

Extractivismo, naturaleza y pueblos indígenas: Abordaje jurisprudencial a partir de la posición de la Corte Constitucional de Colombia sobre el derecho a la consulta previa¹

Extractivism, Nature and Indigenous Peoples: Jurisprudential
Approach from the Position of the Colombian Constitutional
Court on the Right to Prior Consultation

Recepción: 09/01/2024 • Revisión: 03/02/2024 • Aceptación: 04/03/2024

<https://doi.org/10.32719/29536782.2024.1.4>

 **Johan Sebastian Lozano Parra**
Universidad Libre, seccional Socorro
El Socorro, Colombia
sebaslp2308@gmail.com, johans-lozanop@unilibre.edu.co

 **María Fernanda Jaimes Melgarejo**
Universidad Libre, seccional Socorro
El Socorro, Colombia
marjmel7@gmail.com, mariaf-jaimesm@unilibre.edu.co

Resumen

A partir de la promulgación de la Constitución política de 1991, Colombia atravesó una serie de cambios en sus fundamentos como Estado, pues pasó de ser un Estado de derecho a uno social y democrático de derecho. Tal aseveración instauró la dignidad humana como principal pilar de toda actuación realizada dentro del aparato estatal. Esto permitió la ampliación y el reconocimiento de multiplicidad de derechos, así como de los elementos esenciales que constituían a Colombia. No obstante, tal situación no ha sido totalmente definida y clara para los pueblos indígenas, pues ha sido la Corte Constitucional, mediante su propia jurisprudencia, la que ha ido enmarcando la evolución de los derechos que tales comunidades tienen de cara a la consulta previa, ampliando y creando reglas y subreglas sobre las maneras en que este derecho opera. El problema que se plantea es el siguiente: ¿de qué manera la Corte Constitucional ha amparado los derechos de las comunidades indígenas y los pueblos tribales dentro del Estado colombiano, respecto del reconocimiento de la consulta previa? La principal respuesta permitió determinar que, al desarrollar su marco jurídico, el alto tribunal ha sido la salvaguardia no solo de las comunidades indígenas, sino también de la operatividad de la consulta previa.

Abstract

Since the promulgation of the Political Constitution of 1991, Colombia went through a series of changes in its foundations as a State, since it went from being a State of Law to a Social and Democratic State of Law. This assertion allowed human dignity to be established as the main pillar of all actions carried out within the state apparatus. This allowed the expansion and recognition of multiple rights, as well as the essential elements that constituted Colombia. However, this situation has not

Palabras clave

Constitución
derechos humanos
Estado
ecosistemas
jurisprudencia
medio ambiente
recursos naturales
población indígena

Keywords

Constitution
human rights
state
ecosystems
jurisprudence
environment

1 Artículo producto de investigación del macroproyecto de investigación “El Estado multicultural y los pueblos indígenas: Construcción del marco jurisprudencial a partir de la acción de la Corte Constitucional colombiana”, inscrito en el Centro de Estudios Jurídicos y Sociojurídicos de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Libre, seccional Socorro.

been fully defined and clear for indigenous peoples, since it has been the constitutional court through its own jurisprudence that has been framing the evolution of the rights that such communities have with regard to prior consultation, expanding and creating rules and sub-rules on the ways in which this right operates. So that would arise as a problem: How has the Constitutional Court protected the rights of indigenous communities and tribal peoples within the Colombian State regarding the recognition of prior consultation? whose main response made it possible to determine that in effect the high court has not only been the safeguard of the indigenous communities when developing its legal framework, but also the operation of the prior consultation.

natural resources
indigenous population

Introducción

A partir de la promulgación de la Constitución política de 1991, Colombia atravesaría una serie de cambios en sus pilares fundamentales: pasaría de ser un Estado de derecho a uno social y democrático de derecho. Dicho tránsito respecto de la anterior Constitución representaba nuevos paradigmas esenciales como país, en la medida que se elevaba a la dignidad humana como máximo fundamento y a su garantía como una de sus principales finalidades.² Como muestra de ello, desde este momento el Estado inició un proceso de reconocimiento de los diferentes elementos que componen a la nación desde su entorno, comprendiendo durante este trasegar los factores multiculturales, pluralistas e históricos que poseía en sus raíces.

Es así que, con la llegada de la nueva Constitución, Colombia buscaría que el legado de discriminación que traía la anterior carta política desapareciera o disminuyera para ser casi inexistente con el pasar de los años. Para ejemplificar lo dicho, la Constitución de 1886 no incluía dentro de ninguno de sus artículos aspectos relacionados con los pueblos indígenas o las raíces multiculturales, aspecto totalmente diferente en la Constitución de 1991, que integró el reconocimiento étnico y cultural de la nación colombiana.³ Esto fue parte del resultado de contar dentro de la Asamblea Constituyente con tres miembros de comunidades indígenas como forma de inclusión e igualdad.⁴

Tal escenario se decantaría por estipular tres escenarios que la doctrina ha interpretado dentro de la carta política: 1. elevar a componentes del Estado social de derecho los elementos de pluralismo y multiculturalidad que forman parte de las raíces poblacionales de Colombia; 2. dar al legislador la potestad y libertad para desarrollar

ampliamente estos elementos mediante la regulación y reglamentación de las diferentes necesidades que los pueblos indígenas requieran dentro del territorio nacional; y, finalmente, 3. otorgar a la Corte Constitucional la competencia para que, por la vía de decisiones jurisprudenciales, fuera la encargada de definir los diferentes criterios y reglas de interpretación de la norma superior.⁵

Así, a lo largo de los años, el alto tribunal constitucional ha emitido diferentes definiciones y conceptos que terminarían por subsanar vacíos y ausencias que el legislador no pudo suplir mediante los aspectos regulatorios. La Corte pasaría a ejercer un papel preponderante en la evolución de los derechos de los grupos indígenas mediante su propia jurisprudencia, como forma no solo de garantizar la ausencia de factores normativos, sino también de ampliar nociones frente a los elementos de pluralismo y multiculturalismo.⁶

Teniendo presente lo anterior, tanto por la norma como por la propia jurisprudencia constitucional se han otorgado a estos pueblos una serie de presupuestos: 1. la autonomía territorial; 2. la igualdad formal y material frente a toda la población; y 3. el reconocimiento étnico. En su proceso se desarrollaron tres grandes enfoques, lo que ampliaría la posibilidad de que estos pueblos, acudiendo a su propio autorreconocimiento histórico de igualdad y territorialidad, fueran quienes decidieran sobre los recursos naturales, las zonas y los ecosistemas en los que habitan mediante la entrada en vigencia de la figura de la consulta previa.

Dicho proceso tuvo su origen con la acogida de los parámetros internacionales en materia de reconocimiento y autodeterminación de los pueblos indígenas: el Convenio n.º 169 de la OIT y, posterior a ello, los diferentes fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

2 Stella Vesga, *El neoconstitucionalismo: Influencia en la construcción del Estado social de derecho* (Bogotá: Leyer, 2020).

3 Colombia, *Constitución Política*, Gaceta Constitucional 114, 4 de julio de 1991, art. 7.

4 Johan Lozano et al., "El Estado multicultural y los pueblos indígenas: Construcción del marco jurisprudencial a partir de la acción de la Corte Constitucional colombiana", *Advocatus* 18, n.º 36 (2021), <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.36.7480>.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en torno a los derechos de dichas comunidades. Esto quiere decir que el procedimiento que realizó la Corte Constitucional no solo obedece a postulados constitucionales o a su propia voluntad, sino que responde a una serie de postulados internacionales que era necesario vincular dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Por ello, el presente artículo parte de la siguiente pregunta problema: ¿de qué manera la Corte Constitucional ha amparado los derechos de las comunidades indígenas dentro del Estado colombiano, respecto del reconocimiento de la consulta previa?

En este orden de ideas se plantean tres grandes escenarios que se van a discutir en el desarrollo formal del artículo. El primero trata los aspectos conceptuales y teóricos reconocidos a la consulta previa como derecho y presupuesto para la autonomía territorial de las comunidades indígenas. El segundo aborda el trasegar jurisprudencial que ha tenido la Corte Constitucional en el desarrollo de presupuestos y criterios frente a los factores de multiculturalidad y de consulta previa de los pueblos indígenas. Finalmente, en un tercer momento se discutirán las reglas reconocidas respecto del margen de garantía que fue la Corte Constitucional no solo para las comunidades indígenas sino para el medio ambiente.

