

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



**REPARACIÓN DE DAÑOS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS POR OMISIÓN DEL
ESTADO EN LA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA**

**POR:
DAVID FRANCISCO SUÁREZ ORTIZ
Código: 3000767**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN
DERECHO ADMINISTRATIVO**

**DRA. LUISA FERNANDA GARCÍA LOZANO
DIRECTORA TRABAJO DE GRADO**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D.C.
2018**

REPARACIÓN DE DAÑOS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS POR OMISIÓN DEL ESTADO EN LA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	3
2. ASPECTOS GENERALES DE LA CONSULTA PREVIA	7
1.1. Desarrollo e incorporación del derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano	13
1.2. Dificultades legislativas y administrativas en la implementación de la consulta previa 18	
1.3. Jurisprudencia relativa a la consulta previa	19
1.4. Las reparaciones en materia de Consulta Previa.....	24
1.4.1. “Conflicto Resguardo Emberá-Katío de Tierra Alta (Córdoba) Vs. Represa Urrá (sentencia T-652 de 1998)”	24
1.4.2. “Conflicto Resguardo Chidima-Tolo y Pescadito Vs. Ministerio de Transporte (Sentencia T-129 de 2011)”	26
1.4.3. “Conflicto Resguardo Turpial - La Victoria y Oleoducto Llanos Orientales (sentencia T-693 de 2011)”	29
2. LA REPARACIÓN DE DAÑOS POR OMISIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	34
3.2. La responsabilidad patrimonial del Estado	37
3. MEDIOS DE CONTROL Y CONSULTA PREVIA.....	49
3.1. Nulidad y restablecimiento del derecho.....	52
3.2. Reparación directa	53
3.2. Controversias contractuales	54
3.3. Protección de los derechos e intereses colectivos y reparación de los perjuicios causados a un grupo	56
4. CONCLUSIONES	59
5. REFERENCIAS	61

1. INTRODUCCIÓN

Este documento profundiza en el derecho fundamental a la consulta previa, establecido por el *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, instrumento adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del 27 de junio de 1989 (en adelante, “Convenio 169”), en la reparación en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo” (en adelante CPACA), con el fin de establecer la procedencia de estos medios para la reparación de daños ocasionados a comunidades indígenas de Colombia por el Estado a través de la Administración Pública (en adelante Administración), cuando ésta incumple con el deber de consulta previa y se genera responsabilidad con dicha omisión.

Con la Constitución Política de 1991 y la ratificación del Convenio 169 en Colombia a través de la Ley 21 de 1991, entró en vigor la consulta previa en el país como derecho fundamental. Pese a ello, este derecho se ha visto vulnerado en más de una ocasión, repercutiendo con diferentes daños a las comunidades que habitan territorios en los que tienen lugar manifestaciones de la Administración.

Es conocido que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* establece en su artículo 8 que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”. Sin embargo, como lo declara Gloria Amparo Rodríguez (2014), tal manifestación sería inocua en la práctica de no existir el recurso a una reparación justa por la violación de los derechos y de no estar obligado el Estado colombiano a tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo y/o judicial que permitiesen el pleno ejercicio de los derechos de las víctimas, especialmente la obtención por parte de éstas de una adecuada reparación (pp. 165 y 166).

La anterior consideración justifica la pretensión asumida en este trabajo, cual es la de indagar en la posibilidad, pero más aún en la necesidad, de la reparación por vía administrativa de las comunidades donde quiera que tiene lugar la omisión estatal de realizar consulta previa, pues las reparaciones que, en principio y de conformidad con la lógica procesal de este derecho fundamental, deberían ser dictaminadas en el marco de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en orden a encarar este tipo de omisión, no han sido objeto de un estudio específico en la literatura jurídica colombiana, situación que contrasta con el estudio que se le ha prodigado a los medios de control establecidos en el CPACA o a aspectos como el contenido, alcance del derecho de los pueblos, comunidades indígenas y tribales a la consulta y consentimiento previo libre e informado en tanto derecho fundamental.

