

Sentencia T-382/06

DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA CONSULTA PREVIA-Desarrollo normativo y jurisprudencial/CONVENIO 169 DE ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Consulta previa a pueblos indígenas

DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA CONSULTA PREVIA-Fundamental/DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA CONSULTA PREVIA-Tiene fundamento dentro del trámite legislativo

Para los efectos del presente asunto, el derecho de consulta previa tiene carácter fundamental y debe aplicarse, conforme a los usos y costumbres de cada etnia, no solo a los trámites administrativos, sino también al procedimiento legislativo. No obstante lo anterior, es necesario precisar, dada la trascendencia que la discusión parlamentaria tiene en nuestro sistema jurídico, que los términos bajo los cuales éste se hace efectivo, obedecen a las condiciones propias de cada país, definidas por el constituyente o el legislativo. Conforme al contexto, fácilmente se deduce que el derecho fundamental de consulta previa tiene asidero dentro del trámite legislativo. Sin embargo, la influencia que el derecho pudiera ejercer sobre tal potestad está condicionada a los instrumentos que haya fijado la Constitución o la ley para intervenir en las iniciativas parlamentarias, siempre que éstos permitan cumplir con el objeto esencial de la consulta previa. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha precisado que el gobierno puede echar mano de, por ejemplo, talleres preparatorios que tengan por objeto forjar el consentimiento completo, libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas, a partir de los cuales se procure y gestione, de buena fe, un consenso real y lo mas universal posible alrededor de la medida legislativa.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia contra actos de carácter general, impersonal y abstracto

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para amparar proyectos de ley

La regla de improcedencia del amparo también aplicaría para los proyectos de ley que son discutidos en cada cámara parlamentaria. La autonomía e independencia del parlamento justificarían, por tanto, que durante la discusión de un proyecto de ley no se permita la injerencia de otro órgano estatal y, específicamente, que no haya oportunidad alguna de control judicial. Sin embargo, las garantías del poder legislativo no pueden entenderse como una cláusula de inmunidad absoluta frente a cualquier tipo de control pues, al contrario, debemos recordar que la Constitución prevé como principio, el funcionamiento separado de cada órgano y la colaboración armónica entre todos para la realización de los fines estatales, entre los que se cuentan, por supuesto, la efectividad de los derechos fundamentales.

PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES PUBLICOS-Finalidad

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional cuando se desconozcan derechos fundamentales que conforman el procedimiento legislativo

En tratándose de órganos como el Congreso, la acción de tutela procede siempre y cuando ello sea necesario e imperioso para garantizar los derechos de los titulares de potestades parlamentarias e, inclusive, de aquellos que por disposición de la ley tengan derecho a intervenir en los debates o a participar de audiencias o sesiones. Así pues, frente a las diferentes funciones encomendadas al Congreso, la acción de tutela podría ejercerse cuando quiera que se desconozcan los derechos fundamentales que conforman el procedimiento legislativo y que tengan efectos relevantes sobre la función representativa, de acuerdo a las normas orgánicas aplicables a esa Corporación.

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Procedencia por cuanto el proyecto de ley forestal ascendió a categoría de ley

DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA CONSULTA PREVIA-Escenarios en que se desenvuelven

Los escenarios en los que podemos agrupar el desenvolvimiento del derecho de consulta previa son: el primero, la construcción de la iniciativa gubernamental antes de presentar el texto ante el congreso; el segundo se refiere, en estricto, a la eficacia del derecho durante el trámite de un proyecto de ley y, el tercero, aplica a la práctica del derecho en sede administrativa, cuando se ejecutan actos específicos o individuales que puedan afectar o interesar a las comunidades indígenas, v. g. la expedición de una licencia ambiental, la constitución de una concesión, la ejecución de un programa de fumigación de cultivos ilícitos o la contratación de una obra.

DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA CONSULTA PREVIA FRENTE A UN PROYECTO DE LEY-Eventos en los que procede la acción de tutela

En la Ley 05 de 1992 se prevén las siguientes instancias, en las cuales es posible intervenir legítimamente al interior de las células legislativas: (i) la participación en las audiencias o la presentación de observaciones ante la Comisión Legal de Derechos Humanos y Audiencias (artículo 57, numerales 3 y 4); y (ii) la presentación de observaciones, opiniones e intervenciones ante cualquiera de las Comisiones Constitucionales Permanentes (artículos 230 a 232). Estos eventos, por tanto, constituyen los medios a partir de los cuales los indígenas podrían intervenir legítimamente ante el parlamento para hacer valer sus intereses previo a la expedición de una ley y, por tanto,

constituyen los referentes a partir de los cuales sería posible interponer el amparo, en caso de ser desconocidos por cualquier célula legislativa.

Referencia: expediente T-1284279

Acción de tutela instaurada por la Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas –CRIMA- contra el Congreso de la República, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS
HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil seis (2006).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAUJO RENTERIA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C” y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, dentro de la acción de tutela instaurada por la Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas –CRIMA- contra el Congreso de la República, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos José Daniel Suárez, Faustino Fiagama Hernández y Hernando Castro Suárez, obrando como presidente, coordinador de recursos naturales y coordinador de salud respectivamente, de la Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas –CRIMA, entidad pública de carácter especial con personería jurídica inscrita en el registro de Asociaciones de Cabildos y Autoridades Tradicionales Indígenas del Ministerio del Interior, en representación de las etnias Uitoto, Andoque, Muinane y Nonuya, interponen acción de tutela contra el Congreso de la República, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por considerar vulnerados los

derechos fundamentales de consulta previa a la presentación de un proyecto de ley, a la supervivencia cultural de los pueblos indígenas y el territorio indígena.

Para fundamentar su demanda los actores señalan los siguientes:

1. Hechos

Indican que el 22 de julio de 2004 los Ministros de Agricultura y Desarrollo Rural y Vivienda y Desarrollo Territorial, radicaron ante la Secretaría General del Senado de la República el proyecto de ley 25 de 2004, por el cual se expide la “*Ley General Forestal*”.

Advierten que el proyecto de ley mencionado no fue objeto de consulta con los pueblos indígenas, tal y como lo dispone la Constitución Política.

Señalan que, en paralelo, los representantes a la Cámara Zulema Jattin Corrales y Armando Amaya Álvarez radicaron en agosto del mismo año, el proyecto de ley número 80 “*Por la cual se adopta la política forestal, se dictan normas sobre la Organización Institucional del sector forestal y se crea el Fondo Forestal Nacional*”.

Explican que la Comisión Quinta Constitucional Permanente del Senado acumuló tales proyectos de ley, aprobando un texto unificado.

Comentan que el texto aprobado en el primer debate en la Comisión mencionada limita los alcances de la reforma agraria que se llegaren a adelantar a favor de los resguardos indígenas.

Manifiestan que el proyecto de ley aprobado en tercer debate en la Comisión Quinta de la Cámara de Representantes incluye la *cláusula de sujeción institucional al Régimen Forestal Nacional* y el *derecho al vuelo forestal*.

Concluyen que el proyecto de ley en cuestión los afecta y no ha sido consultado, *desconociendo abiertamente el derecho fundamental constitucional de los Pueblos Indígenas*.

Solicitan la protección de los derechos fundamentales al territorio indígena, a su supervivencia cultural y a la participación y consulta previa de la comunidad indígena en los términos de la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT. En consecuencia requieren que se ordene al Congreso de la República cesar el trámite y archivar el proyecto de ley en lo referente a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y al gobierno que se abstenga de adelantar iniciativas legislativas o reglamentarias hasta tanto no haya adelantado las consultas previas.

2. Respuesta de las entidades demandadas.

2.1. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a través de su representante judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda para lo cual precisó, en cuanto a los hechos, que ninguno de los artículos del proyecto de ley pretende afectar los derechos de las comunidades indígenas; especificó que como proyecto de ley, la propuesta forestal esta sujeta a los debates, modificaciones y supresiones que el Congreso determine.

Además sobre las cláusulas contenidas en él, señaló que no afectan los intereses y derechos de las comunidades indígenas y que, por el contrario, el Gobierno tiene proyectado proponer que en el IV debate que se adelante en la plenaria de la Cámara *“se elimine el beneficio establecido en el artículo 37 del Proyecto de Ley en estudio, lo relacionado con los Planes de Ordenación y Manejo sostenible en ejecución, que **podrían afectar**, la intención de las comunidades indígenas en relación con el saneamiento, ampliación y reestructuración de sus resguardos”*. Adicionalmente agregó que: *“En cuanto a los contratos de mutuo acuerdo de sujeción a la autoridad del estado que se puedan llegar a celebrar entre los propietarios de los bosques y terceros la norma prevé que éstos sean de carácter **voluntario**, lo cual significa que existe libertad de las comunidades en celebrar dichos contratos o no (...) Sin embargo, el Gobierno Nacional, consciente de la preocupación y problemática de las comunidades y respetuoso de sus normas especiales, prevé la posibilidad de excluir del texto del proyecto lo pertinente a los **contaros** (sic) de mutuo, para el caso de esas comunidades”*.

