participación real y efectiva, no solo de los dirigentes indígenas sino de las comunidades; (g) una explicación del valor de los principios de buena fe y debido proceso en el ejercicio de la consulta; (h) una reseña del trámite legislativo que se siguió para la aprobación de la Ley 1151 de 2007, señalando que no incluyó la realización de tales procedimientos de consulta previa; y (i) algunas consideraciones sobre el tema de la iniciativa legislativa en relación con el Plan Nacional de Desarrollo, que incluyen las siguientes, relevantes para la sustentación del cargo de inconstitucionalidad que se examina:

"(...) el Plan Nacional de Desarrollo consigna las políticas y programas durante el respectivo período de gobierno y por lo tanto constituye la

carta de navegación cuatrienal para el país, de donde se deriva su importancia.

La primera parte del Plan de Desarrollo contiene las políticas económicas, sociales y ambientales que deben guiar la acción estatal. Una segunda parte comprende el Plan Nacional de Inversiones, en el cual se establecen los principales programas y proyectos de inversión que se espera ejecutar, en desarrollo de las políticas previstas en la parte general.

La segunda parte, el Plan Nacional de Inversiones, constituye la materialización de dichas políticas, a través de los programas y proyectos de inversión. Así mismo, los mecanismos incluidos en el articulado del Plan Nacional de Inversiones, permiten la efectiva ejecución de tales programas y proyectos y, por lo tanto, constituyen parte fundamental de la Ley del Plan de Desarrollo.

Dadas estas características, es innegable que la Ley 1151 de 24 de julio de 2007, 'Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010', atañe a los diferentes pueblos indígenas y a su proceso de desarrollo ya que afecta directamente las formas de vida en sus aspectos territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico y de salud, y demás aspectos que incidan en su integridad étnica, razón por la que debió ser consultada.

La Ley por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 es una ley integral, y por tanto es ella en su integridad la que debe ser revisada por tachas de inconstitucionalidad, y no un artículo específico."

Por otra parte, el demandante explica que las minorías indígenas en el Congreso no han podido surtir una incidencia efectiva sobre la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo en forma tal que éste sea sensible a los intereses de los grupos étnicos del país; y señala que "como comunidades indígenas no podemos estar de acuerdo con iniciativas preparadas desde un escritorio por funcionarios que desconocen nuestras costumbres, nuestra cultura, la forma en que nos relacionamos con la tierra y con los recursos naturales, quienes por mejor intención que tengan, no podrán entender la visión de desarrollo o nuestro concepto de bienestar que hace parte de la autodeterminación que tenemos como pueblos legalmente reconocidos. // En nuestra condición de minorías (...) es que hoy accionamos para que se nos reivindique el derecho de participar en la planificación de nuestro desarrollo".

Finalmente, se explica en la demanda que "conforme a las normas pertinentes y teniendo en cuenta el carácter especial del que goza la ley del Plan Nacional de Desarrollo, debe ser el Gobierno Nacional quien principalmente defina y priorice los programas y proyectos que deben estar contenidos en el Plan Nacional de Inversiones Públicas, siempre y cuando cumpla con los procedimientos que garanticen la participación, en este caso la consulta previa con las poblaciones indígenas. // La reserva de la iniciativa legislativa resulta pertinente, en razón al carácter técnico de su contenido, en especial en razón a los programas y proyectos a implementar y la proyección de los recursos y los presupuestos plurianuales con los cuales se espera ejecutar las políticas planteadas, en desarrollo de los artículos constitucionales, todo lo cual justifica que aquellas disposiciones que entrañen o puedan afectar las poblaciones indígenas deban ser consultadas según el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT el cual consagra que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados, trámite que no fue cumplido."

IV. INTERVENCIÓN DE AUTORIDADES

1. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de la norma demandada, por cuanto "las especiales disposiciones constitucionales y orgánicas que rigen la materia, se observaron con estricto apego".

Se explica que "la obligación del Estado de realizar la consulta previa con las comunidades indígenas frente a las medidas legislativas y/o administrativas que pretenda adoptar y que puedan afectarles directamente, debe entenderse como una obligación establecida en el texto constitucional, dado que el artículo 6º del Convenio 169 de 1989 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto". No obstante, "a pesar de lo anteriormente expuesto, la obligación del Estado de realizar consulta previa a las comunidades indígenas es improcedente para efectos de la expedición de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo".

Para sustentar esta afirmación, el interviniente señala algunas características de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, así:

"No obstante [que] la ley del Plan Nacional de Desarrollo (PND) no pertenece a una categoría especial de tipología legislativa, la Constitución Política determinó que se trata de una ley que tendrá prelación sobre las demás.

Es una ley que define y determina la acción estatal en general y por lo tanto el contenido del PND, no está dirigido a un grupo de sujetos determinados como destinatarios o para efectos de alguna situación particular, es la máxima expresión de la planificación estatal unitaria y nacional. (...)

El contenido de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo está determinado por el artículo 339 de la Constitución Política de 1991. Dicho artículo establece que el PND contendrá una parte general, y una parte especial, denominada el Plan Nacional de Inversiones (PNI).