Importa destacar que, la Corte Constitucional, contrario al Consejo de Estado, sí ha dictaminado en sede de revisión de tutelas, que la omisión del procedimiento de este derecho fundamental ocasiona daños a las comunidades, los cuales deben ser resarcidos (Sentencias T-652 de 1998, T-129 y T-693 de 2011). Pero en fallos recientes (sentencias T-576 de 2014, T-485 de 2015, T-197 de 2016 y T-436 de 2016), la misma Corte se ha encargado de determinar que los medios de control ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa son improcedentes para la protección de este derecho fundamental. Estos

pronunciamientos, si bien propenden por una mayor protección de las comunidades étnicas, en tanto la acción de tutela, dada su naturaleza, es un mecanismo preferente y sumario para la protección de un derecho fundamental vulnerado respecto de otros medios procesales, entre ellos los dispuestos en el CPACA, plantean en la práctica obstáculos jurídicos con relación a la reparación de las comunidades indígenas en caso de omisión de la consulta previa, como se verá a continuación.

El primer obstáculo tiene que ver con la condición misma de la acción constitucional, pues ésta, de acuerdo con el Artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que reglamenta la tutela, no procederá cuando:

(...) existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización (Colombia, Decreto 2591 de 1991, Art. 6)

Lo que se traduce en que la acción de tutela no tiene naturaleza reparadora, aun cuando, excepcionalmente, jueces investidos de tutela puedan decretar este tipo de medidas, que, a propósito, suelen ser comunes en sede contencioso administrativa, pues muchas de las pretensiones contenidas en las herramientas procesales del CPACA están encaminadas a buscar la reparación.

Un segundo obstáculo, tiene que ver con la utilización de la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues en efecto, el artículo 8° del citado decreto, enuncia:

[A]ún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

(...)

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás precedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso (Colombia, Decreto 2591 de 1991, Art. 8).

Por lo anterior, si existe un mecanismo principal para declarar la nulidad de una actuación administrativa y además obtener la reparación, se generan dudas sobre la exclusión de los medios de control del CPACA, si la misma norma que regula la acción de tutela establece que puede ser ejercida conjuntamente con otros medios ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Adicionalmente, la Corte Constitucional en sentencia T-288 A de 2016 estableció que el medio de nulidad y restablecimiento del derecho es idóneo con base en el siguiente razonamiento:

Al respecto, esta Corporación considera que dicho instrumento judicial es idóneo, porque el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue instituido por el Legislador para que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, pueda pedir que: (i) se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, (ii) se le restablezca su derecho, y (iii) se reparen los daños causados. En ese sentido, es pertinente reiterar que la prerrogativa a la consulta previa es un derecho subjetivo protegido por la Constitución y por el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-288A de 2016).

Por último, ya no en el plano jurídico, se destaca en la práctica el hecho que únicamente tres fallos de tutela en materia de consulta previa han ordenado reparaciones a las comunidades étnicas afectadas, esto a pesar de que la línea jurisprudencial en esta materia data del año 1992 y en todo ese tiempo se han presentado muchas demandas con relación a su omisión.

De esta manera, con base en la problemática descrita, y teniendo en cuenta que las omisiones al derecho fundamental de consulta previa generan daños en las comunidades étnicas que deben ser reparadas, tal como se ha evidenciado en sede de tutela, se impone destacar que se trata de una acción constitucional que no tiene por naturaleza reparar daños, sino proteger derechos fundamentales, contrario a la finalidad de algunos medios de control del CPACA que sí tienen por vocación reparar daños, aun cuando la Corte Constitucional declara improcedentes dichos mecanismos para la protección del derecho fundamental en cuestión. Por esta razón, queda sin solución el deber de reparar con la ocasión de daños por su omisión, de manera que en el presente documento se busca dar solución al problema que surge de la siguiente pregunta de investigación: ¿Qué posibilidad tienen los medios de control del CPACA para lograr la reparación de daños ocasionados por la omisión de la consulta previa?