Respecto del derecho de consulta previa a las comunidades indígenas, el Ministerio consideró que no se transgrede por el proyecto de ley sino que, al contrario, se encuentra consignado en su articulado de la siguiente manera: *“**Artículo 20. Aprovechamiento forestales por comunidades étnicas.** Es derecho exclusivo de las comunidades afrocolombianas e indígenas el aprovechamiento de los recursos forestales de sus territorios, en observancia de las normas legales tutelares de la conservación y del aprovechamiento forestal sostenible. || En cualquier caso dicho aprovechamiento deberá surtir el trámite de consulta previa con las comunidades indígenas”*.

Sumado a lo anterior, resaltó que en el trámite legislativo el Gobierno se ha preocupado por darle al proyecto divulgación, concertación y debate general con lo cual éste se ha enriquecido como consecuencia de las diferentes propuestas modificatorias generadas. Es así como se planea proponer la reforma y restricción del derecho de *“vuelo forestal”* respecto de *los bosques en tierras de comunidades indígenas*, indicó el ente gubernamental.

Precisó también, que las garantías a las inversiones de la cadena forestal no afectan los grupos indígenas ya que este concepto se aplica solamente a las plantaciones comerciales y no a los bosques naturales.

Culminó manifestando que la presente acción de tutela es improcedente, pues los accionantes gozan de otros medios de defensa judicial aptos para proteger sus derechos. Además resaltó que en este caso no se explica cómo puede

vulnerar los derechos fundamentales el trámite de un proyecto de ley que todavía no es obligatorio, ni se sustenta la existencia de un perjuicio irremediable.

2.2. Congreso de la República.

El Congreso de la República, a través de la Secretaría Privada del Senado, objetó las reclamaciones contenidas en la acción de tutela para lo cual subrayó que el artículo 150 de la Constitución Política otorga al Congreso de la República la facultad de hacer las leyes. Al respecto explicó que respecto de este poder no es posible derivar la posibilidad de afectar derechos fundamentales, menos cuando *la iniciativa legislativa no ha nacido a la vida jurídica*.

Adicionalmente indicó que los derechos relacionados por la asociación demandante no son fundamentales sino que se trata de derechos colectivos y que, por tanto, la herramienta jurídica de protección que procedería en este caso es la acción popular, conforme al artículo 88 de la Constitución. *Por consiguiente –concluyó- la Acción de Tutela intentada debe rechazarse por improcedente, con fundamento en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, según el cual ella no procederá “cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política.*

A lo anterior el legislativo agregó que el numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 determina que *la Acción de Tutela es improcedente cuando se trate de atacar actos de carácter general, impersonal y abstracto, como es el caso de las disposiciones contenidas en el proyecto de ley atacado*. Bajo este contexto explicó que cuando la iniciativa se convierta en ley, la demandante puede emplear la acción pública de inconstitucionalidad para tramitar los vicios de procedimiento que sustentan su demanda. En todo caso –enfaticó- dentro del estudio del proyecto se ha dado aplicación a los principios de participación ciudadana con la realización de tres foros en las ciudades de Bogotá D.C. y Quibdo.

Por último concluyó: *“resulta improcedente que por virtud de una Acción de Tutela se pudiera coartar la iniciativa parlamentaria, ordenando la cesación de todo procedimiento y el archivo de un proyecto de ley (...)*”. Así las cosas, solicitó que se niegue por improcedente la presente acción.

2.3. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, a través de apoderado, consideró que no ha vulnerado ninguno de los derechos relacionados por la asociación demandante. Para el efecto recordó que durante el trámite del proyecto en la Comisión Quinta Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, mediante documento del 01 de junio de 2005, se presentaron los argumentos que explican porqué los diferentes artículos que componen la iniciativa legislativa no desconocen la

consulta previa que debe efectuarse a las comunidades indígenas y afrocolombianas. Además destacó que previo a la presentación del proyecto se realizaron reuniones que, en varios casos, incluyeron representantes de los grupos mencionados.

3. Pruebas

En el expediente de la acción de tutela en comento obran las siguientes pruebas:

- Fotocopia de las gacetas del congreso número 394, 413, 540, 592, 697, 743 de 2004 y 98, 224, 334, 353 de 2005 (folios 11 a 89 y 313 a 358).
- Gacetas del congreso número 592 de 2004 y 02, 98, 224, 334, 353 de 2005 (folios 90 a 115 y 241 a 312).
- Fotocopia del oficio del 01 de septiembre de 2005, suscrito por la ministra de medio ambiente, vivienda y desarrollo territorial, que da respuesta al derecho de petición del senador Jesús Piñacué Achicué (folios 116 a 122 y 232 a 240).
- Fotocopia de las respuestas que la ministra de ambiente, vivienda y desarrollo territorial, presenta a la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes (folios 123 a 140 y 205 a 221) y del cuestionario respectivo (folios 223 a 231).
- Fotocopias de las resoluciones 030, 031, 032, 033 y 034 de 1988, expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en las cuales se definen jurídicamente unos resguardos indígenas (folios 141 a 177).
- Fotocopia de la Resolución 0036 de 2005, expedida por el Ministerio del Interior y de Justicia, “[p]or la cual (...) se inscribe en el Registro de Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas y/o Cabildos la afiliación una comunidad a la a la Asociación de autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas –CRIMA-” (folios 178 y 179).
- Fotocopia del documento suscrito por la viceministra de ambiente y el ministro de agricultura y desarrollo rural, dirigido a la Comisión Quinta Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes acompañado de la “*lista de los principales eventos de consulta pública adelantados*” (folios 370 a 378 y 402 a 404).

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISION

1. Primera Instancia.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, consideró que la acción de tutela impetrada por CRIMA es improcedente conforme a los numerales 3 y 5 del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991. Conforme a éste -señala el tribunal- la acción de tutela no es un instrumento capaz de *“cambiar o corregir las iniciativas legislativas del gobierno, o de los Congresistas, ni el contenido, ni la tramitación de los proyectos de ley, ni para disponer la cesación de su trámite”*.

Esta instancia concluye que dentro del trámite legislativo la asociación puede intervenir y hacer valer sus pretensiones y que, en el evento en que la iniciativa se convierta en ley, *“podrían disponer de otro medio de defensa judicial, constituido por la acción de inconstitucionalidad”*.

2. Impugnación.

En el escrito de impugnación de la decisión proferida por la primera instancia, el apoderado de CRIMA precisa que la acción persigue la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Para este efecto concreta que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la acción de tutela procede para amparar el derecho de consulta previa radicado en cabeza de esas comunidades y que, en el presente caso, el articulado del proyecto de ley *“es susceptible de afectar directamente los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas”*.

De conformidad con este panorama especifica: *“Por lo tanto, es necesario aclarar que la protección solicitada no ataca el proyecto de ley en sí mismo, es decir no se pretende cambiar o corregir el contenido de la iniciativa legislativa del Gobierno o de los Congresistas que elaboraron, radicaron y han tramitado el proyecto. La acción persigue que el trámite o procedimiento legislativo, en el cual concurren el Gobierno y el Congreso, se desarrolle respetando el derecho que le asiste a los Pueblos Indígenas de ser consultados previamente...”*.

Por último señala que la acción de inconstitucionalidad no es un mecanismo apto para defender los derechos invocados ya que ésta sólo procederá cuando se haya aprobado y sancionado el trámite legislativo. Sobre este particular aclara: *“Precisamente la solicitud de amparo constitucional presentada se orienta a impedir que se culmine el trámite legislativo con violación del debido proceso y específicamente con la omisión de la consulta previa”*.

3. Segunda Instancia.

La Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, resolvió la impugnación presentada por el CRIMA. Para el efecto, en la providencia respectiva, el alto tribunal señala que el proyecto de ley involucra los intereses de las comunidades indígenas y como consecuencia infiere que *“debió consultárseles tales puntos para tener la posibilidad de participar en la discusión y desarrollo del articulado de los proyectos de ley”*.

Así las cosas, de la información suministrada por el Ministerio de Agricultura, identifica que en el trámite de la iniciativa se han adoptado varios mecanismos para incluir las percepciones e inquietudes provenientes de diferentes sectores de la sociedad y deduce que al tratarse de un proyecto de ley “*se deben respetar las reglas del trámite legislativo, dentro del cual existen los debates que deben dejar claro los aspectos debatidos que sean parte de la aceptación o inconformidad que manifiestan los representantes del pueblo (senadores y representantes)*”. A lo anterior agrega que los defectos de los que llegare a adolecer el trámite legislativo tienen su propio control a través de las objeciones presidenciales y la acción de inconstitucionalidad. Por tanto, concluye que existen otros medios de defensa judicial por lo que resuelve rechazar la acción.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso tercero, y 241 numeral noveno de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

El Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas –CRIMA- acusa el trámite de un proyecto de ley de desconocer el derecho fundamental de los pueblos indígenas a la consulta previa. Por esto, presenta acción de tutela en la que solicita se ordene al Congreso de la República se abstenga de culminar y aprobar el trámite legislativo hasta tanto no se satisfagan plenamente las garantías de los aborígenes.

Las demandadas, por su parte, insisten en que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno pues en el trámite del proyecto de ley se han tenido en cuenta las intervenciones de diferentes sectores del país, incluyendo los indígenas, y en la normativa se encuentran previstas disposiciones que protegen la consulta previa y los demás derechos de los indígenas. Agregan que la actora cuenta con otros medios de defensa judicial y que, por tanto, la tutela es improcedente.