El PNI contiene una proyección de los recursos financieros de la Nación y su distribución plurianual a través de programas y proyectos de inversión que deben desarrollar aquellas políticas, metas y objetivos consignados en la parte general.

A su turno, el artículo 341 constitucional, define el procedimiento y oportunidad para la elaboración, formulación y expedición de esta Ley.

Para efectos de la demanda planteada por el Sr. Piñacué, resulta de capital importancia el artículo 340, en el cual se crea el Sistema Nacional de Planeación, conformado por el Consejo Nacional de Planeación y los Consejos Territoriales de Planeación.

Frente al Consejo Nacional de Planeación, se tiene que el mismo se concibe como el foro para la discusión del Plan Nacional de Desarrollo.

Como se ve, el constituyente de 1991, concibió el Plan Nacional de Desarrollo como el principal elemento en la articulación de la política nacional en el mediano y largo plazo, bajo el entendido de que se trata de una herramienta económica para lograr el desarrollo de todos los colombianos, y como tal, previó mecanismos de concertación y de socialización con toda la comunidad afectada, es decir, todos los ciudadanos a través de sus representantes en todas las instancias del Sistema Nacional de Planeación (niveles nacional y local).

Bajo estas consideraciones, resulta equivocado afirmar, como lo considera el actor, que la ley del Plan Nacional de Desarrollo afecta particularmente a los pueblos indígenas, puesto que incide en toda la comunidad, puesto que todos los ciudadanos, sin ninguna clase de distinción, somos los beneficiarios de la acción estatal contenida en este instrumento de planificación económica".

En este orden de ideas, el interviniente explica que para materializar la intención del Constituyente, fueron creados mecanismos de concertación y de socialización en el proceso de elaboración, formulación y expedición de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo. Específicamente se refiere al Sistema Nacional de Planeación, creado "con el fin de organizar los espacios de discusión del contenido del Plan Nacional de Desarrollo. El objetivo e importancia de estos espacios de discusión responde y radica, precisamente, en la necesidad de discutir y presentar a los destinatarios sus propuestas de Plan Nacional de Desarrollo, para que una vez surtido ese importante paso, se ponga en consideración del Congreso de la República". Indica que dentro del Sistema, se destaca el Consejo Nacional de Planeación como "la principal instancia de participación democrática dentro de este complejo proceso de formulación de políticas y del proceso de planificación en Colombia", y continúa su explicación así:

"La Constitución fue tan celosa en estos aspectos, que solamente, una vez que se haya agotado la etapa de concertación con las comunidades, a través del Consejo Nacional de Planeación, el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministro de Hacienda y Crédito Público, puede radicar en el Congreso de la República el proyecto de ley // Esta consulta previa que el Gobierno debe hacer en relación con la propuesta del Plan Nacional de Desarrollo antes de presentarla ante el Legislador, responde a los parámetros de participación democrática que enmarcan el proceso de planeación en Colombia y que antes que contradecir, acompañan los objetivos que busca el artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT. (...) Como vemos, el Consejo Nacional de Planeación, es el escenario ideado por el Constituyente para debatir y analizar las propuestas que el Gobierno Nacional quiere desarrollar en el Plan Nacional de Desarrollo, y en el cual tienen asiento representantes de todas las individualidades de que se compone la sociedad civil, que en últimas es la destinataria de las disposiciones del PND".

Para resaltar el carácter participativo del proceso de expedición de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, el actor cita varias sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas las C-015 de 1996, C-191 de 1996 y C-478 de 1992.

El interviniente subraya que en el Consejo Nacional de Planeación tienen asiento los representantes de las comunidades indígenas, tanto en el grupo de representantes de las entidades territoriales (1 representante), como en el de los representantes de los distintos sectores nacionales (1 representante). Asimismo informa que "como es natural, y ha venido sucediendo en las discusiones de los PND, las organizaciones indígenas se pronunciaron respecto de algunas de las propuestas consignadas en el Plan Nacional de Desarrollo"; y que en relación específica con el procedimiento previo a la expedición de la Ley 1151 de 2007, al interior del Consejo Nacional de Planeación, los indígenas formularon las siguientes observaciones: "Frente al capítulo de grupos étnicos y relaciones interculturales: 15 de las 78 recomendaciones estaban directamente relacionadas con el tema indígena, las cuales se estudiaron. Estas 15 fueron estudiadas y sobre algunas de ellas se consideró que estaban dentro del texto y sobre otras se consideró pertinente incluirlas dentro de la propuesta, tal como se hizo". De allí concluye que "el proceso de consulta, concertación, participación democrática, etc., queda a salvo, en virtud de la Constitución Política, con los procedimientos de concertación y consulta previstos en los artículos 339 y siguientes, así como en las disposiciones pertinentes de la ley orgánica 152 de 1994".