Para dar respuesta a lo anterior, el primer objetivo consiste en *determinar los aspectos generales de la consulta previa*, lo cual implica en el orden argumentativo del documento (capítulo 1) fundamentar el desarrollo en Colombia de este derecho y recurso, así como el alcance de las interpretaciones dadas por la Corte Constitucional, especialmente con base en el análisis de tres fallos de tutela excepcionales dictados por este Alto Tribunal, por los cuales se ordenaron medidas reparativas en diversos aspectos con ocasión de la omisión del derecho fundamental a la consulta previa. A renglón seguido (capítulo 2) se discute, a la luz de los regímenes de responsabilidad estatal y del deber de reparación integral (*restitutio in integrum*) del Estado, la posibilidad de lograr reparaciones por omisiones de la administración frente al procedimiento de consulta previa en aquellos casos en que dicho incumplimiento produce daño en las comunidades étnicamente diferenciadas. Se da así respuesta en el hilo argumentativo del trabajo al segundo objetivo, consistente en *examinar el alcance y, consecuentemente, la posibilidad con la cual cuenta el deber de reparación en sede administrativa*. Finalmente (capítulo 3), se profundiza en la cuestión de si a través de las pretensiones contenidas en los medios de control del CPACA cabe la imputación de responsabilidad a la Administración por el incumplimiento del deber de consulta previa y el consiguiente daño antijurídico ocasionado a las comunidades indígenas. Esto en

seguimiento del tercer y último objetivo de este ejercicio de profundización, a saber: *valorar la eficacia de las pretensiones de la acción procesal en sede jurisdiccional (contencioso-administrativa) frente al ejercicio de un derecho fundamental, como la consulta previa.*

Por último, interesa brindar algunas consideraciones que justifican este estudio en el plano académico y dan cuenta de su lógica interna. Dada la multidisciplinariedad que compone la discusión así como el tratamiento del derecho a la consulta previa, cuyos titulares son las comunidades indígenas y tribales de los Estados independientes, su aprehensión en principio parecería ilimitada, de no ser por su conexión con el derecho administrativo dentro del cual se circunscribe el presente documento, en tanto la norma general que regula esta área del derecho, es decir, el CPACA, dispone en su artículo 46 la obligación de consultar previamente so pena de nulidad de las decisiones administrativas adoptadas que incumplan los términos en que deba realizarse la consulta. Esta disposición, en buena medida resultado de la constitucionalización del derecho contencioso administrativo, abrió las puertas para la realización de esta investigación, con fundamento en que, si son anulables las decisiones administrativas que incumplen los términos en que debe realizarse la consulta previa, mayormente lo serán aquellas que la omitan.

Seguidamente, este cuestionamiento llevó a plantearse la posibilidad de utilizar el medio de control de nulidad simple para la anulabilidad de los actos administrativos expedidos con omisión de la consulta previa, pero advertida la problemática de ausencia de reparación a las comunidades por la vulneración de este derecho fundamental con la excepción de tres fallos de tutela dictados por la Corte Constitucional que si la ordenaron, se cuestionó sobre la posibilidad de otros medios de control previstos en el CPACA cuya pretensión es precisamente la reparación de los daños con ocasión de omisiones administrativas en el procedimiento de consulta. No obstante, dada la problemática que se expuso anteriormente frente a los fallos de tutela es necesario realizar este análisis y presentar algunas conclusiones.

Finalmente, aunque en la actualidad de acuerdo con la argumentación brindada por la Corte Constitucional, no es posible buscar la reparación de los daños causados por la omisión de la consulta previa en la jurisdicción contencioso administrativa debido a la falta de idoneidad de estos mecanismo, este documento no busca desconocer la argumentación brindada por esta Alto Tribunal, ni mucho menos reemplazar la posibilidad de sectores vulnerables de la sociedad de acudir a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos fundamentales, sino más bien, el objetivo es ampliar el conocimiento en los conceptos de consulta previa y reparación integral, su inclusión en el derecho administrativo y sobre todo valorar los avances en los medios de control a raíz de la constitucionalización del procedimiento contencioso inmerso en la Ley 1437 de 2011.

2. ASPECTOS GENERALES DE LA CONSULTA PREVIA

Al considerar la consulta previa destacan, como primer aspecto en la revisión de literatura, varias particularidades que la distinguen y particularizan como derecho fundamental. Se advierte, en primer término, que un rasgo especial lo reviste el origen del derecho en cuestión. De acuerdo con la Fundación para el Debido Proceso —DPLF, por sus siglas en inglés—, resalta una particularidad, y es que, a diferencia de otros muchos derechos fundamentales, éste sufre un proceso inverso, pues no son los órdenes constitucionales internos los primeros en establecerlo como derecho fundamental para que luego sea reconocido como un derecho de alcance universal en los sistemas de protección internacionales, sino que por el contrario, la consulta previa es primero reconocida en un instrumento de alcance internacional —Convenio 169— para más tarde, por vía de ratificación de los Estados, terminar siendo incorporada en los órdenes constitucionales como un derecho fundamental¹ (DPLF, 2015, pp. 8-9). Esta incorporación de la consulta previa en el orden constitucional colombiano se produce en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia. Es conocido que este artículo establece, con base en la doctrina del bloque de constitucionalidad, que los “tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos...”, prevalecen en el orden interno” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 93).