Las instancias judiciales que conocieron del amparo, declararon improcedente la acción porque ésta no procede contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, específicamente contra los procedimientos legislativos del Congreso de la República, y porque la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial, a saber, la acción de inconstitucionalidad.

De acuerdo a lo expuesto, esta Sala de Revisión enfrenta como problema preliminar, definir si la acción de tutela opera contra los diferentes actos y

procedimientos emprendidos por el legislativo dentro del trámite de un proyecto de ley en protección del derecho de consulta previa de las comunidades indígenas. Después, sólo si se llegase a la conclusión de que la tutela es procedente, la Corte definirá el alcance que ésta tiene dentro del caso concreto, en el trámite del proyecto de ley número 264-C-2004, 025-S-2004 acumulado con el proyecto número 023-84.080 S-2004 “*por la cual se expide la Ley General Forestal*”.

3. El trámite de un proyecto de ley y el derecho fundamental de consulta previa de los pueblos indígenas.

Cada una de las instancias en el trámite de la presente acción, declaró que la acción de tutela es improcedente. Para ese efecto los jueces consideraron que este mecanismo judicial no opera contra actos de carácter general, impersonal y abstracto conforme al Decreto 2591 de 1991 y que, por tanto, no es posible dar curso al amparo frente a las diferentes etapas que se están adelantando dentro del proceso legislativo. Además anotaron que la asociación demandante tiene a su disposición otros medios de defensa judicial lo que ratifica su improcedencia.

Al contrario, la asociación demandante insiste en que el alcance del derecho de consulta previa exige la procedencia de la acción de tutela para que el Congreso no expida una ley con vulneración de este derecho, del debido proceso y, en general, de los intereses de las comunidades indígenas.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, con el objetivo de establecer si la acción de tutela procede para la protección del derecho de consulta previa de los pueblos indígenas en las diferentes etapas que integran la potestad legislativa mientras se está discutiendo un proyecto de ley, es necesario definir la naturaleza y, específicamente, la repercusión que en ese ámbito tiene el derecho fundamental. Sin perjuicio de esto, la Sala también estudiará cuál es el sustento de la causal de improcedencia de la tutela invocada por las instancias para confrontarla con los alcances del derecho cuya protección se depreca a través del amparo.

3.1. Naturaleza y alcance del derecho fundamental de consulta previa de los pueblos indígenas. Reiteración de jurisprudencia.

El derecho de consulta previa de las comunidades indígenas se encuentra consignado en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución¹ y en el Convenio OIT 169 de 1989, aprobado por Colombia mediante Ley 21 de 1991. Previo a señalar cuáles son los principales postulados y consecuencias del citado instrumento, especialmente en la actividad legislativa, es necesario recordar que esta Corporación, a través de varios pronunciamientos, ha

¹ ART. 330. *De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: (...) PAR. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades*” (negrilla fuera de texto original).

precisado que éste tiene carácter de fundamental y hace parte del bloque de constitucionalidad conforme a los artículos 93 y 94 de la Constitución. Al respecto, en la sentencia SU-383 de 2003² se afirmó lo siguiente:

“Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT³, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos labores de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohija y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales –Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad.

“Asuntos que no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, i) por estar ligado a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana –artículos 1° y 7° C.P.-, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos⁴”.

² Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis.

³ Sobre el bloque de constitucionalidad que conforman los Convenios de la OIT con la Carta Política puede consultarse, entre otras, la sentencia T-1303 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra (nota original de la sentencia transcrita).

⁴ Com. DH., observación general número 29, 24 de julio de 2001 (nota original de la sentencia transcrita).

En el mismo sentido, la Sentencia de Unificación 039 de 1997⁵ destacó que el derecho de consulta previa se encuentra estrechamente acoplado con varios postulados fundadores de nuestro sistema jurídico, bajo los siguientes términos:

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

(...)

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

“El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a

⁵ Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.”

Ahora bien, conforme a los anteriores supuestos es necesario precisar ahora, cuáles son los escenarios y las particularidades que acompañan el derecho de consulta previa conforme el convenio 169. Téngase en cuenta que este instrumento “*se funda en el principio de que las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales “es permanente y perdurable”, y que la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de las culturas nativas sea salvaguardado*”⁶. Como tal, frente a éste, el compromiso principal que asumen los cuerpos estatales es “*asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad*”⁷.

En particular, de acuerdo a las incógnitas que acompañan el presente caso, es imperativo hacer énfasis en que el ámbito de acción del mismo influye las decisiones de tipo legislativo y administrativo que afecten a las comunidades indígenas. Para este efecto es necesario recurrir a la lectura del articulado del convenio, que en sus artículos 6⁸, 7⁹, 13 y 15, desarrolla los alcances del derecho, bajo los siguientes supuestos:

“Artículo 6o

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

⁶ Sentencia SU-383 de 2003, citada.

⁷ OIT, convenio 169 de 1989, artículo 2°.

⁸ La Guía para la Aplicación del Convenio 169, elaborada por el Servicio de Políticas para el Desarrollo – POLIVED- en cooperación con el Servicio de Igualdad y Coordinación de los Derechos Humanos – EGALITE- de la OIT, precisa, respecto de este artículo, lo siguiente: “*El artículo 6 requiere que los gobiernos establezcan los medios que permitan a los pueblos interesados participar en la toma de decisiones a todos los niveles a nivel de instituciones legislativas y de organismos administrativos. También exige que consulten a los pueblos indígenas y tribales mediante procedimientos adecuados y sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. 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.*” (Negrilla fuera de texto original).

⁹ La Guía citada, respecto del artículo 7, manifiesta: “*Las consultas con los pueblos indígenas y tribales también son obligatorias en los casos que se indican a continuación:*

-antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichos pueblos;

-cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar; y

-antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigidos a los referidos pueblos”

*“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.”

“Artículo 7o

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

(...)

“3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

“4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.”

“Artículo 13.

“1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

(...)

“Artículo 15.

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

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

Pues bien, de conformidad con estas disposiciones la Corte ha derivado que el derecho de consulta previa afecta e influye, dado su carácter fundamental, la conformación de medidas tanto administrativas como legislativas que puedan afectar a las comunidades indígenas. Sobre el particular, por ejemplo, en la sentencia C-169 de 2001¹⁰ se afirmó: *“De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio”*.

En el mismo derrotero, en una sentencia reciente proferida por la Sala Octava de revisión, se concluyó: *“De esta manera, la importancia del Convenio 169 de 1989 la OIT y en especial del instrumento de consulta previa que se prevé en su artículo 6, radica particularmente no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones*

¹⁰ Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad. Así, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena”¹¹ (negrilla fuera de texto original).

No obstante lo anterior, es necesario destacar que conforme al artículo 34¹² 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. Al respecto, en la sentencia C-169 citada se precisó:

“(…) el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; 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 1.969¹³, 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” (Negrilla fuera de texto original).

¹¹ Sentencia T-737 de 2005, M.P.: Alvaro Tafur Galvis.

¹² Dice esta disposición: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

¹³ Aprobada mediante Ley 67 de 1.993 (cita original de la sentencia trascrita).

Así pues, tenemos que 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.

Dentro del mencionado contexto, es decir, en el que se insiste en el carácter fundamental de la consulta previa y su estrecha relación con la subsistencia de los pueblos indígenas, esta Corporación definió y sintetizó las características del derecho en la sentencia C-620 de 2003¹⁴, de la siguiente manera:

“a. La jurisprudencia ha determinado que la protección a la identidad cultural de las comunidades indígenas es un derecho fundamental, cuyo reconocimiento está orientado a lograr la preservación de tales culturas.

“b. Del anterior derecho se desprende el de participación de la comunidad indígena en la adopción de las decisiones que les conciernen y en especial en las relativas a la explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, como expresamente lo prescribe el parágrafo del artículo 330 de la Constitución. Este derecho de participación, por la particular influencia que el medio ambiente tiene en la definición de los rasgos de las cultural indígenas, ha sido estimado también por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental.

“c. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 15 del Convenio 169 de 1989 adoptado por la conferencia de la OIT, norma que por referirse a un derecho fundamental forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, el derecho de participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones relativas a los recursos naturales de propiedad estatal ubicados en su territorio, como es el caso de la sal de las Minas de Manaure, debe hacerse efectivo mediante el mecanismo de la consulta previa. Dicho artículo, además, establece que los pueblos indígenas ‘deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades’.”

“d. El convenio 169 no precisa la forma en la cual debe adelantarse la consulta previa a los pueblos indígenas en cuyo territorio se pretenden explorar o explotar recursos naturales de propiedad estatal. En tal virtud, corresponde al derecho interno

¹⁴ Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

definir ese asunto. La Constitución no señala tampoco el procedimiento que para ello debe llevarse a cabo ni la ley lo hace.

“e. La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, (...), el compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias. Sin embargo ha precisado que dado que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las mediadas.

“f. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la consulta, como mecanismo de participación en la adopción de decisiones y de garantía de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es obligatoria en cuanto a su verificación, pero no sustrae de la competencia de las autoridades la adopción final de la medida legislativa o administrativa, como en general sucede con todos los mecanismos de concertación.