Metodología

La metodología empleada para la investigación es la explicada por López Medina⁷ en su libro *El derecho de los jueces*, en lo relativo a la construcción de la línea jurisprudencial. Si bien el artículo no plantea estructurar en sentido estricto un análisis del precedente jurisprudencial, sí acude a las pautas que el autor da para poder identificar: 1. las sentencias que configuran línea; 2. las reglas y subreglas relativas al tema de la consulta previa; y 3. los escenarios jurisprudenciales.

En este sentido, la metodología permite identificar la evolución que ha tenido la jurisprudencia en un determinado problema o tema, que en este caso es el del reconocimiento a la consulta previa. Es por ello que los diferentes fallos que se abor-

darán tienen relación a nivel fáctico y jurídico en lo que respecta a su *ratio decidendi*. Así, se busca identificar la razón de los fallos de la Corte Constitucional sobre el tema objeto de estudio y cuál ha sido el tratamiento que se le ha dado frente a los diferentes reconocimientos y conceptualizaciones. Por esta razón, las sentencias escogidas tienen como principal criterio de selección la relevancia que representaron dentro del trasegar decisional de la Corte frente a la consulta previa.

Por otra parte, la investigación acude a un enfoque descriptivo y analítico.⁸ Frente al primero, se buscan identificar elementos relativos a la figura de la consulta previa, de forma que se pueda describir la situación jurisprudencial en que se encuentra inmerso el derecho. En torno al segundo, se analizan los postulados constitucionales que han sido objeto de discusión dentro de la Corte Constitucional colombiana, en cuanto a la construcción de la consulta previa como derecho y aspecto procedimental dentro de todo proyecto estatal o privado en territorios de la población indígena.

Estado multicultural, pueblos indígenas y postulados constitucionales frente a la consulta previa

La consulta previa dentro del Estado colombiano ha sido una forma de saldar la deuda social e histórica del país con las comunidades indígenas. Esto, a razón de las diferentes situaciones de abandono estatal, discriminación y sesgo frente a ellas.⁹ Tal escenario ha llevado a que los pueblos originarios del Estado se encuentren en problemas de desarrollo social, político y económico, lo que se refleja en escenarios de enajenación, alejamiento estatal y formas indebidas de inclusión.

Sobre esto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a partir de 1989, mediante el Convenio n.º 169 sobre pueblos indígenas, daría cabida a la consulta previa como herramienta y como derecho, algo que posteriormente fue adoptado por el Estado colombiano. La norma internacional tenía como principal finalidad realizar un resarcimiento social y colectivo hacia todas las comunidades étnicas existentes en el mundo.¹⁰

7 Diego López Medina, *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (Bogotá: Legis, 2006).

8 Carlos Hernández et al., *Metodología de la investigación jurídica* (Bogotá: Universidad Libre, 2017), 217-9.

9 Brahian Martínez, "Recepción jurisprudencial de la Corte Constitucional, respecto a la comprensión y conceptualización del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y tribales en Colombia" (trabajo de grado, Universidad Libre, seccional Socorro, Colombia, 2021), <http://tinyurl.com/382kya7a>.

10 OIT, *Convenio n.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (Lima: OIT, 2014).

Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio n.º 169 de la OIT fue aprobado el 27 de junio del año 1989. Buscaba remplazar al Convenio n.º 107, que tenía como principal estandarte integrar dentro de las comunidades nacionales a los pueblos indígenas,¹¹ situación ampliamente criticable por la esfera internacional, en tanto permitía una inclusión de los pueblos originarios, pero no su individualidad y autorreconocimiento. Este aspecto sí fue parte del Convenio n.º 169, al reconocer que los pueblos indígenas existían y que eran autónomos no solo en sus regulaciones, sino también en sus creencias, tradiciones, costumbres y culturas. Se buscó considerar a las comunidades no como una mera realidad fáctica, sino como sujetos de derechos, dotados de singularidad, además de reconocer sus estilos de vida.¹²

Resulta importante entonces resaltar que la influencia del Convenio n.º 169 no es la de servir como una norma modelo para crear un cuerpo legislativo que regule dicho derecho, sino, por el contrario, la de ser un compilado que pueda ser integrado al marco jurídico de un país para que sean las sociedades civiles, los órganos públicos y de forma especial las organizaciones y comunidades indígenas los que puedan emplearlo e invocararlo para poder actuar en defensa de sus propios intereses dentro de litigios en tribunales nacionales o directamente dentro del sistema regional de derechos humanos.¹³

Tal implicación ha permitido que el Convenio sea un modelo inspiracional tanto de reformas constitucionales y legislativas, como de reformas de integración e inclusión jurisprudencial en materia de derechos indígenas en regiones como América Latina. Así, permite la consolidación de conceptos como los de autonomía, consulta, pue-

blos y comunidades indígenas, autodeterminación, territorios ancestrales, entre otros; es decir, ayuda a receptor y asimilar distintas cosmovisiones.¹⁴

Aseveraciones convencionales en torno a las comunidades indígenas

Las cláusulas convencionales, al igual que cualquier norma que integra un sistema jurídico, no pueden interpretarse o analizarse únicamente al tenor literario o en el sentido estricto de quienes las redactaron. El derecho evoluciona y cambia a la par de las transformaciones sociales y las diferentes realidades.¹⁵ Por ello es tan relevante el papel de la Corte IDH: es la encargada de interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y reconocer en su jurisprudencia situaciones fácticas y jurídicas, al tiempo que ordena a los Estados ampliar su esfera de garantías hacia poblaciones históricamente marginadas.¹⁶

Si bien existen debates acerca de si la jurisprudencia tiene un carácter obligatorio en lo que respecta a su precedente,¹⁷ existen posturas que indican que dichas decisiones forman parte del *corpus iuris*, compuesto no solo por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, sino extendido hasta las interpretaciones, el contenido y los efectos jurídicos de declaraciones, resoluciones y fallos judiciales. Esto, debido a que es el tribunal interamericano el que hace las veces de intérprete de la CADH bajo una perspectiva jurisdiccional.¹⁸ En este sentido, a continuación se analizan los casos que al nivel de la Corte IDH han representado un mayor avance en materia de consulta previa, y cuyas bases son un punto de partida para el reconocimiento de este derecho.

El primero de estos casos es el de Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.¹⁹ La relevancia

11 José Antonio Santander, "El convenio 169 de la OIT en la seguridad social de los pueblos indígenas en los países latinoamericanos", *Revista Latinoamericana de Derecho social* 28 (2019), <http://tinyurl.com/544d5kab>.

12 *Ibid.*

13 Christian Courtis, "Apuntes sobre la aplicación del convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina", *Revista Internacional de Derechos Humanos* 6, n.º 10 (2009), <http://tinyurl.com/5exb94m3>.

14 *Ibid.*

15 Juan Pablo Vismara, "Pueblos indígenas y derechos colectivos. La consulta previa como garantía esencial para el resguardo de los derechos indígenas: La nueva jurisprudencia de la Corte IDH", *Derechos Humanos* 2, n.º 2 (2013), <http://tinyurl.com/jzzz7yav>.

16 *Ibid.*

17 Debe entenderse que la actual posición de la Corte Constitucional frente a la jurisprudencia de la Corte IDH es negativa, pues no se reconoce la vinculación directa del precedente interamericano sino únicamente aquellos fallos que lo nombran y vinculan. Tal es la posición de la misma jurisprudencia constitucional, que ha indicado múltiples veces que el control de convencionalidad no puede aplicarse en estricto sentido dentro de su marco jurídico. Johan Lozano y Dayan Chacón, "Operatividad del control de convencionalidad por vía de excepción: Medio de garantía en los procesos judiciales en el Estado colombiano", *Revista Cadena de Cerebros* 5, n.º 1 (2020), <http://doi.org/10.5281/zenodo.4300574>.