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación, mediante Concepto No. 4447, solicitó a la Corte que se declare inhibida para decidir de fondo sobre la demanda de la referencia, por considerar que el actor no ha formulado cargos específicos contra la norma acusada.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

2. Problemas jurídicos

En virtud del bloque de constitucionalidad, ¿debe el Gobierno Nacional someter el proyecto de ley del Plan Nacional de Desarrollo a consulta previa con los pueblos indígenas, y el incumplimiento de este deber tiene como consecuencia la inconstitucionalidad de toda la Ley 1151 de 2007?

3. Precisión preliminar: necesidad de adoptar una decisión de fondo por haberse formulado cargos específicos contra la totalidad de la Ley

La Corte considera que la demanda de la referencia sí cumple con el requisito de especificidad predicable de los cargos de inconstitucionalidad, en la medida en que en ella se enuncia la razón concreta por la que se considera que la Ley 1151 de 2007 viola la Carta Política, a saber, la omisión del deber estatal de consulta previa a los grupos indígenas afectados directamente por ella.

Ahora bien, el hecho de que no se señalen en forma específica y taxativa los apartes concretos de la Ley que debieron haber sido objeto de consulta previa, no constituye una razón suficiente para concluir que el cargo bajo estudio no es específico. En efecto, observa la Sala que el demandante considera que la Ley del Plan Nacional de Desarrollo es un conjunto integral, que establece una relación inescindible entre la parte general y cada uno de los proyectos, programas, etc.; y es con base en tal carácter sistemático e inescindible de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que se fundamentan varias de las razones de inconstitucionalidad invocadas en la demanda, estableciendo así un vínculo claro entre los preceptos generales y los proyectos y programas específicos incluidos en el instrumento legislativo objeto de demanda. En consecuencia, el demandante al considerar que no se puede escindir el elemento general del elemento específico dentro de la ley del plan, y para preservar la integridad de sus propios argumentos de inconstitucional, solicita la inconstitucionalidad de toda la ley. Explica el demandante en este sentido:

"La primera parte del Plan de Desarrollo contiene las políticas económicas, sociales y ambientales que deben guiar la acción estatal. Una segunda parte comprende el Plan Nacional de Inversiones, en el cual se establecen los principales programas y proyectos de inversión que se espera ejecutar, en desarrollo de las políticas previstas en la parte general. // La segunda parte, el Plan Nacional de Inversiones, constituye la materialización de dichas políticas, a través de los programas y proyectos de inversión. Así mismo, los mecanismos incluidos en el articulado del Plan Nacional de Inversiones, permiten la efectiva ejecución de tales programas y proyectos y, por lo tanto, constituyen parte fundamental de la Ley del Plan de Desarrollo.

(...) La ley por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 es una ley integral, y por tanto es ella en su integridad la que debe ser revisada por tachas de inconstitucionalidad, y no un artículo específico."

En criterio de la Corte, teniendo siempre en cuenta el carácter sistemático de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que se refleja en la demanda y la formulación de las razones de inconstitucionalidad allí planteadas, el cargo sí es específico contra la ley acusada. En consecuencia, se ha activado el mecanismo de control abstracto de constitucionalidad establecido en la Carta Política, por lo cual la Corte Constitucional debe pronunciarse de fondo sobre el cargo formulado contra toda la Ley del Plan Nacional de Desarrollo.

4. El deber de realizar consulta previa a los pueblos indígenas respecto de las medidas que les puedan afectar directamente.

4.1. En la sentencia C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte Constitucional realizó un recuento detallado de las disposiciones constitucionales e internacionales en las que se sustenta la obligación de realizar consulta previa a los pueblos indígenas, así como de la jurisprudencia de esta Corporación en la cual se ha precisado el contenido de dicha obligación. La Corte concluyó que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas no se había respetado respecto de la llamada Ley Forestal y la declaró, entonces, integralmente inexecutable.¹ Por ser directamente aplicable a la resolución del problema jurídico planteado en el presente proceso, la Corte reitera en su integridad la doctrina constitucional plasmada en la referida sentencia C-030/08, la cual se sintetiza en las reglas siguientes.

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.

4.1.2. Las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia en virtud del Convenio 169 de la OIT deben interpretarse en consonancia con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del mismo, los cuales "enfatan en la necesidad de que, para la aplicación de las disposiciones del Convenio, se asegure la participación de las comunidades, se establezcan mecanismos adecuados de consulta, se adelanten procesos de cooperación y se respete, en todo caso, el derecho de estos pueblos a '... 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'.² (...) El Convenio en distintos apartes se refiere de manera expresa a los compromisos de los Estados signatarios orientados a que, en la aplicación del mismo, se garanticen los espacios de participación y consulta compatibles con su objetivo central".

4.1.3. A su turno, la Corte resaltó lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio, que resulta directamente aplicable al tema de la realización de consultas previas:

"Artículo 6

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 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."

Se explicó en la sentencia C-030/08 que esta disposición internacional contiene distintos elementos constitutivos que deben diferenciarse claramente: "Cabe distinguir en la anterior disposición dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales: Por un lado, 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; y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos."

Con base en esta precisión hermenéutica, la Corte diferenció dos niveles distintos de afectación de los pueblos indígenas que activan distintas obligaciones internacionales del Estado colombiano: "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."