Además, en un pronunciamiento de tutela proferido por el pleno de la Corporación¹⁵, de conformidad con lo previsto en el Convenio 169, se especificaron cuáles son los objetivos que persigue la consulta y con ello se determinó, por tanto, el marco axiológico básico que acompaña el derecho en cualquier ámbito; en esa oportunidad la Corte señaló lo siguiente:

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

“a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

“b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede

¹⁵ Sentencia SU-039 de 1997, citada.

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.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo al mandato de flexibilidad contenido en el convenio, hay que tener en cuenta que el Gobierno, a través de los Decretos 1397 de 1996¹⁶ y 1320 de 1998¹⁷, formuló algunas pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado¹⁸. No se debe pasar por alto que en las Leyes 99 de 1993¹⁹, 160 de 1994, 191 de 1995, 199 de 1995 y 685 de 2001²⁰, entre otras, también se prevén algunas disposiciones de participación y consulta indígena.

¹⁶ Ministerio del Interior, “*Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones*”. La legalidad de este Decreto fue estudiada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en providencia del ocho (08) de octubre de 1998, radicación 4373, Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez, en la que solamente se decretó la nulidad de la expresión “... suspenderán o revocarán ...”, contenida en el inciso segundo del artículo 7°.

¹⁷ Ministerio del Interior, “*Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio*”. La legalidad de esta norma fue analizada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en providencia del veinte (20) de mayo de 1999, radicación 5091, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa, en la que se declaró la nulidad de la expresión “...y por el término máximo de 24 horas,” contenida en el artículo 13, literal “d”. De esta sentencia es importante transcribir los siguientes apartados: “*De otro lado, el hecho de que el decreto acusado no contenga previsiones específicas sobre el tópico que preocupa al actor, no excluye que cuando el tema de la consulta involucre el uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales, se trate el referido asunto, sea de manera conjunta o paralela, puesto que como se describe en el artículo 1° del decreto acusado, la consulta previa tiene como fin analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que pueda ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio. (...)*”.

¹⁸ De todas formas es necesario reconocer que estos Decretos también reconocen la participación de las comunidades indígenas en los ámbitos legislativo y administrativo. Por ejemplo, el artículo 11 del Decreto 1397 de 1996 establece: “**OBJETO.** *La Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas tendrá por objeto concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos ...*”.

¹⁹ “*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones*”. Artículo 76: **DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS.** *La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.*

²⁰ “*Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*”. Cfr. sentencia C-418 de 2002, M.P.: Alvaro Tafur Galvis

Respecto del Decreto 1320 hay que recordar que esta Corporación decidió inaplicarlo en la sentencia T-652 de 1998²¹ por resultar, conforme al caso concreto, *“a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991”*. Adicionalmente, no sobra anotar que las reclamaciones contra dicho Decreto fueron objeto de admisión por parte de la Oficina Internacional del Trabajo, lo que llevó a que el Consejo de Administración aprobara las recomendaciones de la Comisión de Expertos, en el sentido de solicitar al Gobierno Colombiano modificar la norma para *ponerl[a] de conformidad con el Convenio* y para que efectúe la consulta *con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia*²².

Como tal, 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 etnia²³ y por tanto, no constituyen un modelo único de acercamiento con los diferentes pueblos. Sobre el particular, haciendo énfasis sobre las implicaciones que tiene el empleo efectivo del Convenio 169, la Corte señaló:

*“Ahora bien, 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. Ciertamente, el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y 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.”*²⁴.

²¹ M.P.: Carlos Gaviria Díaz. En este caso la Corte protegió el derecho de consulta previa de la comunidad indígena Embera-Katío en hechos ocurridos a partir del año 1993, por la omisión del INDERENA de efectuar la consulta para el otorgamiento de una licencia ambiental para la construcción de una hidroeléctrica.

²² OIT, informe GB.282/14/3. Ginebra noviembre de 2001, 282ª reunión. Vid. sentencia SU-383 de 2003, citada.

²³ 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”*.

²⁴ Sentencia T-737 de 2005, citada.

Así las cosas, a manera de conclusión podemos señalar que, para los efectos del presente asunto, el derecho de consulta previa tiene carácter fundamental y debe aplicarse, conforme a los usos y costumbres de cada etnia, no solo a los trámites administrativos, sino también al procedimiento legislativo. No obstante lo anterior, es necesario precisar, dada la trascendencia que la discusión parlamentaria tiene en nuestro sistema jurídico, que los términos bajo los cuales éste se hace efectivo, obedecen a *las condiciones propias de cada país*, definidas por el constituyente o el legislativo.

Bajo este marco es necesario resaltar que esta Corporación reconoció el ámbito de acción de la consulta previa en un proceso legislativo, en la sentencia C-891 de 2002²⁵ de acuerdo a los siguientes postulados:

“1. No es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones. Sin embargo es claro que, en ese caso, la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso. No obstante lo anterior, puede presentarse el caso de que la composición inicial del proyecto sea producto del esfuerzo conjunto y concertado de entidades y comunidades, evento en el cual se evidenciaría con más veras el cumplimiento de la participación indígena.

“2. De manera unilateral el Ministerio de Minas y Energía elaboró el proyecto de ley que daría origen al Código de Minas y, junto con el Ministerio del Interior, coordinó la celebración de talleres informativos previos al escenario de discusión del proyecto, esto es, la Mesa Nacional de Concertación con las comunidades indígenas.

(...)

“6. En síntesis: antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, a lo largo de un periodo de más de un año el Gobierno Nacional fomentó diversos mecanismos de participación que se desarrollaron en diversas etapas, así: (i) divulgación del proyecto de ley, enviado por correo a las distintas organizaciones indígenas; (ii) ilustración y exposición detallada del articulado del proyecto ante las comunidades y discusión preliminar entre las entidades gubernamentales y estas últimas, a través de los

²⁵ Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 685 de 2001, “por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”.

talleres informativos previos, diseñados como mecanismos preparatorios para la Mesa Nacional de Concertación; (iii) organización y celebración -en dos oportunidades- de la Mesa Nacional de Concertación, donde no se llegó a acuerdo alguno, pero por causas no imputables al Gobierno, pues éste siempre demostró su voluntad de realizar la consulta y la concertación en torno al proyecto de ley” (negrilla fuera de texto original).

Conforme a lo anterior, en la misma decisión se puntualizó que es obligación del gobierno brindar los escenarios y las alternativas necesarias para participar de la iniciativa legislativa a los pueblos indígenas, pero infirió que no es obligatorio llegar a un acuerdo o una concertación. Sobre el particular afirmó la Corporación:

“20. La circunstancia de no haberse llegado a un acuerdo con las comunidades indígenas y, a pesar de eso, haberse radicado el proyecto de ley en el Congreso, merece mayor atención por parte de esta Sala, teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales expuestos en páginas anteriores, tal como pasa a verse:

(...)

“ ... como ya se dijo, el derecho de consulta indígena no es absoluto, pues, si bien la Constitución ordena que se propicie la participación de las respectivas comunidades en los asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, de ninguna manera puede entenderse que deba necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito sine qua non para radicar el proyecto del ley. A decir verdad, la irreductible exigencia de un tal acuerdo sólo haría nugatoria la iniciativa legislativa del Ejecutivo en la materia vista.

“Conforme a lo anterior, por principio general el Gobierno está obligado a propiciar mecanismos efectivos y razonables de participación en los asuntos que afecten a las comunidades indígenas. Sin embargo, si no se llega a un acuerdo con estas últimas, no tiene por qué frenarse el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general, como ocurre en el caso minero.

Pues bien, bajo los anteriores supuestos la Corte concluyó que la organización de talleres preparatorios y mesas de concertación son ejemplos de escenarios legítimos para efectuar la consulta de una iniciativa antes de ser presentada ante el Congreso de la República. No obstante lo anterior, también advirtió que existen espacios de deliberación al interior del Congreso durante el

trámite de un proyecto de ley, aptos para discutir y hacer valer los intereses indígenas, veamos:

“22. Respecto de los mecanismos propiciados por el Gobierno, tales como los talleres preparatorios y las mesas de concertación, la Corte los encuentra apropiados al fin perseguido, esto es, llevar a ley de la República un proyecto que armonizara con los intereses de los pueblos indígenas, a la par que fuera respetuoso del principio de participación que a ellos cobija. Amén de que en el acervo probatorio no se advierte asomo alguno de mala fe por parte de las entidades gubernamentales sino, por el contrario, un reiterado interés por alcanzar un acuerdo con los representantes de las comunidades indígenas.

*“23. Por otra parte, debe señalarse 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. Justamente es también éste un escenario de discusión y participación que campea en el marco de un Estado democrático, como el colombiano, en el que los pueblos indígenas pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos.***

“No sobra recordar que en nuestro órgano legislativo, por mandato del inciso segundo del artículo 171 de la Constitución, los indígenas tienen dos senadores que participan en la creación de la ley antes de su expedición, haciendo oír su voz” (negrilla fuera de texto original).

Así pues conforme al mencionado contexto, fácilmente se deduce que el derecho fundamental de consulta previa tiene asidero dentro del trámite legislativo. Sin embargo, la influencia que el derecho pudiera ejercer sobre tal potestad está condicionada a los instrumentos que haya fijado la Constitución o la ley para intervenir en las iniciativas parlamentarias, siempre que éstos permitan cumplir con el objeto esencial de la consulta previa. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha precisado que el gobierno puede echar mano de, por ejemplo, talleres preparatorios que tengan por objeto forjar el consentimiento completo, libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas, a partir de los cuales se procure y gestione, de buena fe, un consenso real y lo mas universal posible alrededor de la medida legislativa.