18 *Ibid.*

19 Corte IDH, "Sentencia de 27 de junio de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)", *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 de junio de 2012, <http://tinyurl.com/k858zh5c>.

del caso en concreto es que, primero, la Corte IDH hace una interpretación extensiva de la CADH en lo relativo a la protección de los derechos de las comunidades desde una perspectiva colectiva, y, segundo, indica la importancia que tiene la consulta previa para los pueblos indígenas como una forma de avisar de una posible afectación a sus territorios.

Las razones fácticas del caso tenían especial preocupación, pues el proyecto de explotación que se realizaría dentro de dichos territorios tenía una duración de veinte años, con posibilidad de prorrogarse por un tiempo superior. Ante este escenario, la disminución de territorios ancestrales para agricultura, caza, pesca y recolección configuraba una vulneración especial a la forma de vida de sus habitantes y a la visión que tienen de su propia existencia.²⁰

La Corte IDH, entonces, analizó la importancia de los territorios para la cosmovisión de los pueblos indígenas: forman parte intrínseca de su desarrollo, pues les permiten el uso, el goce y la supervivencia como comunidad y colectividad. Por ello, su protección implica la necesidad de ampliarse hacia los recursos naturales y los ecosistemas. De esta manera, la conexión con los territorios es un elemento esencial de dichas comunidades, lo que cae bajo la esfera del art. 21 de la CAHD, al procurar la protección de la dignidad humana no de los individuos de una comunidad, sino en términos generales de toda una colectividad como sujeto de derechos.²¹ Por ello, la consulta previa permite la subsistencia de la comunidad y expone con ello la posibilidad de violación a sus derechos humanos y las afectaciones que todo proyecto puede tener dentro de estos territorios sobre las formas de vida y costumbres de un grupo indígena.

Dicha postura tiene relación con el fallo de Pueblo Saramaka vs. Surinam.²² En este se resalta que la protección de los pueblos indígenas y la garantía de la consulta previa a nivel de ponderación no implican una preponderancia de derechos en el que estos estén por encima de la necesidad de un Estado por explotar o extraer sus recursos para el bien general de la nación. Por el contrario, se ve en la consulta previa una posibilidad de dar a conocer a las poblaciones diferentes circunstancias que pueden afectarlas o no. Así, se deben garantizar los siguientes criterios:

1. Realizar un proceso participativo en el que se garantice el derecho a la consulta de forma democrática a todos los individuos de una comunidad.
2. Estudiar el impacto ambiental del proyecto.
3. Indicar los beneficios para las comunidades al permitir la explotación de los recursos naturales y darles a conocer las formas en que serán indemnizados. Esto, teniendo en cuenta el respeto a la decisión que las comunidades tomarán, pues esta forma parte de su autodeterminación.

Sobre esto último, el fallo resulta de gran trascendencia, pues implica que en el respeto a la decisión que tomen las comunidades y pueblos indígenas se cimienta la consulta previa: con ella se respetan sus derechos, su forma de identificarse y concebirse como una cultura pluralista, democrática y multicultural.²³ Por consiguiente, tal derecho es una garantía fundamental para permitir la participación de las comunidades en la toma de decisiones que puedan afectar sus derechos, y es a su vez un medio para que los pueblos indígenas se relacionen de forma efectiva y adecuada con el Estado y con actores privados y sociales.

Dicho esto, se establece una obligación a nivel interamericano que no solo proviene de la Convención n.º 169, sino que se extiende conforme a criterios de interpretación y aplicación de la Corte IDH en lo que respecta a la participación de los pueblos indígenas y al papel del Estado en garantizar su deber de consultarles de manera adecuada e informada sobre lo que se realizará en sus territorios. No hacerlo comprometería la responsabilidad internacional de los Estados: en caso de que internamente no se respete dicho derecho, se acudiría ante instancias supranacionales para su salvaguardia.

Situación de la consulta previa en el Estado colombiano

Uno de los beneficios de esta norma convencional es que obliga al Estado colombiano a tomar una serie de medidas de índole político, jurídico, administrativo y legislativo, lo que generó un cambio que es reflejo de los mismos postulados

20 Ibid.

21 Silvia Veintimilla y Mary Elizabeth Chacón, "La gran deuda vigente de Ecuador: El caso Sarayaku", *Foro. Revista de Derecho* 39 (2023), <http://tinyurl.com/4s8tjd3m>.

22 Corte IDH, "Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)", *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 28 de noviembre de 2007, <http://tinyurl.com/4cw4d29n>.

23 Ibid.

interpretativos de la carta política de 1991. En tal línea, Colombia ratificaría la Convención n.º 169 por medio de la Ley n.º 21 de 1991, que la incorporaría a su marco normativo y obligaría a implementar aspectos de participación y consulta para que las comunidades pudiesen tener garantías democráticas dentro de sus territorios.

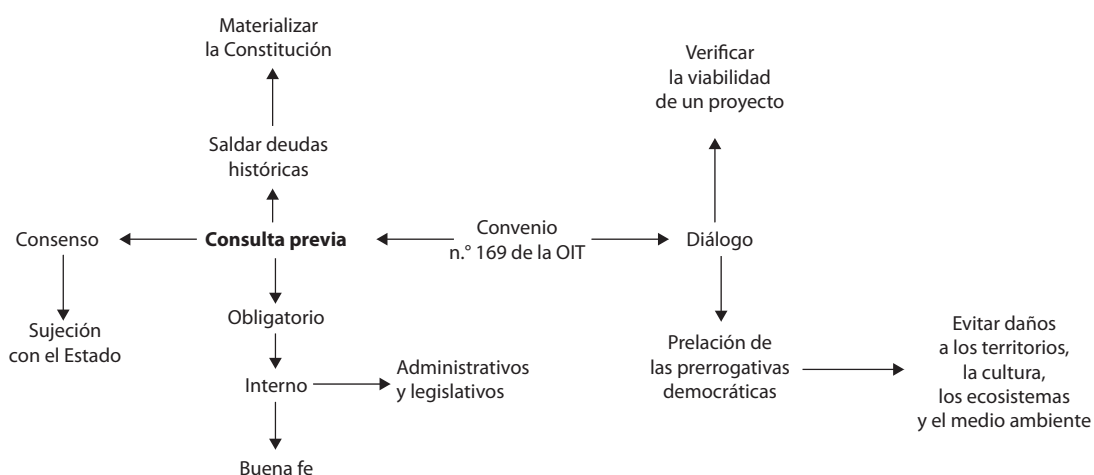
Esto se encuentra establecido como margen de obligatoriedad dentro del art. 6, núm. 1, de la Convención n.º 169, que señala que todas las entidades —lo que se extiende hacia los entes territoriales de nivel nacional, departamental, regional y municipal— eleven solicitud de comunicación, diálogo y consulta a las comunidades indígenas dentro de un determinado territorio, para que tomen una decisión frente a un proyecto o política pública, siempre que se esté frente a una afectación directa al bienestar de dichos pueblos.²⁴

Así, para la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT,²⁵ el caso del Convenio n.º 169 frente a la consulta previa es un acto sujeto a factores administrativos, políticos y legislativos, que se establecen a partir de tres pautas que deben ser acatadas en su totalidad: 1. el factor de obligatoriedad como requisito para poder realizar algún proyecto que afecte los territorios de las comuni-

dades; 2. establecer en el ordenamiento interno procedimientos administrativos y judiciales que materialicen lo expuesto por el Convenio n.º 169; y 3. que se comprenda este derecho como un acto de buena fe que se creó como una forma de respetar, aprender y conceder a las comunidades indígenas la posibilidad de generar un escenario de diálogo y sujeción para con el Estado.

En otros términos, la consulta previa se estableció principalmente como una manera de otorgar a las comunidades indígenas la potestad de materializar el principio de autonomía territorial, en tanto son ellas las que asumen el cuidado, la protección y la garantía de las zonas que históricamente han habitado, en una relación consensual en la que se debate con el Estado el uso de: 1. tierras; 2. recursos naturales; y 3. temporalidad de los proyectos. Esto ha permitido, según la OIT,²⁶ que el Estado o las instituciones público-privadas que llevan a cabo los proyectos y las obras dentro de los territorios puedan acordar con los pueblos que, a cambio de la realización de lo que se consensúe, los vinculen a sistemas de seguridad social, les brinden trabajo por períodos de tiempo, les den formación académica y profesional, así como les permitan tener salud y un trato digno.