4.1.4. Con relación al contenido del derecho general a la participación de los grupos étnicos respecto de las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, se explicó en detalle:

"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.

En Colombia, ese compromiso encuentra desarrollo, en primer lugar, en el hecho de que, en el ámbito de la democracia participativa previsto en el artículo 1º de la Constitución, y del mandato general contenido en el artículo 2º, conforme al cual debe promoverse la participación de todos en los asuntos que los afecten, se consagra en el artículo 13 una garantía general de igualdad que proscribe 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. De este modo, todos los colombianos, incluidos los pueblos indígenas y tribales, en igualdad de condiciones, tienen derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de la Carta, a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y tienen a su disposición los instrumentos de participación que se han previsto en el artículo 103 del mismo ordenamiento, no sólo los que corresponden a los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía –el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato– sino también los que surgen de la posibilidad, prevista en el inciso segundo del artículo 103, de articularse libremente, con el apoyo del Estado, para la promoción de sus intereses, en asociaciones que tengan por objeto constituir mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

Adicionalmente, tal como se puso de presente en la Sentencia SU-383 de 2003, el ordenamiento constitucional ha abierto a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, 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 Representantes³; o de la decisión de erigir los territorios indígenas como entidades territoriales⁴, 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 audiencias⁵ 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."

4.1.5. En relación con el derecho de los grupos étnicos a la realización de la consulta previa en relación con las medidas susceptibles de afectarles directamente, la Corte realizó las siguientes precisiones:

"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 cultura⁶ 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.⁷

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 6º 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 6º 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 6º 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.

...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 6º 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 6º 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 6º 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, repercute 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."

4.1.6. Ahora bien, en cuanto a los requisitos de tiempo, modo y lugar que debe cumplir la realización de la consulta, y específicamente de la consulta de medidas legislativas como la que se estudia, la Corte señaló:

"(...) al margen de los criterios generales que puedan decantarse en torno a la manera como debe surtir la consulta para que pueda entenderse cumplido el compromiso derivado del Convenio 169 y que resulte satisfactorio con el derecho de participación previsto en la Carta, observa la Corte que son varios los interrogantes que pueden plantearse en relación, específicamente, con el deber de consulta frente a medidas legislativas.

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, cuales serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.

En la Sentencia C-891 de 2002 la Corte fijó unas pautas para la consulta que debe realizarse en relación con los proyectos de iniciativa gubernamental, y al efecto señaló, en primer lugar que "[n]o 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", pero que, 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".

Expresó la Corte que ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, sus texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se haya avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance, y se hayan abierto los escenarios de discusión que sean apropiados.

En esa oportunidad la Corte advirtió, por un lado, que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la expedición de normas que los afectan, toda vez que en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe, sino que, por el contrario, allí los pueblos indígenas cuentan con un espacio de discusión y participación en el marco de un Estado democrático, en el que pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos, y, por otro, que "... la consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos."⁸¹

4.1.7. Finalmente, en cuanto a la consecuencia jurídica de la omisión del deber de consulta, la Corte afirmó:

"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 estuviere llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas."

4.2. La anterior doctrina constitucional constituye un marco de referencia suficiente para resolver los problemas jurídicos planteados en la presente oportunidad, teniendo en cuenta las precisiones subsiguientes sobre los titulares del derecho a la consulta previa, los requisitos que ésta debe cumplir, y la especial naturaleza de la ley del Plan Nacional de Desarrollo frente al deber estatal de realizar la consulta previa a los grupos étnicos.

4.3. Es importante precisar en esta oportunidad que los grupos étnicos titulares del derecho a la consulta previa cobijan, en Colombia, tanto a los grupos indígenas como a las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio. Las comunidades negras son grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente.⁹ En este sentido es pertinente reiterar en su integridad lo explicado por la Corte en la sentencia C-169 de 2001, en relación con el carácter de etnias que tienen tales comunidades:

"3.2.2. Las comunidades negras como grupos étnicos.

[Las comunidades afrodescendientes son] un sector importante de la población colombiana que, en sucesivas oportunidades, ha sido reconocido por el legislador como un grupo étnico especial. En efecto, tanto la Ley 70 de 1.993 (que desarrolla el artículo Transitorio 55 de la Carta), como la Ley 99 del mismo año (sobre protección del medio ambiente), así como la Ley 199 de 1.995 (que organiza el Ministerio del Interior), parten de tal reconocimiento para otorgar una serie de derechos a las mencionadas colectividades, definidas en el artículo 2-5 de la Ley 70/93 como "el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen (sic) de otros grupos étnicos."

Este reconocimiento genera, como consecuencia inmediata, el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Lo que es más importante, se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la O.I.T., cuyo artículo 1 reza:

"1. El presente Convenio se aplica:

- a). a los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b). a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio."