Es preciso establecer ahora si frente a la operatividad del derecho fundamental de consulta previa en el ámbito legislativo, existe alguna viabilidad de que proceda la tutela, para garantizar la vigencia de aquel. Para

este efecto es necesario relacionar los fundamentos de la improcedencia de la acción de tutela contra actos de carácter general, impersonal y abstracto.

3.2. Fundamentos generales de la improcedencia de la acción de tutela contra actos de carácter general, impersonal y abstracto. Procedencia excepcional de la tutela contra actuaciones legislativas.

El artículo 86 de la Constitución Política señala, como regla general, que la acción de tutela procede contra las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública que viole o amenace violar derechos fundamentales. También indica esta disposición que la acción sólo procede cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial.

Ahora bien, el artículo 6° numeral 5 del Decreto 2591 de 1991²⁶ establece la siguiente causal de improcedencia de la acción: “*Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto*”. Conforme a ésta la Corte Constitucional ha efectuado varios pronunciamientos en donde ha aplicado tal disposición a diferentes eventos, señalando que para ese tipo de actuaciones existen otros mecanismos especiales de control judicial²⁷. Así, en las sentencias T-024 de 2004²⁸ y T-151 de 2001²⁹ se negó la operatividad del amparo frente a un Acuerdo emanado del Consejo Superior de una universidad³⁰; en el mismo sentido, en las sentencias T-119 de 2003³¹ y T-105 de 2002³² se denegó su procedencia contra un Acuerdo Municipal; en las sentencias T-1497 de 2000³³, T-1201 de 2000³⁴, T-982 de 2000³⁵ y T-1452 de 2000³⁶ se desaprobó la solicitud de protección frente a unos Decretos expedidos por el Gobierno Nacional; precisamente la última de las jurisprudencias, se refirió a la justificación de esta causal de improcedencia de la tutela, así:

“Por consiguiente, no se ajusta a la Constitución, que se invoque la figura sumaria de la tutela con la intención de que se tramiten de manera acelerada, asuntos que por su misma complejidad exigen acucioso y ponderado análisis bajo la óptica de ordenamientos especializados, expresamente sometidos por el sistema jurídico a ciertas formas y procedimientos”.

²⁶ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

²⁷ A manera de ejemplo sobre el particular, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-105 de 2002, T-151 de 2001, T-1497 de 2000, T-1452 de 2000, T-1290 de 2000, T-1201 de 2000, T-982 de 2000, T-815 de 2000, T-287 de 1997, T-610 de 1997, T-321 de 1993, T-203 de 1993 y T-123 de 1993.

²⁸ Sala Octava de Revisión, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

²⁹ Sala Novena de Revisión, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

³⁰ Al respecto en la decisión se afirmó lo siguiente: “(...) al respecto cabe señalar en primer término que la Corte ha descartado la posibilidad de que mediante acción de tutela se pueda controvertir la legalidad de los actos de carácter general y abstracto mediante los cuales las autoridades universitarias en ejercicio de la autonomía que les reconoce la constitución y la ley determinen el procedimiento para la elección de rector por estar dicho tipo de actos generales expresamente exceptuados de la competencia del juez de tutela (...)”.

³¹ Sala Séptima de Revisión, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

³² Sala Primera de Revisión, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

³³ Sala Tercera de Revisión, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

³⁴ Sala Segunda de Revisión, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

³⁵ Sala Cuarta de Revisión, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

³⁶ Sala Tercera de Revisión, M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

En el mismo derrotero, en una de las decisiones fundadoras de esta línea jurisprudencial -la sentencia T-321 de 1993³⁷- la Corte desestimó la actuación adelantada contra unos actos proferidos por el Instituto Nacional de Radio y Televisión y el Consejo Nacional de Televisión, bajo los siguientes términos:

“Cuando el desconocimiento, la vulneración o el recorte de los derechos fundamentales se origina en actos jurídicos de carácter general producidos por instancias subordinadas a la Constitución (y todos los poderes constituidos lo son), su efecto general pernicioso puede ser contrarrestado mediante mecanismos especialmente dispuestos para ello, V.gr.: la acción de inconstitucionalidad contra las leyes, o las acciones de nulidad (y de restablecimiento del derecho) contra los actos administrativos. Mediante tales instrumentos se provoca la actuación de un organismo público competente para que, también por vía de disposición general, restablezca el imperio de la juridicidad.

“Pero no es ése el caso de la tutela. El mismo artículo 6o. del Decreto 2591 establece en su numeral 5o. que es improcedente la acción "cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto". Es que lo que se busca con el mencionado mecanismo es suspender los efectos violatorios o amenazantes de alguno de los derechos fundamentales de una persona determinada, derivados de un acto concreto cuya aplicación deberá suspender el juez, aún mediante medidas provisionales (esto es antes de la sentencia) cuando lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, según las voces del artículo 7o. del Decreto en mención”.

Específicamente, frente a los actos de carácter general, trátense de leyes o de actos legislativos expedidos por el Congreso de la República, esta Corporación también ha señalado la improcedencia de la acción de tutela. En efecto, en la sentencia T-430 de 1992³⁸ se indicó que, dada su naturaleza pública, el parlamento puede ser sujeto pasivo del amparo frente a los actos de carácter particular que llegare proferir³⁹ pero que, en lo que se refiere a su capacidad legislativa, este mecanismo no es procedente. De la sentencia en comento, se hace necesario destacar lo siguiente:

³⁷ Sala Cuarta de Revisión, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

³⁸ Sala Tercera de Revisión, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

³⁹ De hecho, esta Corporación ha estudiado de fondo varias acciones de tutela en contra de actos particulares expedidos por el Congreso de la República o una de sus Cámaras. Para el efecto se pueden consultar las sentencias T-1337 de 2001, T-307 de 2002 y T-358 de 2002. No obstante, merece especial referencia la sentencia T-983 A de 2004 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil) en la que se estudió la solicitud de protección elevada por un congresista para efectuar en debida forma el control político al manejo de los recursos del FOREC (fondos para la reconstrucción del eje cafetero).

“Así, pues, considera la Corte que asiste la razón al accionante cuando afirma que también los actos producidos por la Rama Legislativa son susceptibles de esta acción. Tanto las cámaras como las comisiones permanentes que dentro de ellas se conforman de acuerdo con lo previsto por el artículo 142 de la Constitución y sus mesas directivas tienen aptitud efectiva para proferir actos o incurrir en omisiones por cuyo medio se vulnere o amenace vulnerar un derecho fundamental, siendo lógico entonces que éste sea protegido por la vía de la acción de tutela, de manera definitiva o al menos transitoria en orden a evitar un perjuicio irremediable.

“Desde luego, como también lo apunta el actor, están excluidas las leyes que expida el Congreso, pero también lo están - digámoslo de una vez- los actos legislativos reformativos de la Constitución (artículos 374 y 375 Constitución Política), ya que respecto de aquellas y de éstos, la propia Carta ha previsto la acción de inexecuibilidad para atacarlos por los motivos allí mismo indicados, si vulneran sus preceptos (artículo 241, numerales 1, 2, 4 y 10 Constitución Política).

Tenemos entonces que conforme al artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela también es improcedente contra los actos de carácter general, impersonal y abstracto proferidos en el Congreso de la República. La jurisprudencia constitucional ha precisado, como se vio, que ello está justificado por la existencia de la acción de inconstitucionalidad, que constituye el medio o mecanismo idóneo para controvertir las actuaciones legislativas del Congreso de la República, a través del organismo encargado de la *guarda y supremacía de la constitución*⁴⁰.

De hecho, tal regla de improcedencia del amparo también aplicaría para los proyectos de ley que son discutidos en cada cámara parlamentaria⁴¹. Además, para asuntos de esta índole es necesario advertir que coexisten otras razones de estirpe constitucional que sustentan la improcedencia general del amparo. En efecto, esta Corporación ha esgrimido que con el objetivo de cumplir con el mandato representativo⁴² y el principio democrático a través de la voluntad de las mayorías⁴³, las facultades del Congreso están resguardadas por garantías como la autonomía y la independencia, que protegen, en principio, el debate legislativo de intervenciones provenientes de otros órganos estatales. Sobre el particular, la Corte ha precisado lo siguiente:

⁴⁰ Constitución Política, artículos 241 y siguientes.

⁴¹ A esta conclusión se llega sobre todo si se tiene en cuenta la definición de *actividad legislativa* contenida en la sentencia C-1152 de 2003 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño): “Esta Corporación ha explicado^(...) que la actividad legislativa consiste en la facultad reconocida en los regímenes democráticos a los órganos representativos, de regular de manera general, impersonal y abstracta, a través de la ley, los distintos supuestos de hecho relevantes para la obtención de los fines esenciales del Estado”.

⁴² Constitución Política, artículos 3° y 133.

⁴³ Constitución Política, artículos 145 y 146.