Figura 1
Relación entre consulta previa y pueblos indígenas



Elaboración propia.

24 Esto quiere decir que, mediante el bloque de constitucionalidad, Colombia ratificaría y firmaría la Convención n.º 169 de 1989, incorporándola con la Ley n.º 21 de 1991 de forma total.

25 La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones es un organismo autónomo e independiente que se encuentra actualmente constituido por veinte juristas cuya función es examinar los convenios y las respectivas recomendaciones que emite la OIT. OIT, *Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2013 (I): Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones* (Ginebra: OIT, 2013).

26 OIT, *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989* (núm. 169) (Ginebra: OIT, 2013).

Carácter obligatorio de la consulta previa

Sin embargo, y a pesar de lo expuesto anteriormente, desde su incorporación al Estado colombiano, este aspecto no ha podido funcionar adecuadamente. Ha sido la Corte Constitucional la que ha entrado a resolver los conflictos provocados dentro de los territorios de las comunidades indígenas por razones culturales, ambientales y sociales.

Según Ríos y Uprimny, magistrados ponentes de la sentencia SU-123 de 2018,²⁷ fue el alto tribunal constitucional el que terminó por construir un marco decisional y regulatorio no solo de la consulta previa, sino también frente a los derechos de los pueblos indígenas y el factor de multiculturalidad, debido a la ausencia del Poder Legislativo en la cocreación de normas fuertes tendientes a estructurar el funcionamiento de la consulta previa dentro del Estado colombiano y, de forma específica, en las entidades territoriales.

Muestra de esto es que tan solo fue a partir de la sentencia SU-039 de 1997²⁸ que se ampliaron de manera directa los derechos convencionales de las comunidades indígenas, pues dentro del fallo se estructuró que el Convenio n.º 169 era de carácter obligatorio y estaba sujeto a los postulados del bloque de constitucionalidad. De este modo, su no aplicación terminaría por generar un margen de inseguridad jurídica para toda la población colombiana frente al territorio y el medio ambiente. Para el año 2006, esta noción se volvería a ampliar: la sentencia T-704²⁹ establecería que la consulta previa, además de estar sujeta a los parámetros internacionales, debe garantizar: 1. la autonomía total de los territorios indígenas como principio; 2. que exista trascendencia de los derechos humanos y fundamentales de esta población como medio de garantía; y 3. que la

titularidad de la decisión final no esté en el Estado sino en los grupos étnicos reconocidos e identificados dentro de los territorios. Ignorar estos aspectos no solo configura una vulneración directa a la Constitución y las comunidades, sino también a los mandatos convencionales.

Esta postura venía siendo trabajada por la misma Corte Constitucional en la sentencia SU-383 de 2003³⁰ y fue nuevamente adoptada en la sentencia C-030 de 2008.³¹ En ellas se determinó de forma específica que la consulta previa tiene carácter permanente y perdurable; es decir, una vez ratificado, firmado e incluido dentro del cuerpo normativo nacional el convenio, al Estado le conviene salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, lo que implica a su vez garantizar los derechos culturales, ambientales y sociales que conlleva proteger los territorios y ecosistemas.

Papel de la Corte Constitucional en los derechos de las comunidades indígenas

La relevancia de la posición de la Corte Constitucional frente a la consulta previa y los derechos de las comunidades indígenas radica esencialmente en el concepto de pluralismo social.³² Este es el que da apertura al reconocimiento de múltiples derechos en sectores de la población colombiana que durante un largo tiempo fueron excluidos, tal como las comunidades indígenas o afrodescendientes —esta última no es objeto de análisis de la investigación, pero se indica como ejemplo—.

Esto ha representado para el alto tribunal constitucional posibilitar los procesos sociales y ser garante de derechos de grupos poblacionales que tradicionalmente fueron marginados dentro del Estado colombiano. Lo ha logrado ubicando en su jurisprudencia una confrontación directa en-

27 Colombia Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, "Sentencia", en *Juicio SU-123*, 15 de noviembre de 2018.

28 En este caso, el alto tribunal revisa el proceso de una acción de tutela que fue instaurada por el defensor del pueblo Jaime Córdoba, en representación de los integrantes del grupo étnico indígena u'wa, en contra del Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia. Los fundamentos fácticos del caso radican en la vulneración de los derechos a un ambiente sano, los derechos de las minorías étnicas a sus territorios, a la autodeterminación y a la participación social, debido a que la empresa en mención tuvo permiso de explotación sísmica dentro de los resguardos indígenas y parques naturales. La situación en concreto se debe a que la realización de la consulta previa no se hizo conforme a lineamientos jurídicos, sino, por el contrario, se llevó a cabo aludiendo a una simple reunión en la que se comunicaba el proyecto a los miembros de dicha comunidad. Colombia Corte Constitucional, Sala Plena, "Sentencia", en *Juicio SU-039*, 3 de febrero de 1997.

29 El alto tribunal entró a estudiar la acción de tutela instaurada por la Asociación de Jefes Familiares Wayuu de la zona norte de la Alta Guajira contra el Ministerio del Interior y de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación y el Municipio de Uribia. La situación de vulneración y abuso de poder se generó cuando se impidió a las comunidades indígenas percibir recursos para su participación en distintos escenarios administrativos. Por esta razón no pudieron acceder a planes de ingresos ni a la ejecución del plan de inversiones para dicha comunidad. Colombia Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, "Sentencia", en *Juicio T-704*, 22 de agosto de 2006.

30 Colombia Corte Constitucional, Sala Plena, "Sentencia", en *Juicio SU-383*, 13 de mayo de 2003.

31 Colombia Corte Constitucional, Sala Plena, "Sentencia", en *Juicio C-030*, 23 de enero de 2008.

32 Eduardo Rodríguez, "El pasaje del Estado y el derecho a la postmodernidad", *Via Inveniendi et Iudicandi* 11, n.º 2 (2016), <http://tinyurl.com/z3yn2x2t>.

tre convicciones y derechos, como es el caso de la consulta previa, que prevalece como derecho inherente de las comunidades indígenas frente a proyectos económicos o ambientales que el Estado o entidades privadas deseen realizar.

Tal confrontación social es la que termina fundamentando el valor del pluralismo reconocido por la Corte Constitucional. Este se ha dado desde tres ópticas: 1. la promoción y admisión al marco jurídico de la diversidad; 2. la valoración positiva de las múltiples formas de libertad religiosa, pensamiento y expresión que existen en la sociedad; y 3. la posibilidad de evitar cualquier tipo de conflicto, sea jurídico, social o político, dentro del territorio.³³

En otros términos, se ha posibilitado el reconocimiento de aspectos como la dignidad humana a las comunidades indígenas por medio de derechos como la consulta previa: se les ha reconocido un margen de autonomía conforme a su propia autodeterminación y plan de vida, un mínimo de condiciones para su existencia y bienes intangibles como parte de su patrimonio e integridad moral y física.³⁴ De aquí que sea dable hablar del papel social que el alto tribunal ha tenido de forma directa e indirecta en los reconocimientos y las interpretaciones de su jurisprudencia.

Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y derechos de los pueblos indígenas

La construcción de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a los pueblos indígenas —y de forma específica frente a la consulta previa— ha consistido en un desarrollo estructurado, amplio y de multiplicidad de escenarios jurisprudenciales, pues, como se indicó anteriormente, la ausencia de un correcto desarrollo legislativo ha implicado de contera que sea el alto tribunal el que deba amparar los derechos de los diferentes pueblos étnicos ubicados en el amplio territorio.

El entramado jurisprudencial tuvo su inicio en el año de 1994, con los primeros procesos de ponderación constitucional de la Corte frente a diferentes

temas objeto de debate y discusión jurídica. Lozano, Caballero, Cruz y Lascarro³⁵ establecieron tres grandes divisiones acerca del reconocimiento de los elementos de multiculturalidad como derechos fundamentales de las comunidades indígenas.

