



CRITICA A LA OMISIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA-
SENTENCIA C 369-2019
ARTICULO CIENTIFICO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
2020

AUTOR: ANDERSON ESTIVEN GRANOBLE MAYORGA

ASESOR: HERNEL PEREA BONILLA

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR EL TITULO DE: ESPECIALISTA EN
DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD: DERECHO
PROGRAMA: DERECHO ADMINISTRATIVO
POPAYÁN
2020

CRITICA A LA OMISIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA-

SENTENCIA C 369-2019

ANDERSON ESTIVEN GRANOBLE MAYORGA

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD contra la Ley 1930 de 2018, «Por medio de la cual se dictan disposiciones para la gestión integral de los páramos en Colombia».

Demandante: NELSON ANDRÉS MONTERO RAMÍREZ.

Magistrada Sustanciadora: CRISTINA PARDO SCHLESINGER

I. Resumen.

Es relevante definir en que consiste el derecho a la consulta previa, y sus respectivas normas garantes de la misma:

La consulta previa, es un derecho fundamental que se le atribuye a las comunidades indígenas y demás grupos étnicos, con la finalidad, de que ellos tengan legitimidad de intervenir sobre medidas (legislativas y administrativas) o proyectos, obras o actividades que se vayan a realizar dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación.

Palabras clave: consulta previa, omisión, dignidad, autodeterminación, supervivencia, costumbre, grupos étnicos.

Abstract

It is relevant to define what the right to prior consultation consists of, and its respective guarantor rules:

Prior consultation is a fundamental right that is attributed to indigenous communities and other ethnic groups, in order that they have the legitimacy to intervene on measures (legislative and administrative) or projects, works or activities that are going to be carried out within their territories, seeking in this way to protect their cultural, social and economic integrity and guarantee the right to participation.

II. Fuente Normativa del Derecho a la Consulta Previa.

La fuente normativa del derecho a la consulta previa, la podemos inferir esencialmente, en los artículos 1 y 2 de la Constitución, que definen al Estado colombiano como democrático, participativo y pluralista, y prescriben como fin esencial del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten; 7 y 70 superiores, que reconocen el deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país; y 329 y 330 de la Carta, que prevén la participación de los representantes de las comunidades indígenas en la conformación de sus entidades territoriales, así como en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. Igualmente, otra fuente primordial es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales, incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 21 de 1991, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad, dispone que los gobiernos deberán consultar a los pueblos indígenas y tribales «las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente». (C-369 de 2019, 2019)

III. Antecedentes de la demanda de inconstitucionalidad por omisión a la consulta previa

El propósito de la demanda, consiste en que se declare la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley 1930 de 2018, «en la que dictan disposiciones para la gestión integral de los páramos en Colombia», el demandante considera que vulnera el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas que habitan los páramos (artículos 1, 2, 7, 40, 79 y 330 de la Constitución), pues el proyecto de ley, antes de su radicación en el Congreso de la República, no fue sometido a consideración de dichas comunidades(...). Así mismo, el demandante de manera subsidiaria, solicita la inexecutable de los artículos 10 (parcial), 24 (parcial) y 25 (parcial) de la misma ley. El demandante explicó que varias comunidades indígenas viven en las zonas de páramo. Al respecto, afirmó que dado que «con esta ley se busca transformar [los] hábitos [y] costumbres» de esa comunidad, «quebrantando el orden social, religioso, político, consuetudinario, haciendo irremediable su disgregación como pueblo, se encuentra entonces que la ley debió ser consultada».

El objeto radica en que la demanda presentada contra la ley 1930 de 2018, se sustenta en que la previa ley, comete una transgresión al derecho de la consulta previa de las comunidades étnicas que habitan en los páramos, debido a que, antes de la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República, se excluyó la participación de estas comunidades sobre la ley en discusión.

Cabe agregar, que de la ley se logra percibir, que tiene su enfoque respecto de las personas que hayan nacido y habiten en los lugares considerados como paramos, y seguido a ello, se dediquen a realizar diferentes actividades en ese contexto. En Colombia, no es un desconocimiento, que muchos de los individuos que habitan en los paramos hacen parte de nuestras comunidades étnico-culturales, por lo tanto, en su gran mayoría, es gracias a ellos que se permite la adecuada conservación de estos lugares ecológicos, pues sus costumbres, reglamentos,