“La Constitución del 91 le confiere al Congreso, como rama del poder autónoma e independiente, la capacidad soberana de administrar sus propios asuntos, al atribuirle en el artículo 150-20 facultad para “Crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras”, lo cual, obviamente, debe hacerse por medio de ley, como expresamente allí se ordena. Disposición que guarda concordancia con el artículo 135 del mismo ordenamiento, que señala las facultades de cada Cámara, entre ellas, elegir sus mesas directivas, elegir su secretario general, proveer los empleos creados por la ley para el cumplimiento de sus funciones, organizar su policía interior, entre otras.

*“Ello significa que el Congreso, por disposición constitucional expresa, tiene autonomía y plena capacidad para auto-organizarse, lo que se traduce, especialmente, en: a) **autonomía reglamentaria, es decir, capacidad para dictar normas para su propio funcionamiento, sin la intromisión ni la interferencia de ningún otro órgano y sin que el gobierno tenga iniciativa en estas materias,** y b) autonomía financiera y administrativa, por cuanto las Cámaras tienen la facultad de fijar su propio reglamento y administrar sus propios servicios así como el personal que los presta.*

La autonomía e independencia del parlamento justificarían, por tanto, que durante la discusión de un proyecto de ley no se permita la injerencia de otro órgano estatal y, específicamente, que no haya oportunidad alguna de control judicial. Sin embargo, las garantías del poder legislativo no pueden entenderse como una cláusula de inmunidad absoluta frente a cualquier tipo de control pues, al contrario, debemos recordar que la Constitución prevé como principio, el funcionamiento separado de cada órgano y la colaboración armónica entre todos para la realización de los fines estatales, entre los que se cuentan, por supuesto, la efectividad de los derechos fundamentales (artículos 2º y 113 *ejusdem*).

Bajo tal derrotero, es necesario resaltar que la Corte Constitucional ha definido cuáles son los parámetros y las consecuencias de un sistema de poderes en el que sus integrantes actúan de manera separada y colaboran armónicamente. De hecho, ha explicado que nuestra historia constitucional ha registrado cambios paulatinos, que han comenzado con la implantación de un régimen de separación rígido que finalmente se ha decantado en un sistema de controles recíprocos. Sobre el particular, en la sentencia T-983A de 2004 explicó:

“11. Nuestra propia historia constitucional es reflejo de la flexibilización del modelo continental de limitación formal y separación rígida, hacia uno de controles recíprocos. En su formulación inicial, el artículo 55 de la Constitución de 1886,

establecía que “Todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones”. Este esquema fue posteriormente modificado en la reforma constitucional de 1936⁴⁴, en la cual se estableció el mecanismo de colaboración armónica, que fue mantenido en la reforma constitucional que se hizo a dicho artículo en 1945. En la primera de tales reformas, por lo demás, se atenuó en mayor grado el sentido de autonomía de estos órganos, en la medida en que se cambió la expresión plural “poderes públicos”, por la de “órganos del poder”, indicando una clara intención política del poder constituido de reagrupar estos órganos o “ramas,”⁴⁵ como estructuras de un sistema integrado a través de un único poder público. Tanto el deber de colaboración armónica entre los órganos del Estado, como su pertenencia a un único poder público, fueron aprobadas por las diversas comisiones, así como por la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente. En este sentido, la ponencia presentada en la Comisión Tercera resulta ilustrativa del consenso que hubo alrededor del modelo de separación atenuada y controles recíprocos. En uno de sus apartes, ésta dice:

“A raíz de las exposiciones de Montesquieu, se creyó erróneamente que el poder se dividía en varias partes y cada una era autónoma e independiente en forma absoluta de las demás. En fin, que en su ejercicio no debían entrometerse para nada la actividad de las otras partes (sic).”

“Es desde luego, la expresión de los malos lectores de ‘El Espíritu de las Leyes’ que riñe con el verdadero pensamiento de su autor y fundamentalmente con la naturaleza misma del poder. (...) Ya es un principio definitivamente establecido el de la distribución del ejercicio del poder mismo, por lo que no parece oportuno que el Estado colombiano retroceda tres siglos para poner en vigencia una teoría que perduró inclusive hasta los primeros años del siglo XX, pero que fue definitivamente abandonada.”⁴⁶

“Como se observa, desde 1936 nuestra Constitución Política se apartó del sistema de separación rígida de funciones, de acuerdo con la tendencia renovadora del constitucionalismo continental europeo. Al hacerlo, adoptó elementos del modelo norteamericano de separación atenuada y controles recíprocos,

⁴⁴ Acto Legislativo No. 1 de 1936.

⁴⁵ En la reforma de 1945, llevada a cabo mediante el Acto Legislativo No. 1 (artículo 6º) de ese año, se cambió la expresión “órganos” por la de “ramas” del poder. Esta, a su vez, fue remplazada una vez más por la de “órganos”, por el constituyente de 1991.

⁴⁶ Ponencia presentada por Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Antonio Navarro Wolf, José Matías Ortiz y Abel Rodríguez. Gaceta Constitucional No. 59. Pág. 3 (cita original de la sentencia transcrita).

aceptando eventualmente cierta superposición material de funciones, a partir del ejercicio recíproco de los medios de control, de manera que pudiera realizarse el principio de colaboración armónica. Este principio se mantuvo vigente en la Carta Fundamental de 1991, en el artículo 113, siendo reforzado con la creación de órganos de control especializados (v.gr. la Corte Constitucional y la Defensoría del Pueblo), y otorgándole autonomía a otros que previamente existían, pero que, en mayor o menor medida, estaban sujetos a alguna de las ramas del poder (v.gr. el Banco de la República).

“12. En la evolución del moderno Estado Social de Derecho, el fortalecimiento del sistema de controles recíprocos se manifiesta en la creación constitucional de acciones y procedimientos judiciales que permiten que los jueces controlen los actos de la administración pública mediante la acción de nulidad y de plena jurisdicción (C.P. arts. 237 y 238), dispongan el cumplimiento de leyes y actos administrativos (C.P. art. 87), reparen los daños antijurídicos ocasionados a los administrados por la acción u omisión de los agentes del Estado (C.P. art. 90), y protejan los derechos fundamentales cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública (C.P. art. 86)”⁴⁷.

En un sistema de poderes organizado bajo el paradigma de los controles recíprocos para el cumplimiento de los fines señalados en el artículo 2º de la Constitución, no es razonable rechazar de manera absoluta la ejecución de mecanismos de control frente a la labor legislativa. El parlamento, como órgano democrático, no es inmune a la capacidad normativa de la Constitución ni al conjunto de principios previstos en ésta y, de manera excepcional, puede ser sujeto pasivo de la acción de tutela cuando quiera que desconozca las potestades mínimas o el núcleo esencial de las garantías u obligaciones previstas para el ejercicio de cualquiera de sus funciones.

De hecho, esta Corporación en la sentencia T-983A citada, concluyó que de manera extraordinaria, el amparo es un mecanismo idóneo para proteger el derecho al control político en cabeza de los parlamentarios, cuando este privilegio es impedido o dificultado por cualquiera de las Mesas Directivas del Congreso; de la jurisprudencia mencionada es necesario resaltar lo siguiente:

“Por consiguiente, es patente que el juez de tutela debe garantizar que los órganos del Estado respeten las limitaciones que les imponen los derechos fundamentales. Adicionalmente, dicho control no pierde validez en tratándose de órganos del Estado que actúan conforme a la regla de las mayorías. Como se dijo anteriormente, en aquellos contextos en que las mayorías tienen la

⁴⁷ Sala Quinta de Revisión, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

posibilidad de desconocer los derechos de las minorías, es donde la intervención del juez de tutela adquiere mayor relevancia, pues es ahí donde la protección de los derechos fundamentales suele ser más necesaria. Por lo tanto, la protección de las minorías adquiere un carácter reforzado en contextos que operan según la voluntad de las mayorías, como ocurre en el Congreso de la República.

“22. Sin embargo, la protección de los derechos fundamentales en contextos en los cuales opera la regla de las mayorías, conduce a la necesidad de limitar su alcance y proyección, pues es indispensable reconocer que, aun cuando la defensa de los derechos de las minorías es un rol constitucional legítimo que le incumbe al juez de tutela, éste no puede desconocer el funcionamiento lógico, ordinario e histórico de una corporación como lo es el Congreso, en donde se trabaja, opera y funciona mediante compromisos entre minorías y mayorías, siendo éstas últimas quienes deben adoptar las decisiones en materia del control político al Gobierno Nacional y a otras autoridades del Estado. De suerte que, respondiendo a la exigencia de dicha realidad, antes de resolver el caso en concreto, esta Corporación debe establecer cuál es el marco normativo en el que opera el derecho de participación de las minorías políticas dentro de las Cámaras legislativas”.