En la primera, de modo general, la Corte Constitucional desarrolló una serie de postulados que, si bien ya estaban incluidos dentro de la carta política, por su propia condición debieron ser ampliados con miras a garantizar los derechos de todas estas comunidades. Aspectos tales como la autonomía territorial, la consulta previa, el enfoque diferencial, el derecho a la cultura e integridad, etc., fueron objeto de amplio debate dentro del desarrollo constitucional, y de estos enfoques se desprendieron múltiples escenarios.

En un segundo momento, el alto tribunal desarrolló cada uno de estos postulados y los amplió. Allí hizo un reconocimiento especial del servicio militar diferenciado, la libertad de culto y la necesidad de integrar a estas comunidades a la seguridad social. La educación, la diversidad étnica, la honra, el buen nombre, la diversidad cultural, la salud, la justicia indígena, el respeto a los derechos de la naturaleza y el reconocimiento a la autonomía, entre otros, también fueron objeto de un desarrollo particular por parte del Estado.

Finalmente, la tercera división es aquella en la que la Corte Constitucional desarrolló específicamente cada uno de estos postulados. De forma particular, para el tema de la consulta previa ha determinado no solo las reglas y situaciones en que procede, sino que ha optado por establecer a la par el principio de autonomía territorial, integridad y reconocimiento cultural como elementos propios de este derecho. Dentro de estos aspectos ha hecho un avance aún mayor frente a los postulados democráticos, lo que ha llevado a postular a la consulta previa como una herramienta para alcanzar derechos y reconocer situaciones.

A continuación, una reinterpretación gráfica de lo expuesto, acudiendo a los aspectos jurisprudenciales que da la Corte Constitucional.

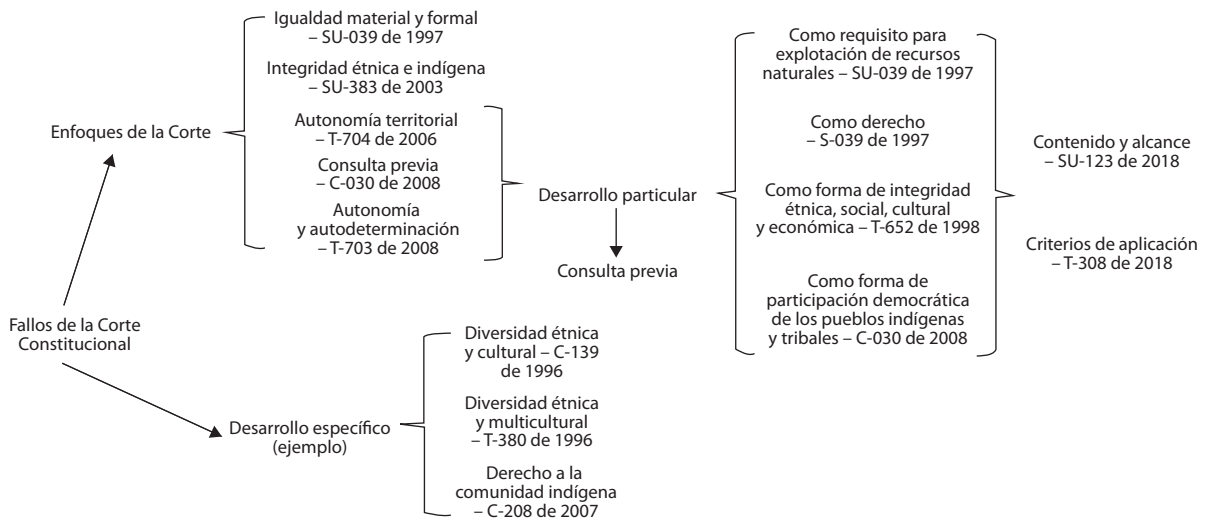
³³ *Ibíd.*

³⁴ Édgar Guarín, Luisa Olarte y Juan Sebastián Garzón, “El pluralismo social en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y sus efectos en la realización efectiva de los derechos”, *Via Inveniendi et Iudicandi* 14, n.º 2 (2019), <http://tinyurl.com/3vuvnny8>.

³⁵ Lozano et al., “El Estado multicultural y los pueblos indígenas”.

Figura 2

Escenario general de los derechos de los pueblos indígenas



Elaboración propia a partir de análisis jurisprudencial.

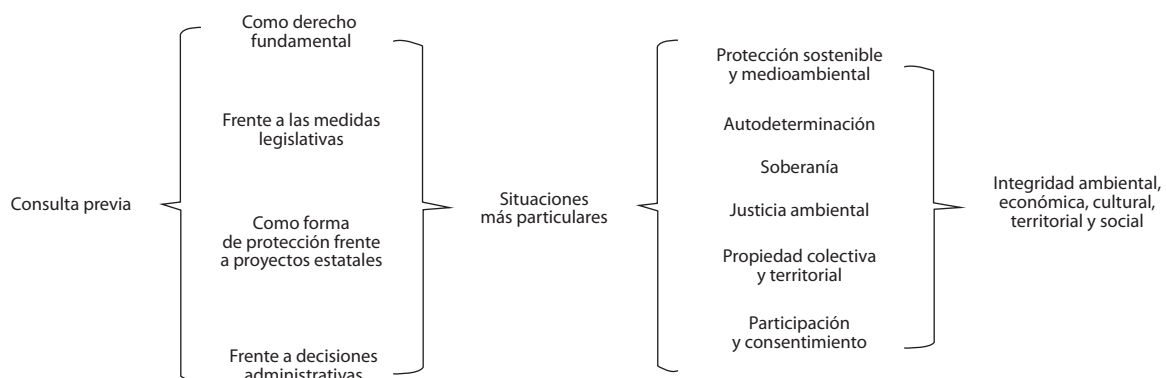
A partir de sus fallos, la Corte Constitucional ha hecho un desarrollo particular del derecho a la consulta previa, en el que ha ahondado en enfoques tales como el de la autonomía territorial, la autodeterminación, la igualdad y la integridad. A su vez, dichos fallos han permitido abordar aspectos específicos que, sin tener relación estrecha con la consulta previa, sí forman parte de los derechos de las comunidades indígenas y étnicas, como ocurre con los factores de diversidad y multiculturalismo.

Ahora bien, y entrando al objeto de investigación, la Corte Constitucional estableció cuatro grandes escenarios en torno a la consulta previa y sus vicisitudes: 1. la consulta previa tratada como

derecho fundamental y un medio o mecanismo para la salvaguardia de la multiplicidad de derechos constitucionalmente reconocidos para las comunidades; 2. la consulta previa frente a las medidas legislativas; 3. la consulta previa en torno a los proyectos y planes de desarrollo territorial; y, finalmente, 4. la consulta previa frente a las decisiones administrativas. Sobre estas subyacen situaciones de índole ambiental y social: 1. el desarrollo ambiental, ecológico y sostenible; 2. la autodeterminación; 3. la soberanía; 4. la propiedad colectiva; 5. el desarrollo del consentimiento previo y la participación; y 6. la integridad económica, cultural y social.

Figura 3

Escenario jurisprudencial de la consulta previa en comunidades indígenas



Elaboración propia.

Fallos relativos al reconocimiento de la consulta previa por la Corte Constitucional

Es mediante lo anterior que la Corte Constitucional establece un escenario de aplicación particular y específico, pues es a partir de la consulta previa, la autonomía territorial y la autodeterminación como pueblos indígenas que el alto tribunal encamina su interpretación del elemento de multiculturalidad de la carta política y maximiza la garantía de protección por parte de esos grupos no solo a los territorios, sino a su vez al medio ambiente y a la forma en que el Estado puede explotar los recursos naturales que se ubican dentro o cerca de las comunidades étnicas.

De esta manera, a continuación se aborda la línea jurisprudencial relativa al desarrollo de la consulta previa, lo que implicaría tan solo uno de los múltiples escenarios constitucionales de los derechos de las comunidades indígenas relacionados a la naturaleza y los factores multiculturales. No obstante, se procederá a analizar siete fallos cuya relevancia constitucional resulta amplia para el tema.³⁶

- Sentencia de unificación SU-039 de 1997: primera aproximación

El fallo en cuestión encuentra su principal fundamento en el desconocimiento que una entidad de orden estatal tuvo al no realizar la consulta previa. Dentro de la situación, el alto tribunal explica que la consulta previa se incorporó al marco constitucional colombiano como una forma de vincular a las comunidades indígenas a la toma de decisiones sobre sus territorios en temas de explotación de recursos naturales y licencias ambientales, así como para crear estipulaciones consensuadas frente a los parámetros finales de la ejecución del proyecto.