(...) Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer

quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento "objetivo", a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento "subjetivo", esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado. Esta definición, así como el establecimiento de un régimen especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades, constituyen tan sólo el reconocimiento jurídico de un proceso social que ha cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina "negro", a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria. Se trata, así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época -puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los "palenques", pueblos de esclavos fugitivos o "cimarrones", y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia-, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional. En ese orden de ideas, el reconocimiento de estas comunidades, a nivel nacional, en tanto "grupo étnico", es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país. Por esa misma razón, su doble representación en la Cámara de Representantes, es una medida de diferenciación que halla una sólida razón de ser en sus condiciones materiales de existencia, respetando así el artículo 13 de la Carta, y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la O.I.T.

Debe anotarse, eso sí, que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su "raza", puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún "razas puras", lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de "raza negra" y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Lo que es más, no sólo es un hecho reconocido que la categoría "raza" ha sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales, sino que una clasificación semejante de los ciudadanos colombianos no podría ser objeto de una circunscripción electoral como la que se examina, ya que el artículo 176 de la Carta sólo hace referencia a grupos étnicos, y no a grupos "raciales". Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realizada, y no del color de la piel de sus integrantes.

Por último, es conveniente puntualizar que, para los efectos del proyecto bajo revisión, el término "comunidades negras", como lo indica el artículo 1 de la Ley 70 de 1.993 en consonancia con el artículo Transitorio 55 de la Constitución, se refiere tanto a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados. Asimismo, a falta de una mención expresa, se deben entender incluidas dentro de las dichas "comunidades negras", para todo lo relacionado con la circunscripción especial que se estudia, a las agrupaciones raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia, las cuales no sólo comparten con las primeras un origen histórico común en las raíces africanas que fueron transplantadas a América, sino que han sido reconocidas por esta corporación, en consonancia con el artículo 310 de la Carta, como un grupo étnico titular de derechos especiales (cfr. sentencias C-530/93, T-174/98 y C-1022/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero); por lo mismo, no pueden ser razonablemente excluidas de la participación en la Cámara de Representantes por esta circunscripción.¹⁰

5. La especial naturaleza de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo y de su proceso de formación frente al deber de realización de consulta previa.

5.1. La ley contentiva del Plan Nacional de Desarrollo, por mandato del artículo 339 de la Constitución, está conformada por dos partes distintas, una general, y un plan de inversiones de las entidades públicas nacionales. En efecto, dispone el artículo 339 Superior:

"Habrà un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución."

5.2. De esta manera, para efectos de determinar si resulta obligatorio o no realizar consulta previa con los grupos étnicos respecto de la ley contentiva del Plan Nacional de Desarrollo, es necesario tener en cuenta que su contenido tiene niveles distintos de generalidad, y que específicamente en la parte constitutiva del Plan Nacional de Inversiones Públicas, ha de examinarse cada uno de los programas, proyectos y presupuestos plurianuales que lo conforman, para efectos de establecer si tal programa, proyecto o presupuesto plurianual tendrá una incidencia directa y específica sobre los grupos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país, de conformidad con los criterios trazados en la sentencia C-030 de 2008 y reiterados en la presente providencia - es decir, si cada programa, proyecto o presupuesto plurianual individualmente considerado constituye una de las 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".

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.

Disponen los artículos 340 y 341 de la Constitución:

Artículo 340. Habrá un Consejo Nacional de Planeación integrado por representantes de las entidades territoriales y de los sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales. El Consejo tendrá carácter consultivo y servirá de foro para la discusión del Plan Nacional de Desarrollo.

Los miembros del Consejo Nacional serán designados por el Presidente de la República de listas que le presenten las autoridades y las organizaciones de las entidades y sectores a que se refiere el inciso anterior, quienes deberán estar o haber estado vinculados a dichas actividades. Su período será de ocho años y cada cuatro se renovará parcialmente en la forma que establezca la ley.

En las entidades territoriales habrá también consejos de planeación, según lo determine la ley.

El Consejo Nacional y los consejos territoriales de planeación constituyen el Sistema Nacional de Planeación.

Artículo 341. El Gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y someterá el proyecto correspondiente al concepto del Consejo Nacional de Planeación: oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a consideración del Congreso, dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo. (...)"

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 Plan Nacional de Desarrollo y de los proyectos individuales contenidos en el Plan de Inversiones Públicas.

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. La distinción fue trazada con mayor detalle en la sentencia T-637 de 2001,¹¹ así:

"3.1.3. Con la Constitución de 1991 se inició constitucionalmente el tránsito de la democracia representativa a la participativa. Esta nueva concepción de nuestra democracia implica un cambio trascendental del sistema político, cuya primera y más clara manifestación se encuentra en la manera como se comprende al ciudadano como tal. En la democracia representativa liberal clásica, se tenía una visión del ciudadano según la cual su papel se limitaba a elegir a quienes sí tenían el conocimiento y las capacidades suficientes para hacerse cargo de los asuntos del Estado. En palabras de Montesquieu: "El pueblo es admirable para elegir aquellos a quienes debe confiar una parte de su autoridad, pero ¿sabrá conducir un asunto, conocer los lugares, las ocasiones, los momentos y aprovecharse de ellos? No, no lo sabrá. La gran ventaja de los representantes es que son capaces de discutir los asuntos. El pueblo en modo alguno lo es, lo que constituye uno de los graves inconvenientes de la democracia. El pueblo no debe entrar en el Gobierno más que para elegir a sus representantes, lo que está muy a su alcance".