principios, creencias o ideales, los encamina a tener un inmenso respeto hacia la madre tierra, naturaleza o medio ambiente; y por supuesto, que al proyectarse una ley, que involucre zonas y contextos ambientales, en los que se encuentran establecidas estas comunidades, se debe realizar en conjunto con ellas, y así evitar una vulneración a su derechos, ya que cada etnia tiene diferentes costumbres, que no representan un peligro medio ambiental, sino, un símbolo de respeto y agradecimiento a la naturaleza, por tanto cada omisión que se haga al derecho de consulta previa, representa una violación directa a su forma de vida, y participación en la edificación de reglamentos o decisiones que los afectan, igualmente pregonado por el artículo 1 de la Constitución; la consulta no es deber moral y de respeto hacia las etnias, sino también, un deber y obligación emanada de la carta constitucional, por lo tanto, la supresión de la consulta previa en el trámite de una ley o un acto legislativo, va a terminar condicionándolas a una revisión de constitucionalidad.

IV. Delimitación de dignidad, autodeterminación y supervivencia de las comunidades.

Alrededor de la sentencia se complementa el problema jurídico postulado por el demandante, argumentando que efectivamente hay una violación al derecho a la consulta previa, pues a través de la ley 1930 de 2018, se presenta una estructura normativa, que especifica la regulación del manejo ambiental de los páramos, en los que se hallan establecidas diferentes comunidades étnicas, a quienes se les delimita su estilo de vida que llevan a cabo en su contexto en nexos con la naturaleza, y es claro entender que los pueblos indígenas presentan una relación especial con los páramos y el ecosistema en general, ya que sus convicciones e ideología, los conducen a llevar cabo ceremonias, rituales y demás costumbres, que

fortalezcan su vínculo espiritual con su territorio, esto derivado en artículos como el 5 numeral 9 de la ley 1930, *en la que se prohíben realizar quemas*, lo que impide llevar a cabo ciertos ritos, que impliquen el uso del fuego, sin que con esta conducta se vea afectado el curso normal de la naturaleza, análogamente el artículo 10 de la misma ley restringe desarrollar actividades agropecuarias de alto impacto en los páramos, lo que impide a estas comunidades hacer practica agrícola, necesaria para la misma sustentación alimentaria de los mismos pueblos indígenas. Con base en ello, se debió recurrir a la figura de la consulta previa con las comunidades que se ven afectadas con la ley promulgada, como lo fomenta la carta por medio de sus principios, artículos; y convenio acogido por el estado colombiano.

Adicionalmente, nos encontramos ante una clara vulneración a la dignidad, autodeterminación y supervivencia de las comunidades étnicas. La dignidad, brevemente entendida como atributo esencial de identidad de cada sujeto en atención a lo que es, y a lo que quiere ser, sin importar edad, sexo, preferencia sexual, religión, nacionalidad, idioma, nivel de ingresos o nivel educativo. Es un derecho sobre el que reposa una triple naturaleza: (i) es el fundamento primero del Estado social de derecho; (ii) es un principio constitucional y estatal y (iii) es un derecho fundamental. (Sentencia T-881 de 2002, 2002), para el caso, notamos que la ley en cuestión, obstaculiza el disfrute del derecho a la dignidad, porque, impone a las comunidades indígenas a modificar sus costumbres y tradiciones, que son su esencia, su razón de ser, la identidad que han adquirido de generación en generación, que les ha costado mantener, es equivocado pensar que a través de estas costumbres se pretenda perjudicar el medio ambiente o naturaleza, pues como se viene mencionando, la razón de ser de las comunidades indígenas va ligada a la naturaleza, a respetarla y a quererla como un solo ser, alterar el orden de

ella supondría atentar contra ellos mismo, y descomponer las costumbres adquiridas a lo largo de la historia y toda la vida desde su conformación. La autodeterminación, que significa la facultad que tiene cada persona de definir lo que quiere ser, la capacidad autogobernarse así mismo, permitirle al ser, tener su propia identidad sin constreñirla o modificarla; la autodeterminación, hace referencia a “la capacidad que tienen los pueblos y comunidades étnicas, para protegerse de las imposiciones por parte de otras culturas, que amenacen total o parcialmente la continuidad de su vida en comunidad” (sentencia T-849 de 2014). La supervivencia, entendida para el caso, como la actividad a la que se recurre para poder subsistir, una condición básica para la existencia del sujeto, es decir, permite y garantiza a las comunidades tribales llevar a cabo sus condiciones de vida particulares, que para nada simbolizan deterioro del ecosistema. Con todo, el derecho a la consulta previa es de gran relevancia, ya que permite la participación de estas comunidades en los proyectos de ley, para decidir qué es lo más conveniente para sus territorios, y además verificar que las medidas legislativas y administrativas presentada a través de proyectos, obras o actividades, no sean perjudiciales para el correcto desarrollo de costumbres, tradiciones, rituales y vida espiritual, característico de ellos. En la ley 1930 de 2018 (ley de paramos), evidentemente no solo se viola la consulta previa, agregado a esto se promulga una ley, la cual representa una limitación a las actividades cotidianas y tradicionales de los grupos tribales, ya que, los imposibilita a seguir realizando sus costumbres, trasgrediendo su dignidad, modificando su identidad, su forma de ser, lo que los hace diferentes de la sociedad común, y que les ha costado mantener durante generaciones, fruto de la herencia de sus antepasados, posteriormente, la limitación de la dignidad equivale, a obstaculización de la autodeterminación, pues su razón de ser ha sido condicionada, debido a que