De este modo, no tener en cuenta a las comunidades indígenas se configuraría en una violación, puesto que es requisito obligatorio para poder llevar a cabo proyectos ambientales y de explotación extractiva dentro de las zonas. El alto tribunal, acudiendo a esto, señala que la consulta previa es una garantía que evita que ocurran situaciones de vulneración de derechos, no solo de la comunidad sino también de los recursos naturales de la nación. A su vez, establece la necesidad de regular y reglamentar esta figura jurídica en tanto que resulta

para el Estado colombiano una herramienta que parte de preceptos convencionales.

- Sentencia hito de constitucionalidad C-891 de 2002:³⁷ vinculación internacional

En esta ocasión, la Corte Constitucional, estudiando las razones fácticas, determinó los elementos que componen la consulta previa, y señaló que su finalidad es construir un marco de participación entre las comunidades y el Estado en el que se pueda —de forma armónica, consensuada, democrática y sobre todo pluralista— llegar a un acuerdo. En este, se tendrían en cuenta, además de la extracción y explotación de recursos naturales, los derechos de la población cercana al proyecto que pueden estar siendo vulnerados.

Uno de los aspectos que más se resaltan del fallo en cuestión es que, por primera vez, el alto tribunal reconoce que para poder salvaguardar los derechos a la comunidad se deben tener en cuenta la cosmovisión y la connotación ancestral, así como su visión de comunidad desde lo espiritual con la naturaleza. De esta forma, no acatar o no dar procedibilidad a la consulta previa iría en desmedro de la preservación de los territorios ancestrales como modo de reparar el tejido social entre Estado y comunidades indígenas.

En otros términos, la consulta previa sirve como un permiso para la explotación en tanto el medio ambiente, los ecosistemas y los mismos recursos reconocidos dentro del territorio forman una parte esencial de la vida de estas comunidades. Alterarlos, aun cuando existen nuevas garantías de por medio, resulta en aspectos irreparables e imposibles de salvaguardar para las comunidades, así como insostenibles en el tiempo.

- Sentencia por demanda de inconstitucionalidad C-030 de 2008³⁸

La Corte Constitucional, dentro del fallo en cuestión, analizaba la inconstitucionalidad de unos apartados normativos de la ley forestal, en los cuales no se vinculó de forma directa el requisito de consulta previa para realizar proyectos de deforestación en cualquier territorio, independiente de si era de comunidades indígenas, municipios o departamentos. El alto tribunal señaló que resulta inadmisibles la existencia de una norma que no vincule mandatos internacionales en materia de

36 Esto no implica que sean las únicas sentencias sobre el tema: la totalidad de fallos en materia de consulta previa es aproximadamente 83.

37 Colombia Corte Constitucional, Sala Plena, "Sentencia", en *Juicio C-891*, 22 de octubre de 2002.

38 Colombia Corte Constitucional, Sala Plena, "Sentencia", *Juicio C-030*.

protección de comunidades indígenas y de situaciones ambientales, en tanto que llevar a cabo un proyecto sin realizar una consulta previa implicaría una vulneración no solo a la Constitución, sino a todo el entramado jurisprudencial que configura el avance en materia de esta población.

- Sentencia de tutela T-547 de 2010:³⁹ aproximación a factores de vulnerabilidad

El alto tribunal señaló que la vulneración generada cuando las entidades de orden administrativo no dan operatividad a la consulta previa implica que la naturaleza y las comunidades indígenas, por sus condiciones, se encuentren en una situación de indefensión desproporcional frente al accionar del Estado. Esto ocurre porque se comprende que, al ser el ente estatal el garante, debe evitar a toda costa la existencia de posibles daños o vulneraciones frente a la población. Al permitirlo, no solo impide el ejercicio del carácter democrático y político de la consulta previa, sino que termina por generar un detrimento al medio ambiente y a las mismas comunidades que se ven afectadas por las diferentes decisiones administrativas.

Es por ello que la Corte ordenó a la administración pública, además de cumplir el requisito previo de elevar la consulta previa, programar las políticas públicas necesarias y los procesos para determinar los escenarios en que se puedan generar daños a las comunidades, y a su vez tomar todas las medidas de índole administrativo para garantizar la participación total de las poblaciones. A su vez, estableció que esto configura una extensión del art. 330 de la Constitución, que terminó por ser dentro del Estado colombiano un medio de garantía para evitar la extracción de recursos naturales sin un consenso adecuado.

- Sentencia de tutela T-294 de 2014:⁴⁰ justicia ambiental

El alto tribunal analizó una serie de acciones de tutela que estaban encaminadas a efectivizar la consulta previa dentro de territorios en que no se había realizado antes de la elaboración de una serie de proyectos estatales. Sobre esto, la Corte Constitucional estableció su criterio decisorio: 1. se debe garantizar la justicia ambiental para las comunidades indígenas, lo que quiere decir que no se puede permitir que un grupo determinado de personas —población indígena— soporten la

carga de un daño ambiental por sí solas y, por consiguiente, acarreen con todas las consecuencias de un mal manejo de los ecosistemas; y 2. se debe buscar que todas las personas dentro de los territorios participen activamente de la toma de decisiones, en tanto son las afectadas directas de cualquier acción estatal.

Finalmente, el tribunal hizo un reconocimiento especial a los elementos de la consulta, al señalar que: 1. corresponde única y específicamente a los grupos reconocidos cultural y ancestralmente tener autonomía sobre sus territorios; 2. mediante la decisión que se tome se pueda salvaguardar la identidad cultural y ambiental; y 3. se debe dar primacía a la realidad sobre las formas, lo que significa una garantía para las diferentes visiones de la población indígena.

- Sentencia de unificación SU-123 de 2018:⁴¹ criterios más específicos

En este fallo, la Corte Constitucional añadió un nuevo ingrediente a la fórmula de la consulta previa, al señalar que el desarrollo conceptual de esta noción se da en la medida en que sirva para prever y prevenir, por lo cual si no se cumple con esto, dicha herramienta no estaría sirviendo para su finalidad y la viabilidad de los proyectos debería declararse nula. En el caso del fallo, se encontró que el proyecto ya había sido ejecutado y estaba terminado, sin que se hubiese hecho el trámite de la consulta, por lo que generó un daño a la población indígena.

En esta situación, a pesar de ya haberse configurado el daño, se procedió a dar total salvaguarda a la comunidad y se obligó al Estado a que materializara el *querer* de la consulta previa para, a partir de ello, dar plenas garantías a la comunidad y procurar remediar los daños ocasionados al territorio. Sin embargo, esto demuestra aspectos no de ineficacia sino de ausencia del Estado frente a obligaciones que desde el año de 1997 ya se encontraban claras en su factor de obligatoriedad.