En la democracia participativa, hay una concepción por completo contraria a la que expresa Montesquieu acerca del ciudadano y de su papel en la vida pública. En este sistema, en lugar de desconfiarse del ciudadano, éste goza de plena confianza, lo cual se manifiesta en el derecho que se le otorga de participar en los procesos decisorios públicos que habrán de afectarlo, pues se entiende que es el ciudadano quien en realidad sabe cuáles son sus necesidades y, en esa medida, cuáles las prioridades en la distribución de recursos escasos y, además, tiene mayor interés en obtener los resultados perseguidos.

3.1.4. El concepto de democracia participativa es más moderno y amplio que el de la democracia representativa. Abarca el traslado de los principios democráticos a esferas diferentes de la electoral, lo cual está expresamente plasmado en el artículo 2° de la Carta. Es una extensión del concepto de ciudadanía y un replanteamiento de su papel en una esfera pública que rebasa lo meramente electoral y estatal. El ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios que incidirán en el rumbo de su vida.

Esto se manifiesta en varios artículos de la Carta sobre participación en escenarios diferentes al electoral, a los cuales se hará referencia posteriormente. Pero aún en éste, el tradicional de la democracia liberal, los ciudadanos no votan sólo para elegir, sino también para decidir.

(...) El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo."

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.

Al ser, así, expresiones de distintos principios que subyacen al régimen democrático colombiano, no se deben confundir las instancias de representación y participación de los grupos étnicos en el proceso de formación de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo. La representación de los grupos indígenas en el Consejo Nacional de Planeación, que es una representación general de todas las etnias del país, no suplente 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 suplente 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.

5.4. Una lectura detenida de las distintas disposiciones contenidas en la Ley 1151 de 2007 revela que éstas prevén varios proyectos susceptibles de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes que residen en las zonas donde estos habrán de ser ejecutados. En efecto, varios proyectos y programas incluidos dentro del Plan Nacional de Inversiones, o resaltados por su importancia dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, incidirán directa y específicamente sobre distintos grupos del país –independientemente de si su impacto será benéfico o perjudicial, cuestión cuya determinación atañe a las comunidades étnicas –indígenas o afrodescendientes- potencialmente afectadas en ejercicio de su autonomía y sus derechos colectivos. Es claro para la Corte que, respecto de cada uno de estos proyectos individuales, sí existe una obligación estatal específica de realizar consulta previa, en su integridad y con pleno cumplimiento de los requisitos constitucionales precisados por la jurisprudencia constitucional, según lo sintetizado en el apartado siguiente.

6. Los requisitos de la consulta previa a cada comunidad étnica afectada directa y específicamente por un proyecto determinado.

6.1. La determinación del remedio constitucional adecuado ante la falta de consulta previa.

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-038 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 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."

La Corte considera que en este caso no es procedente declarar inexecutable como un todo la Ley 1151 de 2007, por cuanto (a) ésta contiene numerosas disposiciones diferentes, con distintos grados de generalidad, en relación con las cuales no existe un deber estatal de adelantar consulta previa con los grupos indígenas del país, (b) por ser separables de los artículos que conciernen directa y específicamente a los pueblos indígenas, y (c) por ser completamente ajenos a su ámbito de protección. Cualquier decisión adoptada por la Sala Plena en el presente proceso de constitucionalidad se circunscribirá a las disposiciones específicas contenidas en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que puedan afectar en forma directa y específica a grupos indígenas o comunidades afrodescendientes de las zonas donde se habrán de implementar, tales como los distintos ejemplos antes citados.

También resalta la Corte que la Ley del Plan se ejecuta por sí misma, según el artículo 341 Superior.¹²

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 a 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 a que dicha consulta se realice.

6.2.5. Las consultas previas a realizar en relación con los proyectos, se habrán de llevar a cabo con cumplimiento de las pautas reiteradas en el apartado 6.3. de la presente sentencia.

Ahora bien, precisa la Sala que si en relación con los proyectos incluidos en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que afectan directa y específicamente a grupos étnicos ya se hizo la consulta, y esta se realizó con cumplimiento pleno de las condiciones constitucionales y participación activa de las comunidades étnicas afectadas, no habrá que volver a cumplir con este trámite.

6.3. Por otra parte, también resulta necesario puntualizar en esta oportunidad los requisitos que ha trazado la jurisprudencia constitucional para la realización de la consulta previa con grupos étnicos, los cuales se pueden subsumir en las reglas constitucionales enunciadas a continuación, a las cuales se ha de dar pleno y total cumplimiento en cada uno de los procesos de consulta previa individuales a realizarse respecto de los proyectos específicos incluidos en la Ley del Plan que puedan afectar directa y específicamente a comunidades indígenas o afrodescendientes.