CRITICA A LA OMISIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA-SENTENCIA C 369 de 2019

su identidad ha sido supeditada a una ley, frenando el desarrollo de sus tradiciones; eso termina decantando en la supervivencia de las comunidades étnicas diferenciadas, pues el impedimento de sus tradiciones se basa en que son consideradas actividades agropecuarias de alto impacto, lo conlleva a transformar, sus funciones laborales o de trabajo, puesto que la preservación de su vida esta asociada a realizar actividades de subsistencia en sus territorios, las que no conforman un detrimento a la naturaleza, por el contrario se lleva a cabo el transcurso natural del ecosistema; al omitir la consulta previa, se ignoraron todas estas practicas que hacen parte del ser de estas comunidades, ya que, se partió del supuesto factico, de que en nuestro país no hay diversidad cultural, que en los paramos no habitan comunidades étnicas y tribales, y de que las minorías deben ceñirse a las normas generales, apartándose de sus tradiciones, costumbres, ceremonias y actividades de supervivencia. (T-849 de 2014, 2014)

V. Fundamentos de la Corte Constitucional y decisión.

La corte comienza por oficiar al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para que hiciera un respectivo informe sobre sobre las zonas del país consideradas

Nombre del páramo	Etnia		
Almorzadero	U'wa	Huila Moras	6. Nasa
Cerro Rateado	1. Consejo Comunitario Alto Guapí 2. Consejo Comunitario Río Napi 3. Consejo Comunitario Río San Francisco 4. Consejo Comunitario Renacer Negro 5. Consejo Comunitario de Cordillera Occidental de Nariño		1. Páez 2. Nasa
Chiles - Cumbal	Pastos	La Cocha	1. Embera Chamí 2. Nasa 3. Quillasinga 4. Inga 5. Pastos 6. Pasto
Citará	1. Embera Chamí 2. Embera Katío 3. Emberá	Las Hermosas	Nasa
Doña Juana - Chimayoy	1. Inga 2. Kamsa	Nevado El Huila	1. Páez 2. Nasa
Sierra Nevada de El Cocuy	U'wa	Perijá	Yukpa
El Duende	Consejo Comunitario ACADESAN	Sierra Nevada de Santa Marta	1. Kogui 2. Wiwa 3. Arhuaco 4. Kankuamo
Puracé	1. Páez 2. Totoró 3. Guambino 4. Kokonuco 5. Yanacona	Sotará	1. Kokonuco 2. Yanacona

como paramos, municipios que hacen parte el, igualmente que comunidades étnicas y personas hacen parte de los páramos, y de existir estas comunidades étnicas si se les realizo la adecuada consulta previa para delimitación de paramos. El ministerio de ambiente y desarrollo sostenible presento la tabla en la que se indican los páramos en que habitan las comunidades étnicas. Igualmente, manifestó que, con fundamento en el concepto emitido por el Ministerio del Interior, «para la delimitación de las zonas de páramo no se adelantó consulta previa con las minorías étnicas». Lo que equivale, para el caso de las comunidades indígenas, a aproximadamente la cuarta parte del total de estas comunidades en el país. (C-369 de 2019, 2019)

Arguye la Corte, que la consulta previa de proyectos legislativos solo es obligatoria cuando estos produzcan una afectación directa de los grupos étnicos diferenciados. Para determinar los casos en que se presenta tal afectación, se deben seguir los criterios definidos por la jurisprudencia con ese propósito, los cuales fueron reseñados en precedencia y que pueden resumirse así: (i) se trata de un medida que regula algún derecho o materia prevista en el Convenio 169 de la OIT o en los artículos 329 y 330 superiores; (ii) la medida repercute directa y específicamente sobre las comunidades étnicas, al margen de que el efecto sea negativo o positivo; (iii) la disposición está vinculada con el ethos o la identidad étnica de alguna comunidad étnica, es decir, lo que supone comprobar previamente si contiene aspectos que inciden directamente en su identidad como pueblos; y (iv) el proyecto de norma regula, puntualmente, uno o varios de estos pueblos.