- Sentencia de tutela T-063 de 2019:⁴² salvaguarda de los derechos de la naturaleza

El fallo estableció finalmente que, aunque proceda la consulta previa y exista un consenso directo sobre los aspectos reconocidos en el proyecto, si durante la ejecución del mismo no se toman medidas administrativas estructuralmente adecuadas

39 Colombia Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, "Sentencia", en *Juicio T-547*, 1 de julio de 2010.

40 Colombia Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, "Sentencia", en *Juicio T-294*, 22 de mayo de 2014.

41 Colombia Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, "Sentencia", *Juicio SU-123*.

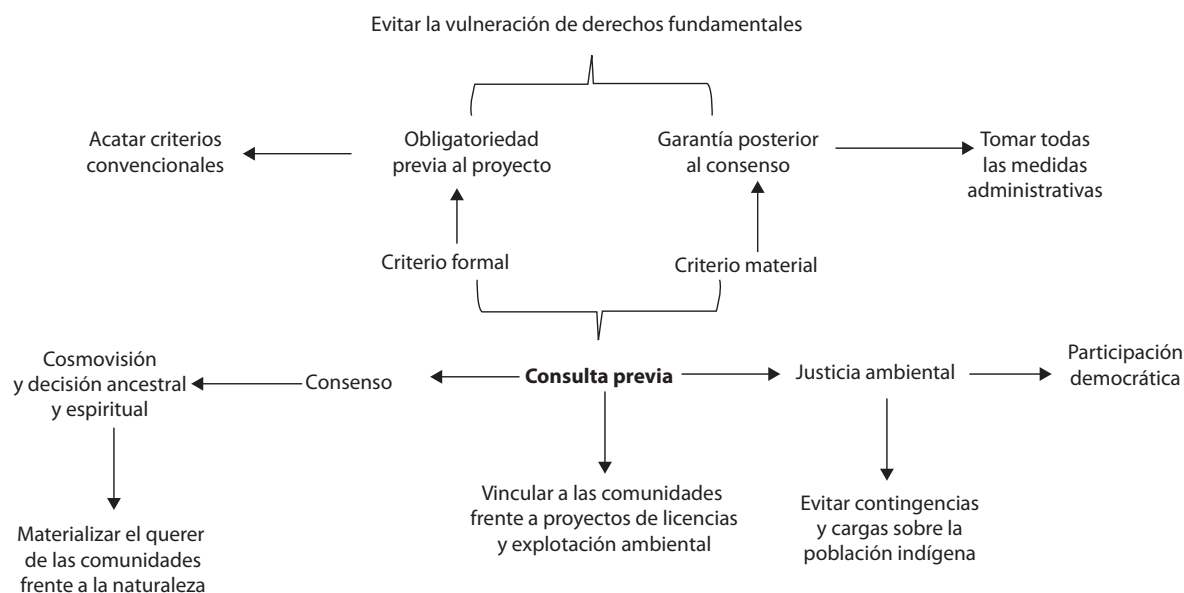
42 Colombia Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, "Sentencia", en *Juicio T-063*, 15 de febrero de 2019.

para efectivizar los derechos de la comunidad indígena, la consulta pierde efecto, pues se estaría generando un daño al medio ambiente que la entidad estatal o público-privada no está salvaguardando de la forma en que la consulta previa aprobó.

Esto llevó a que la Corte Constitucional señalara que, en estos casos, aunque se cumpla

en su esfera *formal*, también debe cumplirse en la *material*. Esto se da con posterioridad a la consulta previa, de manera tal que, si el Estado vulnera los derechos que debiese garantizar, se está dando cabida a posibles demandas por incumplimiento de la administración pública frente a las comunidades.

Figura 4
Elementos jurisprudenciales de la consulta previa



Elaboración propia a partir de análisis jurisprudencial.

Reglas frente a la consulta previa y la autonomía territorial: garantía frente al extractivismo

A partir de lo anterior, ha sido clara la postura de la Corte Constitucional como medio de garantía para las comunidades indígenas del Estado colombiano. El avance jurisprudencial ha permitido nutrir la figura de la consulta previa a razón de los vacíos que el cuerpo legislativo ha cimentado por motivo de una nula regulación.

Al respecto, el alto tribunal señaló que el territorio tiene una especial participación dentro de la consulta previa, pues es sobre este que se pregona el factor de soberanía. Si bien el Estado colombiano requiere para su avance estructural y económico el desarrollo de una serie de proyectos, es procedente para el mismo Estado comprender que, más allá de esto, el territorio representa para multiplicidad de culturas de Colombia costumbres,

arraigos históricos y relaciones que trascienden la esfera del tiempo.⁴³

Es por ello que, ante las reglas para el respeto de las comunidades y de la naturaleza frente a la explotación y extracción de recursos naturales, se tiene que:

- Existe un doble factor frente a su procedencia: uno formal y uno material. El primero implica que, para poder realizar un proyecto —independientemente de su finalidad—, se debe hacer una consulta previa en las comunidades indígenas como forma de participación democrática de los pueblos. A partir del segundo se entiende que, aunque se hubiese llegado a un consenso, es necesario que a lo largo del tiempo se materialicen dichos acuerdos, así como que se respete la manera en que se explotará la

43 Gloria Rodríguez, *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2014).

naturaleza, en tanto que la consulta previa es un permiso y no una carta abierta para la extracción de los recursos.

- El Estado es el encargado de prever que para la realización de cualquier proyecto se realice la consulta previa como requisito obligatorio de procedibilidad, y es a partir de ello que la misma entidad debe realizar estudios previos para determinar el posible margen de vulnerabilidad que existe frente a: 1. los pueblos indígenas; 2. el territorio; y 3. la naturaleza.
- Es necesario respetar las decisiones que emita la comunidad, aun cuando esto implique no realizar los proyectos en el territorio. Tal aspecto representa una manera de comprender el querer de los pueblos por su entorno y cómo el respeto representa una manera de evitar daños irreparables a los diferentes ecosistemas.
- Es fundamental emitir toda la información necesaria, existente y real de las acciones y los proyectos que se realizarán, en tanto no puede tomarse una decisión o llegar a un acuerdo si este se cimienta en conocimiento mal enseñado a las comunidades o, por el contrario, totalmente omitido.
- Es necesario reparar y crear planes desde la administración pública, por medio de acuerdos, políticas públicas, planes, actos administrativos y demás que impliquen dar garantía a las comunidades sobre los ecosistemas, así como la posibilidad de acceder a bienes y servicios a los que por sus condiciones no pudiesen acceder, como educación, sanidad y servicios públicos.

En este sentido, la consulta previa libre e informada, reconocida como derecho dentro del marco jurídico colombiano, se extiende desde las comunidades indígenas, pasa a su factor de autonomía y termina como una forma de garantía a la naturaleza. De manera tal se posibilita: 1. su nula explotación; o, por el contrario, 2. aun con explotación de los recursos, un modo responsable de hacerlo. Esto se da en la medida en que los pueblos indígenas pueden, de forma libre y consciente,

decidir sobre su propio destino dentro del territorio colombiano, aspecto que resulta positivo para la autodeterminación que estos pueblos tienen.

Límites y críticas a la línea de la Corte Constitucional

En tal dirección, el rol de la Corte Constitucional ha sido dinámico, evolutivo, sistemático e integrador,⁴⁴ pues expone en su interpretación constitucional la necesidad de adaptar el marco jurídico a un apartado como la Convención n.º 169, y permitir con ello un marco de garantía. En este sentido, amplía sus conceptos acogiendo a postulados convencionales tales como la autodeterminación de las comunidades indígenas de forma reiterativa, y finalmente integra todos estos aspectos en un solo conjunto de criterios y reglas que son de obligatorio cumplimiento.

Ahora bien, las decisiones de la Corte Constitucional frente a la consulta previa y los demás derechos de las comunidades indígenas resultan en una concepción realmente estrecha. Si bien en términos de reconocimiento esta ha sido amplia, los fallos que desarrollaron jurídicamente los conceptos son el resultado de un proceso judicial en sede de tutela. Es decir, son la decisión final de un procedimiento en el que intervinieron comunidades indígenas y entidades del Estado en temas de: 1. iniciativa de consulta previa; 2. sanciones por inaplicación de la consulta; y 3. omisión de este derecho.

Esto significa que el papel de la Corte se limita frente a las actuaciones mismas que realizan el Estado y los particulares dentro de sus dinámicas. No resulta realmente criticable la posición de la Corte, pues se ha encargado de cumplir su papel⁴⁵ de forma constante, ha reiterado su posición y afianzado su línea jurisprudencial, pero no puede emitir criterios legislativos o directamente estructurales que ordenen al Estado a cumplir; ya lo ha hecho en múltiples oportunidades y posteriormente se han seguido presentando situaciones de incumplimiento de la consulta previa dentro de los territorios.

Esto no significa que la consulta previa no se aplique dentro del Estado colombiano —pues en

44 Édgar Fuentes, "(Im)precisiones de la interpretación conforme constitucional: Dimensiones y elementos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica* 30 n.º 2 (2021), <https://doi.org/10.5294/dika.2021.30.2.2>.