6.3.1. La naturaleza constitucional y de derecho fundamental de los procesos de consulta previa ha de ser el criterio orientador para su aplicación y desarrollo.

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".¹³ 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".¹⁴ 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 cual de ellos posee una legitimación mayor".¹⁵

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 afrodescendientes.¹⁶ Es 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.¹⁷ 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.

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 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.

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 hábitat"¹⁸,¹⁹

6.3.2. Inadmisibilidad de posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa.

La consulta previa no es un proceso adversarial en el que las autoridades se contraponen a los grupos étnicos; por el contrario, es una oportunidad para que los grupos étnicos afectados participen efectivamente en los proyectos que, con su pleno e informado consentimiento, se hayan de realizar en sus territorios ancestrales, esencialmente orientada a garantizar la integridad de sus derechos colectivos: "...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."²⁰

6.3.3. Inadmisibilidad de procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa; no asimilación de la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas, o actuaciones afines.

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 fundamentales²¹ de las referidas comunidades."²²

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."²³ 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";²⁴ ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente;²⁵ 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 afectadas.²⁶

6.3.4. Necesidad de establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe.

La consulta previa se debe llevar a cabo "de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias",²⁷ 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".²⁸ En efecto, según ha explicado la Corte, las consultas "deberán adelantarse de buena fe, atendiendo las circunstancias, con miras a un concertación".²⁹ En idéntico sentido el artículo 6° del 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: "...Siguiendo los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, entonces, las consultas que se ordenan no podrán tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que [los pueblos afectados] 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."³⁰

Sobre este particular se 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 de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada."

Con miras a lograr que los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes con las que se adelante la consulta previa estén en plena capacidad de informarse y comprender la propuesta y sus implicaciones, así como de establecer su posición sobre el particular y hacerla valer a lo largo del proceso, es posible que estén acompañados por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los grupos étnicos afectados.

6.3.5. Necesidad de valorar la importancia fundamental del territorio y de sus recursos para los grupos étnicos, y de apreciar sus circunstancias específicas.

Al llevar a cabo el proceso de consulta previa, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, las autoridades "deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con sus tierras y territorios, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, atendiendo de manera particular los aspectos colectivos de dicha relación."³¹

Así mismo, en cada caso concreto, la determinación de la gravedad de la posible afectación de la integridad étnica y cultural del grupo indígena o la comunidad afrodescendiente en particular, "el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras, a las características específicas de la comunidad, consultando el efecto de la medida en consideración al pueblo de quien se trata"³²,³³

6.3.6. Definición del procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa en particular mediante un proceso pre-consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada.

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 consultivo".³⁴ 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 desarrollado."³⁵

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 aplicables.³⁶ 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.³⁷ En este sentido, la Corte ha recordado que las normas generales contenidas en las leyes del Congreso que tocan la materia o en los distintos decretos generales expedidos por el Gobierno Nacional

reglamentando el tema de la consulta previa,³⁸ constituyen "pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado" cuya compatibilidad con los derechos fundamentales de los pueblos implicados y con el objetivo esencial del proceso de consulta, ha de ser evaluada en cada caso concreto; en términos de la Corte, "hay que advertir que esos estatutos contienen conceptos tendientes a posibilitar el inicio de la concertación entre las partes a partir de la definición de algunas herramientas estructurales. Para todo caso es necesario señalar que dichas normas no pueden menoscabar la diversidad y autonomía de cualquier etnia³⁹ y por tanto, no constituyen un modelo único de acercamiento con los diferentes pueblos".⁴⁰

6.3.7. Necesidad de realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego, y de someter los derechos e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente legítimas.

La finalidad principal del proceso de consulta previa, cual es la de lograr un acuerdo con los grupos étnicos afectados (art. 6, Convenio 169 de la OIT), "exige que los pueblos consultados conozcan todos los aspectos de la propuesta y sus implicaciones, y que a su vez puedan recibirla, analizarla, difundirla, discutirla y responderla utilizando canales apropiados de persuasión, con miras a que sus intereses, prevenciones y recomendaciones sean considerados y valorados por sus interlocutores."⁴¹ Al realizar la ponderación entre los intereses enfrentados en un caso concreto, y con miras a dar adecuada protección al interés en preservar la diversidad étnica de la nación, deberá tenerse en cuenta que, según lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, "sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas."⁴²

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".⁴³

6.3.8. Preservación de la competencia para adoptar una decisión, no arbitraria y constitucionalmente regulada, en cabeza de las autoridades públicas si no es posible llegar a un acuerdo.

Como se advirtió, el proceso de consulta previa no es un mecanismo adversarial de confrontación de intereses, sino una oportunidad valiosa provista por la Constitución Política para que las autoridades públicas propendan porque los proyectos que afecten directa y específicamente a las comunidades étnicas sean respetuosos de sus derechos fundamentales colectivos e individuales a la integridad étnica, cultural, social y económica.