Entre otros, la corte razona que: no resulta necesario recurrir a una consulta previa para que el respectivo proyecto de ley pueda seguir su debido curso o tramite, debido a que afirman que para llevar a cabo la consulta previa deben

afectar de manera directa a las comunidades étnicas, y la ley 1930, va dirigida para todas las personas; así mismo, sustenta su posición en que una norma producirá afectación de manera directa, cuando tenga como determinación, la regulación de una o varias comunidades indígenas, o cuando la normatividad tenga mayores efectos en la comunidad étnica, que en el resto de la población en general. Y en este punto si se presentaría una omisión de consulta, pero no es el caso, según lo manifiesta la corte. (C-369 de 2019, 2019).

Ahora bien, la reflexión de la corte con la finalidad de resolver el problema motivo de la demanda, explica que cabe traer a colación sentencias en las cuales la sala plena ha demostrado que ante el hecho de que una norma demanda no cause un perjuicio directo a las comunidades étnicas y tribales, los actos jurídicos posteriores a través de los cuales se pretenda su implementación, bien sean leyes, actos administrativos, proyectos, planes, programas, iniciativas o actividades puntuales, sí tienen potencial para lesionar los derechos de esas comunidades. en conclusión, lo que quiere decir la corte es que, cuando se logre evidenciar una clara afectación de la norma demandada, se puede discutir su constitucionalidad, es por ello, que la corte opta por utilizar la declaración de *constitucionalidad condicionada*, porque, efectivamente la aplicación de la ley debe ir precedida bajo la figura de la consulta previa, de igual manera, afirma que en caso de presentarse una afectación concreta, como garantía deja abiertos los canales judiciales ordinarios.

Para finalizar, la corte opta por condicionar la constitucionalidad de la norma explicado anteriormente, esto porque para aplicación y materialización adecuada de la ley 1930 de 2018, debe estar precedida por una consulta a los pueblos indígenas, y la concreción de un riesgo. Para la corte la ley en cuestión no representa una violación directa a las costumbres y tradiciones de las comunidades étnicas, por el

contrario, es un beneficio para con el medio ambiente, ya que le permite a toda persona tener ciertos límites para que no atenten con el ecosistema.

La Corte Resuelve, Declarar EXEQUIBLE la Ley 1930 de 2018, «Por medio de la cual se dictan disposiciones para la gestión integral de los páramos en Colombia», en el entendido de que cuando para su desarrollo se adopten medidas administrativas, acciones, planes, programas, proyectos u otras tareas que puedan afectar directamente a una o más comunidades étnicas que habitan en los ecosistemas de páramo, se deberá agotar el procedimiento de consulta previa.

VI. Reflexión y conclusiones.

Como se ha reiterado, la consulta previa no, es más, que el derecho que tienen las comunidades étnicas y tribales, de ser consultadas, para que participen sobre el trámite de un proyecto que va dirigido a su territorio y/o los afecta, consulta que se debe realizar antes de su radicación en el Congreso de la Republica.

Alrededor del texto, inferimos que las comunidades indígenas, étnicas o tribales, son comunidades, que son distinguidas por su diversidad cultural, tradiciones, costumbres, ritos, cultos, entre otros aspectos, que los hacen ser diferentes de cualquier simple ser, el restringirles estas prácticas, es atentar contra los principios constitucionales y derechos fundamentales, donde prima, la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Posteriormente, si una ley, decreto, acto, amenaza su comunidad, cultura y forma de vida, esta debe ser tildada de inconstitucional por contrariar lo estipulado en la Norma Superior, lo que pretende la *consulta previa*, es que se fomente la participación de las comunidades raciales, en la proyección de medidas legislativas o administrativas, que van dirigidas a ellos y

sus territorios, con el fin de evitar discordia entre una futura ley y las comunidades y territorios ante quien se dirige. Para el caso tratado en la sentencia, la Corte supone que la ley demandada, beneficia a todos, y en especial al ecosistema, no obstante, para saber es específico, si la ley es benéfica para toda comunidad o no, en especial las comunidades diferenciadas, se debe agotar la consulta previa, porque los supuestos no constituyen hechos y situaciones reales, de haber agotado ese recurso no se tendría en el ordenamiento jurídico una ley viciada de inconstitucionalidad.