45 Jaime Córdoba, "Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo II*, ed. Gisela Elsner (Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007).

realidad sí es una figura con operatividad en todos los territorios—, sino que, a pesar de existir una línea jurisprudencial amplia y dedicada al desarrollo y la estructura de este derecho, aún se dan aspectos de inaplicación o sanción frente al mismo Estado, que no aplica en debida manera el derecho. Es por ello que el papel del alto tribunal constitucional ha sido el de impedir declaratorias de responsabilidad por parte de la Corte IDH, al consolidar y obligar a los responsables a resarcir los derechos de las comunidades afectadas.

Por ello es que se habla de una eficacia menguada o de un límite a las actuaciones de la misma Corte: muy a pesar de existir un marco amplio y más que suficiente de derechos y prerrogativas jurídicas, se requiere en la mayoría de casos acudir a un proceso judicial o constitucional para dar aplicación a las mismas reglas de la Corte Constitucional. Ahora, esto no es un problema propio de la figura de la consulta previa, sino que resulta de un conflicto sistemático de la institucionalidad del Estado, por lo que la crítica no es directamente a la jurisprudencia sino al sistema, que es el encargado de perpetuar las praxis que terminan por lastimar derechos y garantías de la población. Por esto se ha llegado a plantear la necesidad de crear una ley que recoja en su totalidad las reglas de la Corte Constitucional y cree aspectos sancionatorios tendientes a dar una mejor aplicación del derecho a la consulta previa.⁴⁶

Conclusiones

A manera de colofón y buscando dar respuesta a la pregunta problema planteada en la parte introductoria, es dable señalar que la Corte Constitucional sí ha amparado los derechos de las comunidades indígenas dentro del Estado colombiano, así como ha hecho un reconocimiento especial y particular de la consulta previa. Muestra de ello es que se ha señalado que, debido a la ausencia de normativa y regulación sólida y frente a los temas de gran coyuntura —como los de las comunidades indígenas y la consulta—, ha sido gracias a la jurisprudencia constitucional que se ha podido crear un esquema de garantía hacia todos los sectores de esta población.

No obstante, el reconocimiento que realiza el alto tribunal no es total, pues aun con los fallos que ha emitido, las mismas entidades públicas y privadas han optado por ejecutar los proyectos y

con posterioridad ejercer las medidas correctivas y reparadoras que se requieran o que la misma jurisdicción así les ordene. Esta premisa resulta fundamental en el desarrollo de la jurisprudencia, pues ha sido la causa que ha llevado a la Corte Constitucional a pronunciarse múltiples veces, reafirmando el carácter obligatorio de la consulta previa y, a su vez, la obligación de resarcir o tomar medidas para proteger la naturaleza y las comunidades que habitan dentro de los territorios. Si bien esto es un límite a las decisiones judiciales, es uno de los factores que termina por estructurar la actual línea jurisprudencial.

Este escenario resulta negativo en todos los aspectos, porque no solo incumple el mandato convencional de la OIT y el relativo a la Constitución política, sino que a su vez impide la verdadera efectividad de la consulta previa, así como la materialización de los derechos de las comunidades indígenas y de la naturaleza. Se torna, así, en una doble vertiente: es un escenario positivo frente a la postura de la Corte Constitucional, pero negativo frente a la actuación estatal, que, en busca del desarrollo de la sociedad contemporánea, destruye la cosmovisión de sociedades para las cuales el desarrollo implica respeto por el medio ambiente, la naturaleza y los ecosistemas.

Referencias

- Colombia. *Constitución Política*. Gaceta Constitucional 114, 4 de julio de 1991.
- Colombia Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. “Sentencia”. En *Juicio T-547*, 1 de julio de 2010.
- Colombia Corte Constitucional, Sala Plena. “Sentencia”. En *Juicio C-030*, 23 de enero de 2008.
- . “Sentencia”. En *Juicio C-891*, 22 de octubre de 2002.
- . “Sentencia”. En *Juicio SU-039*, 3 de febrero de 1997.
- . “Sentencia”. En *Juicio SU-383*, 13 de mayo de 2003.
- Colombia Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. “Sentencia”. En *Juicio SU-123*, 15 de noviembre de 2018.
- . “Sentencia”. En *Juicio T-294*, 22 de mayo de 2014.
- Colombia Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. “Sentencia”. En *Juicio T-063*, 15 de febrero de 2019.
- Colombia Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. “Sentencia”. En *Juicio T-704*, 22 de agosto de 2006.
- Córdoba, Jaime. “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo II*, editado por Gisela Elsner, 667-84. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007. <http://tinyurl.com/4unxu6v4>.

46 Carlos Salinas, “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido puede afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia”, *Revista Derecho del Estado* 27 (2011), <http://tinyurl.com/43ycnjt8>.

- Corte IDH. “Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 28 de noviembre de 2007. <http://tinyurl.com/4cw4d29n>.
- . “Sentencia de 27 de junio de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)”. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 de junio de 2012. <http://tinyurl.com/k858zh5c>.
- Courtis, Christian. “Apuntes sobre la aplicación del convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina”. *Revista Internacional de Derechos Humanos* 6, n.º 10 (2009): 52-78. <http://tinyurl.com/5exb94m3>.
- Fuentes, Édgar. “(Im)precisiones de la interpretación conforme constitucional: Dimensiones y elementos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica* 30 n.º 2 (2021): 335-72. <https://doi.org/10.5294/dika.2021.30.2.2>.
- Guarín, Édgar, Luisa Olarte y Juan Sebastián Garzón. “El pluralismo social en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y sus efectos en la realización efectiva de los derechos”. *Via Inveniendi et Iudicandi* 14, n.º 2 (2019): 11-34. <http://tinyurl.com/3vuvnny8>.
- Hernández, Carlos, Percy Ortega, Santiago Ortega y Javier Franco. *Metodología de la investigación jurídica*. Bogotá: Universidad Libre, 2017.
- López Medina, Diego. *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis, 2006.
- Lozano, Johan, Sergio Caballero, Katerin Cruz y Carlos Lascarro. “El Estado multicultural y los pueblos indígenas: Construcción del marco jurisprudencial a partir de la acción de la Corte Constitucional colombiana”. *Advocatus* 18, n.º 36 (2021): 125-38. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.36.7480>.
- , y Dayan Chacón. “Operatividad del control de convencionalidad por vía de excepción: Medio de garantía en los procesos judiciales en el Estado colombiano”. *Revista Cadena de Cerebros* 5, n.º 1 (2020): 51-60. <http://doi.org/10.5281/zenodo.4300574>.
- Martínez, Brahian. “Recepción jurisprudencial de la Corte Constitucional, respecto a la comprensión y conceptualización del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y tribales en Colombia”. Trabajo de grado, Universidad Libre, seccional Socorro, Colombia, 2021. <http://tinyurl.com/382kya7a>.
- OIT. *Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2013 (I): Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: OIT, 2013.
- . *Convenio n.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Lima: OIT, 2014.
- . *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Ginebra: OIT, 2013.
- Rodríguez, Eduardo. “El pasaje del Estado y el derecho a la postmodernidad”. *Via Inveniendi et Iudicandi* 11, n.º 2 (2016): 11-37. <http://tinyurl.com/z3yn2x2t>.
- Rodríguez, Gloria. *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2014.
- Salinas, Carlos. “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido puede afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia”. *Revista Derecho del Estado* 27 (2011): 235-59. <http://tinyurl.com/43ycnjt8>.
- Santander, José Antonio. “El convenio 169 de la OIT en la seguridad social de los pueblos indígenas en los países latinoamericanos”. *Revista Latinoamericana de Derecho social* 28 (2019): 191-212. <http://tinyurl.com/544d5kab>.
- Veintimilla, Silvia, y Mary Elizabeth Chacón. “La gran deuda vigente de Ecuador: El caso Sarayaku”. *Foro. Revista de Derecho* 39 (2023): 25-42. <http://tinyurl.com/4s-8tjd3m>.
- Vesga, Stella. *El neoconstitucionalismo: Influencia en la construcción del Estado social de derecho*. Bogotá: Leyer, 2020.
- Vismara, Juan Pablo. “Pueblos indígenas y derechos colectivos. La consulta previa como garantía esencial para el resguardo de los derechos indígenas: La nueva jurisprudencia de la Corte IDH”. *Derechos Humanos* 2, n.º 2 (2013): 77-100. <http://tinyurl.com/j2zz7yav>.