De manera que, en tratándose de órganos como el Congreso, la acción de tutela procede siempre y cuando ello sea necesario e imperioso para garantizar los derechos de los titulares de potestades parlamentarias e, inclusive, de aquellos que por disposición de la ley tengan derecho a intervenir en los debates⁴⁸ o a participar de audiencias o sesiones⁴⁹. Por supuesto, conforme a los fundamentos de la sentencia en comento, la protección del amparo está condicionada a la configuración *orgánica* que determine el alcance y los límites a los cuales está sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Sobre el particular, esa decisión precisó:

“25. Ahora bien, como se dijo anteriormente, el derecho de participación política tiene un carácter limitado. Los límites de este derecho están encaminados, entre otras, a permitir el manejo adecuado de las instituciones del Estado, y a impedir que su ejercicio abusivo obstruya injustificadamente el gobierno de las mayorías, y la participación de otros ciudadanos. Con todo, dada la diversidad de formas de participación política, los límites constitucionales del derecho, y las condiciones de su ejercicio, varían significativamente dependiendo del contexto específico en

⁴⁸ Cfr. Ley 05 de 1992, “por la cual se expide el reglamento del Congreso: el Senado y la Cámara de Representantes”, artículos 96 y 230 a 232.

⁴⁹ Ley 05 de 1992, artículo 57 numerales 3, 4 y párrafo 1°.

el cual se pretenda hacer valer. Así, prima facie puede sostenerse que el derecho al voto está sujeto a unas limitaciones diferentes a las que tiene el derecho a ser elegido, o el derecho a constituir partidos o movimientos políticos, o el de difundir sus ideas y programas. En esa medida, para poder establecer el alcance de cada una de las formas de ejercicio del derecho de participación, y determinar si una conducta hace parte del ámbito protegido por el derecho, es indispensable considerar, además de las previsiones constitucionales, las disposiciones legales que regulan directa o indirectamente su ejercicio.

“Este es precisamente el alcance que en la doctrina y la jurisprudencia le han otorgado al derecho de participación y, por ello, en el ejercicio de las funciones parlamentarias reconocidas a los Congresistas, se lo ha identificado con la denominación genérica del ius in officium. Tal como se señaló previamente, lo anterior significa que una vez se ha ejercido la libre configuración normativa, para determinar el alcance y los límites a los cuales está sujeto el ejercicio de la actividad legislativa (C.P. art. 151), particularmente, en cuanto al señalamiento de los derechos y atribuciones de los parlamentarios, éstos quedan integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, reclamar su protección cuando consideren que injustificadamente se les ha privado de su legítimo ejercicio. Sin embargo, no cualquier violación al reglamento es susceptible de amparo, pues sólo poseen relevancia constitucional aquellas que produzcan efectos sobre el núcleo esencial de la función representativa parlamentaria, esto es, además de aquellas actividades que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas, todas aquellas herramientas jurídicas que se otorguen a los parlamentarios para adelantar el control político a la actividad del Gobierno y a otras autoridades públicas del Estado (negrilla fuera de texto original).

Así pues, frente a las diferentes funciones encomendadas al Congreso, la acción de tutela podría ejercerse cuando quiera que se desconozcan los derechos fundamentales que conforman el procedimiento legislativo y que tengan efectos relevantes sobre la función representativa, de acuerdo a las normas orgánicas aplicables a esa Corporación.

Veamos pues, conforme a los anteriores presupuestos, si en el caso concreto la acción de tutela procede para amparar el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas invocado por CRIMA contra el proyecto de ley número 264-C-2004, 025-S-2004 acumulado con el proyecto número 023-84.080 S-2004, “*por la cual se expide la Ley General Forestal*”.

3.3. El derecho a la consulta previa y su protección a través de la acción de tutela en el trámite de una iniciativa parlamentaria. Improcedencia de la presente acción.

La Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas –CRIMA- demanda, a través de la acción de tutela, la protección del derecho fundamental de consulta previa frente al trámite de un proyecto de ley del cual, según los demandantes, no se les participó a las comunidades indígenas o sus representantes.

Los demandados aducen, por su parte, que la acción de tutela es improcedente y que, en todo caso, alrededor de la iniciativa se realizaron diferentes eventos en los cuales se socializó la iniciativa.

Las instancias, aunque reconocieron el carácter fundamental de la consulta, denegaron el amparo debido a la improcedencia de la acción frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto, y porque consideraron que la acción de inconstitucionalidad es el mecanismo idóneo para hacer frente a la pretensión de CRIMA.

3.3.1. Bajo el anterior contexto, lo primero que debe destacar esta Sala de Revisión dentro del presente caso, es que el proyecto al cual se le achaca la vulneración de derechos fundamentales, ascendió a la categoría de ley y en este momento se encuentra vigente debido a su sanción y promulgación. En efecto, de acuerdo al diario oficial número 46249, la Ley 1021, “*por la cual se expide la Ley General Forestal*”, fue promulgada el 24 de abril de 2006.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la iniciativa legislativa adquirió el status y la categoría de ley, se hace necesario concluir que a esta altura corresponde a la acción de inconstitucionalidad, conforme al artículo 241 de la Constitución y bajo el procedimiento previsto en el Decreto 2067 de 1991, el examen sobre la aplicación del derecho de consulta previa, antes o durante el desarrollo del debate legislativo. En efecto, de acuerdo a dichas circunstancias, la acción en comento constituye el mecanismo idóneo para verificar que las condiciones del derecho fueron respetadas suficientemente antes de dar aprobación al proyecto. Al respecto, vale la pena remitirnos a la sentencia C-891 de 2002, en la cual se explicó que los cargos por violación de dicho derecho fundamental conllevan a un análisis material de la norma; esta decisión especificó lo siguiente:

“18. Antes de acometer el análisis del proceso de consulta surtido durante la preparación del proyecto de ley que finalmente se convirtió en la Ley 685 de 2001, conviene hacer las siguientes precisiones:

“En primer lugar, es pertinente aclarar que la demanda presentada no censura las disposiciones contenidas en la referida ley por vicios de procedimiento en su formación dentro del

Congreso, hipótesis en la cual se impone al actor el deber de señalar en la demanda el trámite contemplado por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado (Decreto 2067/91 Art. 2-4).

“Como puede verse, aquí la situación es diferente, pues si bien los cargos están ligados al proceso general de formación de la ley parcialmente acusada, los mismos se circunscriben a la antesala de la iniciación formal de los debates que se surtieron en el Congreso, descartándose de plano cualquier alusión a vicios de forma en estricto sentido. Por el contrario, la demanda se sustenta ampliamente en la supuesta violación del derecho fundamental de consulta, ya que a juicio de la demandante se hizo nugatoria la participación de los pueblos indígenas en la discusión y preparación del proyecto de ley que dio origen al Código de Minas.

*“Por consiguiente, fuerza concluir que en definitiva la demandante impugna las señaladas disposiciones del referido ordenamiento por su contenido material como tal, mas no por vicios de forma (v. gr. número de debates requeridos en una y otra cámara legislativa, publicación del proyecto, etc.). **De suerte que para dilucidar la eventual vulneración del derecho de consulta, la Sala verificará si en la correspondiente etapa de formación del proyecto de ley se ofrecieron a los pueblos indígenas suficientes canales participativos, en los términos expuestos en páginas anteriores.***

“En suma, la Corte efectuará dos exámenes en relación con las disposiciones impugnadas: uno, consistente en la verificación del proceso de consulta a las comunidades indígenas frente a la discusión del proyecto de ley; y otro, consistente en el juicio abstracto de confrontación de las normas acusadas y la Constitución Política.” (Negrilla fuera de texto original).

Conforme a lo anterior, debido a que la Ley General Forestal se encuentra en vigor, en este caso la acción de tutela es improcedente conforme al numeral 5 del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, por lo que las decisiones de instancia habrán de confirmarse, teniendo en cuenta que el medio judicial apto para controvertir el contenido y trámite de la Ley 1021 de 2006 es la acción de inconstitucionalidad.

3.3.2. No obstante lo anterior, con base en la pedagogía constitucional que debe promover esta Corte, la Sala procederá a precisar si, conforme lo consideraron las instancias de la presente tutela, el amparo es absolutamente improcedente por esta misma causal, para proteger el derecho de consulta previa de las comunidades indígenas frente al trámite de un proyecto de ley en el Congreso de la República.

Para este efecto, es útil diferenciar preliminarmente los escenarios que comprometen la operatividad del derecho. La importancia de distinguir cada uno de estos contextos es indudable, si se tiene en cuenta el antedicho mandato de *flexibilidad* previsto en el artículo 34 del Convenio 169. De acuerdo a éste, los Estados tienen un margen flexible para establecer a través de la Ley o la Constitución las medidas que hagan efectiva la consulta previa. Por tanto, debido a que el alcance del derecho depende de las características, procedimientos y los límites previstos para cada ámbito de poder –bien sea administrativo o legislativo- la acción de tutela debe remitirse a ellos a fin de establecer el alcance concreto del derecho en cada uno. No tiene la misma repercusión o igual contenido, la consulta que se efectúa para el otorgamiento de una licencia ambiental, conforme a la Ley 99 de 1993, frente a la que se realiza para la formación de una iniciativa legislativa.

Así pues, los escenarios en los que podemos agrupar el desenvolvimiento del derecho de consulta previa son: el primero, la construcción de la iniciativa gubernamental antes de presentar el texto ante el congreso; el segundo se refiere, en estricto, a la eficacia del derecho durante el trámite de un proyecto de ley y, el tercero, aplica a la práctica del derecho en sede administrativa, cuando se ejecutan actos específicos o individuales que puedan afectar o interesar a las comunidades indígenas, v. g. la expedición de una licencia ambiental, la constitución de una concesión, la ejecución de un programa de fumigación de cultivos ilícitos⁵⁰ o la contratación de una obra⁵¹.