Para complementar, la corte al hacer uso de sus razones y discurso reflexivo, arguye, que la Ley demandada, propende la protección ecológica, de prevenir y controlar el deterioro ambiental, así mismo, de evitar la explotación de hidrocarburos en estos terrenos que afectan el ecosistema, justificando la omisión a la Consulta, y, por tanto, no afecta directamente a estas comunidades étnicas y sus tradiciones, ya que, la ley es un benefactor para el medio ambiente. Suponiendo que las actividades que realizan cada etnia en sus territorios representan una amenaza a la naturaleza, es muy relevante aclarar que el trabajo o actividades que llevan a cabo las comunidades tribales y étnicas, no consiste en la explotación de hidrocarburos y deterioro ambiental, esas son actividades que lleva a cabo el gobierno nacional respaldadas por leyes “muy bien justificadas”. Para nadie es un secreto que a lo largo de la historia las comunidades indígenas, son quienes ha velado por el transcurso adecuado y normal del ecosistema y territorio en general, en el que ellos residen, y es gracias a su determinación y autoridad, que sus terrenos no han sido objeto de explotación o deterioro ambiental. Estas comunidades conforman un ser con la naturaleza, y la ejecución de sus costumbres y ritos, consisten en agradecer a la naturaleza todo lo que les ha brindado, es por eso, que no representan un

peligro a la naturaleza, por el contrario, son símbolo de protección y garantía de conservación del medio ambiente, lo que una ley escasamente llega a materializar. La corte pretende dar reflexiones de moralidad a quienes toda su vida han demostrado el animo de respeto y amor por la naturaleza o madre tierra.

La ambivalencia que se le da a la consulta previa en Colombia, sustentándose en que, ocasionalmente se recurre al convenio 169 de la OIT, con fines diferentes a la emanada por la misma, por ello se afirma que se le da un uso, que se encuentra lejos de la adecuada protección de los derechos de pueblos y comunidades étnicas; y por el contrario se denota una afectación y detrimento a estos grupos. Así mismo, la autora arguye, que en nuestro territorio se encuentra arraigado un pensamiento colonial, derivadas en una visión liberal, lo que quiere decir que habitualmente se excluyen a los grupos étnicos de las decisiones que se toman en un país donde predomina un pensamiento liberal apartado de las convicciones de los grupos indígenas. Y es algo natural, puesto que estos grupos diferenciados, respecto de la población en general, solo son reconocidos como minorías étnico-culturales, inmersas dentro de una nación mayoritaria, con ideas coloniales; lo que conlleva a condicionar el uso adecuado de la consulta. Igualmente, se infiere que, de acuerdo al sistema económico desarrollado en el país, basado en la acumulación de recursos y demás proyectos de infraestructura en terrenos naturales, la consulta previa es un auxilio que han encontrado las comunidades indígenas para defender su territorio.(CAMARGO SIERRA, 2017)

Para Concluir, la corte determina que no hay existencia de afectación directa a los grupos étnicos, por consiguiente, continúa haciendo parte del ordenamiento jurídico. Lo que es inverosímil, pues evidentemente se infiere que la ley 1930 de 2018, si tiene preceptos que afectan directamente contra las costumbres,

tradiciones y ritos, de estos grupos, establecidos en los páramos, y en general constituyen una vulneración a todo tipo de actividad que de alguna u otra manera hacen parte de su dignidad, entendida como el ser que han moldeado a lo largo de la historia; autodeterminación, la capacidad que tienen estas comunidades de ser distinguidas como étnico-culturales, y por ello, se les respeten sus tradiciones que para nada son perjudiciales para la humanidad y naturaleza; y por último, la supervivencia, sobre la cual llevan a cabo actividades que cubren sus necesidades básicas de subsistencia, y que por tanto, como seres en conjunto con la naturaleza dependen de ella para sobrevivir y generar alimentos a través de la agricultura, la que no representa deterioro al ecosistema. Así, las normas que perjudicaban directamente a ellos debieron ser declaradas inexecutable por la omisión al derecho de la consulta previa, que de haberse realizado se hubiese evitado la controversia discutida a lo largo de este documento.

BIBLIOGRAFIA:

CAMARGO SIERRA, J. (2017). La importancia de decolonizar el derecho internacional de los derechos humanos: el caso de la consulta previa en Colombiatle. *Revista Derecho Del Estado*, n.º 39, 137–186.

C-369 de 2019, O CORTE CONSTITUCIONAL (2019).

<https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>

T-849 DE 2014, CORTE CONSTITUCIONAL (2014)

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-849-14.htm>

T-080 DE 2017, CORTE CONSTITUCIONAL (2017)

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-080-17.htm>

T-881 DE 2002, CORTE CONSTITUCIONAL (2002)

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>