Sin embargo, cuando después de un proceso de consulta previa en el que hayan sido cumplidas plenamente las diversas garantías constitucionales expuestas en esta providencia, no haya sido posible lograr un acuerdo o una concertación con el grupo étnico afectado, las autoridades preservan la competencia para adoptar una decisión final sobre la realización del proyecto. La adopción de esta decisión es, a su vez, un proceso sujeto a claros mandatos constitucionales; tal y como ha explicado esta Corporación, "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."⁴⁴ En igual sentido, la Corte ha señalado que "...si adelantadas las consultas de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, no se logra el consentimiento de los pueblos consultados acerca de las medidas propuestas, las entidades accionadas deberán evaluar, en lo que a cada una de ellas concierne, la gravedad de las lesiones individuales y colectivas que se causen con las medidas, a fin de implementarle al Programa los correctivos que sean necesarios para salvaguardar a las personas, sus bienes, instituciones, trabajo, cultura y territorio".

En cualquier caso, la Corte recuerda que la participación, expresada a través de la consulta previa, es una garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos. Sin embargo, no es el único medio para alcanzar esta finalidad; de allí que en caso de generarse 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, sigan abiertas las demás vías provistas por el ordenamiento jurídico constitucional para la protección de sus derechos fundamentales colectivos e individuales y el resarcimiento de cualquier daño causado. Además, y en esto la Sala Plena hace hincapié, la mera realización de la consulta previa no justifica la violación material posterior de los derechos fundamentales de los grupos indígenas o afrodescendientes afectados por un proyecto en concreto.

En los anteriores términos, la Corte Constitucional declarará la constitucionalidad condicionada de la Ley 1151 de 2007.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE la Ley 1151 de 2007, en el entendido de que se suspenderá 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 étnicas 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 jurisprudencia constitucional.

Cópiese, notifíquese, comuníquese insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

Ausente en comisión

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado
Con salvamento de voto

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado
Ausente con permiso

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado
Impedimento aceptado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 La Corte dispuso en la parte resolutive de esta providencia: "Declarar INEXEQUIBLE la Ley 1021 de 2006 'Por la cual se expide la Ley General Forestal'."

2 Convenio 169, artículo 7.

3 Sentencia C-169 de 2001.

4 C.P. art. 329.

5 En el Capítulo IX de la Ley 5ª 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."

6 Sentencia C-208 de 2007.

7 *Ibíd.*

8 Sentencia C-891 de 2002.

9 En términos de la Corte, "Está claro, que los pueblos que han venido ocupando las zonas rurales ribereñas de las Cuenca del Pacífico tienen derecho a la delimitación de su territorio, y que esta comporta el derecho de las comunidades negras a utilizar, conservar y administrar sus recursos naturales, no sólo porque las previsiones del Convenio 169 de la OIT, a las que se ha hecho referencia, así lo indican, sino porque el artículo 55 Transitorio de la Carta reconoce en estos pueblos, de antemano, la conciencia de identidad tribal, criterio fundamental, aunque no único, para que opere dicho reconocimiento, en los términos del artículo 1º del instrumento internacional. (...) Que el derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de la delimitación de sus tierras a que se refiere la Ley 70 de 1993, en cuanto ésta resulta definitiva e indispensable para que dichas comunidades puedan ejercer las acciones civiles a que da lugar el reconocimiento constitucional. // Y que el derecho de propiedad colectiva en comento comprende, y siempre comprendió la facultad de las comunidades negras de usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, con criterios de sustentabilidad, y de acuerdo con las limitaciones legales (...). Al parecer de la Sala las previsiones anteriores regulan en forma puntual el derecho de propiedad colectiva de las comunidades negras, a las tierras que tradicionalmente ocupan, reconocido inicialmente en la Ley 31 de 1967 y refrendado por el Convenio 169 de la OIT y el artículo 55 T. de la Carta, de tal manera que son éstas las únicas propietarias de la flora existente en sus territorios, y quienes pueden extraer y aprovechar los productos de sus bosques." Corte Constitucional, sentencia T-955 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

10 Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

11 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

12 Constitución Política, Artículo 341. "(...) El Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. (...)"

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

14 Sentencia T-382 de 2006.

15 Sentencia T-428 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

16 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 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."

17 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 por que 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 cuenta 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."

18 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, edicions bellaterra 2000, Barcelona.

19 Sentencia SU-383/03, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

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

21 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.

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

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

24 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."

25 "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.

26 "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.

27 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

28 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

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

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

31 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

32 Sentencia T-349 de 1996, en igual sentido T-523 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

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

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

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

36 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 previsibles 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 previsibles, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, participación 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]."

37 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".

38 Estas normas incluyen los Decretos 1397 de 1996 y 1320 de 1998, así como las Leyes 99 de 1993, 160 de 1994, 191 de 1995, 199 de 1995 y 685 de 2001, entre otras.

39 Sobre este asunto el artículo 5 del Convenio 169 dispone: "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: || a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos 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". Adicionalmente, el artículo 8 prescribe: "1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario".

40 Sentencia T-382 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

41 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

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

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

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

Fecha y hora de creación: 2026-05-21 16:48:09