Los dos primeros escenarios, conforme a lo establecido en el Convenio 169 de 1989, constituyen dos puntos de referencia a partir de los cuales se puede hacer efectiva la consulta previa y la participación de las comunidades indígenas, ante medidas o actos de carácter legislativo.

a.- El primero, como se observó, comprende la obligación que tiene el Gobierno de concertar con los pueblos indígenas, a través de sus diferentes herramientas institucionales, los proyectos de ley que pretenda presentar ante el legislativo. Sobre el particular podemos observar que la jurisprudencia ha consentido la posibilidad de usar talleres preparatorios en los cuales se informe debidamente cuáles son las medidas normativas a presentar y qué tipo de consecuencias pueden tener éstas sobre cada tribu, para después efectuar la Mesa de Concertación respectiva. Más sin embargo, tal y como se anotó, lo anterior no obsta para que en caso de no llegarse a un consenso, una vez agotados de buena fe todos los recursos administrativos para llegar a éste, se presente el proyecto de ley ante el Congreso.

A juicio de esta Sala, frente a este contexto, la acción de tutela procedería para garantizar la socialización efectiva de la información, esto es, teniendo en cuenta los usos y costumbres de cada etnia, y para la realización de una Mesa de Concertación bajo los postulados mínimos del Decreto 1397 de 1996, en la cual se promuevan los mecanismos para intentar llegar a un

⁵⁰ Cfr. sentencia SU-383 de 2003, citada.

⁵¹ Cfr. sentencia T-652 de 1998, citada.

consenso y se garantice la formación de un consentimiento completo, libre, previo e informado. Recordemos que el objeto de la Mesa Permanente de Concertación de acuerdo al Decreto citado es:

“ARTÍCULO 11. OBJETO. La Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas tendrá por objeto concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, sin perjuicio de las funciones del Estado, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen.”

También es importante destacar algunas de sus funciones:

“ARTICULO 12. FUNCIONES. La Mesa Permanente de Concertación, además de lo dispuesto en el artículo anterior, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

“2. Concertar previamente con los pueblos y organizaciones indígenas las posiciones y propuestas oficiales para proteger los derechos indígenas en materia de acceso a recursos genéticos, biodiversidad y protección del conocimiento colectivo, innovaciones y prácticas tradicionales que presente el gobierno colombiano en instancias internacionales o en el marco de los acuerdos y convenios suscritos y ratificados por Colombia.

(...)

“8. Preparar los procedimientos necesarios para acordar entre los pueblos y organizaciones indígenas la propuesta de reglamentación del derecho de participación y concertación de las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas de acuerdo con las particularidades de cada uno, y concertar la expedición del decreto”.

b.- Ahora bien, el segundo evento en el cual se compromete la efectividad del derecho de consulta previa es el trámite de un proyecto de ley al interior del Congreso. De acuerdo a los jueces de instancia en ningún evento procede el amparo de los derechos fundamentales cuando se encuentre bajo trámite un proyecto de ley conforme al artículo 6° numeral 5 del Decreto 2591 de 1991. Inclusive consideraron que frente a éste procede exclusivamente la acción de inconstitucionalidad. Al respecto esta Sala debe precisar que tratándose del derecho de participación y de consulta previa de las comunidades indígenas,

la tutela sería excepcionalmente procedente para garantizar que el núcleo esencial de los derechos de estas minorías en el parlamento sean respetados. Por supuesto, el juez no tiene potestades para inmiscuirse en los términos o conclusiones de un debate o para influir la regla de mayorías que gobierna las decisiones del legislativo. El amparo, conforme a la *ratio decidendi* de la sentencia T-983A de 2004⁵², se limitaría a proteger los privilegios y poderes esenciales asignados a congresistas y ciudadanos conforme a los términos estrictos señalados en el reglamento orgánico que rige los procedimientos parlamentarios. Sobre este particular, aprovechando la sentencia mencionada, vale la pena tener en cuenta las siguientes precisiones:

“Para garantizar que los instrumentos de protección frente al abuso del poder protejan efectivamente a los representantes minoritarios y, por ende, cristalicen los intereses de sus electores, el artículo 85 de la Carta establece que el derecho de participación, consagrado en el artículo 40 de la Constitución es de aplicación inmediata, y por lo mismo, susceptible de amparo a través de la acción de tutela. Al incorporar el derecho de participación dentro de los derechos de aplicación inmediata, el constituyente otorgó explícitamente la obligación de garantizarlo a los jueces de tutela, quienes cuentan con autonomía e independencia en el ejercicio de su función (C.P. arts. 228 y 230). Ello les permite concentrarse en el desarrollo a largo plazo de los principios, valores, fines y derechos constitucionales, sin que las necesidades del corto plazo terminen por anular los consensos constitucionales.

Así las cosas, respecto de este ámbito la Sala destaca que no existe una disposición orgánica específica que establezca medidas para hacer efectivo el derecho de consulta previa en el trámite de un proyecto de ley. No obstante, sí es posible identificar dos dispositivos a partir de los cuales las comunidades indígenas pueden participar y proponer sus intereses ante el parlamento. El primero, sobre el cual ya se hizo referencia, se concreta en las facultades que tienen los senadores que representan a los indígenas al interior del Congreso,

⁵² En este amparo promovido por un Senador, se consignó que la tutela procede para garantizar el *ius in officium* de los parlamentarios en las precisas condiciones señaladas en la Reglamiento del Congreso de la República. Sobre el particular, en esta decisión se afirmó: *“Las Mesas Directivas del Congreso no pueden impedir o dificultar el control político que ejerce un Congresista -de una fuerza política minoritaria- sobre las actuaciones del Gobierno, pues a través de dicho mecanismo se cristalizan los intereses de sus electores, como una de las finalidades esenciales del Estado dentro de una democracia participativa. Si el derecho a ejercer el control político en el Congreso no pudiera protegerse, la minoría representada por el Congresista que propone el control, difícilmente tendría una oportunidad de ver reflejado su interés de participar en las decisiones que la afectan. ¿Cómo hacer entonces efectiva la protección del núcleo esencial de ius in officium, en torno a la proyección y alcance del control político? Para dar respuesta al citado interrogante se presentan dos alternativas viables: En primer lugar, el llamado a salvaguardar el respeto al núcleo esencial de la función de control sobre la actividad del Gobierno y otras autoridades del Estado, son las mismas Mesas Directivas del Congreso. En segundo lugar, como la eficacia de los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, no puede supeditarse a la voluntad de las mayorías, pues de ser así perderían su total eficacia, el ordenamiento constitucional ha instituido un mecanismo de defensa a favor de todos los parlamentarios, y en especial, de aquellos que representan a los grupos minoritarios, contra los órganos que aun a pesar de ser autónomos responden al querer de una voluntad mayoritaria”* (negrilla fuera de texto original)..

de acuerdo al artículo 171 superior. El segundo, tiene que ver con las instancias previstas en el reglamento de esa Corporación para que esas comunidades intervengan directamente, planteen sus reclamaciones y participen del debate o la discusión legislativa. Por la importancia y trascendencia de éstos en la función representativa, ya que se trata de un ejercicio explícito de soberanía de parte de las minorías (artículo 3° C.P.), estas potestades podrían ser objeto de acción de tutela durante el trámite de un proyecto de ley, en caso de ser desconocidas por el parlamento.

En efecto, en la Ley 05 de 1992 se prevén las siguientes instancias, en las cuales es posible intervenir legítimamente al interior de las células legislativas: (i) la participación en las audiencias o la presentación de observaciones ante la Comisión Legal de Derechos Humanos y Audiencias (artículo 57, numerales 3 y 4); y (ii) la presentación de observaciones, opiniones e intervenciones ante cualquiera de las Comisiones Constitucionales Permanentes (artículos 230 a 232). Estos eventos, por tanto, constituyen los medios a partir de los cuales los indígenas podrían intervenir legítimamente ante el parlamento para hacer valer sus intereses **previo a la expedición de una ley** y, por tanto, constituyen los referentes a partir de los cuales sería posible interponer el amparo, en caso de ser desconocidos por cualquier célula legislativa.

En conclusión, a diferencia de las instancias que conocieron de la presente acción, es posible establecer que solamente en los eventos mencionados, podría proceder la acción de tutela para la protección de los derechos de los pueblos indígenas durante el trámite de un proyecto de ley. Era obligación de cada una de las instancias, verificar que las herramientas de participación previstas en el reglamento del congreso no se habían desconocido. Sin embargo, dado que en este momento la ley se encuentra vigente, el amparo deviene improcedente y, por tanto, no es posible verificar, bajo los anteriores parámetros, la eventual vulneración del derecho invocado, porque dicho debate está reservado a la acción de inconstitucionalidad.

De acuerdo a lo expuesto, la Sala concluye que la acción de tutela impetrada por la Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas –CRIMA- es improcedente. En consecuencia por esta exclusiva razón, y sin que sean necesarias disertaciones adicionales, se confirmará la sentencia proferida por la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, en el sentido de denegar por improcedente la solicitud de tutela y conforme a los fundamentos contenidos en esta sentencia, la decisión proferida por la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el trece (13) de diciembre de dos mil cinco (2005), en la acción de tutela instaurada por la Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas –CRIMA- contra el Congreso de la República, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

SEGUNDO: Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General