Otra particularidad importante de este derecho consiste en que es al mismo tiempo un derecho y un recurso, comoquiera que el Convenio 169 no trae una definición de la consulta previa, pero la menciona como un derecho de los pueblos indígenas, puede decirse que ésta tiene una doble connotación; de un lado, se entiende como un derecho descrito expresamente por el mencionado convenio, y de otro, como un instrumento para garantizar la participación de las comunidades indígenas. (Vela, 2011, pp. 28-29) En este sentido, Salinas (2011) destaca que el derecho a la consulta previa:

(...) puede verse desde dos ámbitos: como un derecho procesal que presupone un requisito de procedibilidad previo a la realización de cualquier tipo de acto que pueda incidir en el territorio indígena o que los pueda afectar en su identidad cultural y étnica, o como un derecho sustantivo, por medio del cual los pueblos indígenas puedan tener acceso a la participación informada de su desarrollo y a las interferencias que podrían afectarles negativa o positivamente (Salinas, 2011, p. 238).

El derecho-deber de consulta previa, según Patiño (2014, pp. 71-72), genera conflictos desde su concepción, debido a que, por una parte, los pueblos indígenas lo consideran como una facultad que tienen para tomar decisiones sobre los asuntos que les afecten, incluidas las actividades extractivas en sus tierras y territorios, pero por otra, como coinciden en

¹ Es importante señalar que no es el único derecho cuyo origen se produce en el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para luego ser incorporado en el ordenamiento jurídico interno como un derecho fundamental, pues una evolución similar sufrió el derecho a no ser víctima de genocidio. Derecho previamente reconocido por un instrumento internacional, a saber, la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, para luego por vía de su ratificación y reglamentación ulterior irse incorporando en las diferentes legislaciones domésticas (Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio, 1948).

afirmar los órganos estatales y los actores privados, es una herramienta para el establecimiento de medidas de prevención, así como, la remediación de impactos en la que la potestad de decidir la tiene en todo caso exclusivamente el Estado.

Se resalta también, como describe quien fuera Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen (2007, p. 16), que ya en 1957 la Organización Internacional del Trabajo había mostrado interés por la situación de los indígenas, pues en ese año adoptó el *Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes* y 30 años después, admitiendo que la situación de los pueblos indígenas no había cambiado sustancialmente, revisó dicho convenio y en el año 1989, la Conferencia General de esta organización adoptó el “Convenio N° 169”, el cual entraría en vigor a escala internacional en 1991, una vez su proceso de ratificación había surtido efecto en un número significativo de países², entre ellos Colombia, donde el instrumento entraría en vigor el año siguiente por medio de la Ley 21 de 1991. Igualmente, este instrumento trata de una pluralidad de materias que el citado autor agrupa así:

(...) al derecho a la posesión de las tierras que ocupan tradicionalmente los pueblos indígenas, el reconocimiento de sus valores sociales y religiosos, el derecho consuetudinario, el derecho a los servicios de salud y el derecho a beneficiarse de la igualdad de las condiciones de empleo. Los procedimientos de queja son tramitados por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y por una comisión tripartita, a la cual las personas indígenas y sus organizaciones tienen acceso indirecto mediante la estructura tripartita de la OIT (Stavenhagen, 2007, p. 17).

A pesar del número de categorías de derechos con que cuenta el Convenio 169, Stavenhagen (2007) asegura que son dos temas, ambos relacionados entre sí, los que se plantean repetidamente tanto en las observaciones del Comité de Expertos de la OIT como en los informes de las comisiones tripartitas de esta misma organización, las cuales fueron creadas para examinar las reclamaciones presentadas contra los Estados. El primer tema concierne al deber de los Estados de consultar con los pueblos indígenas y tribales las medidas legislativas o administrativas que los puedan afectar, y de aquí se desprende el segundo tema, que motiva reclamaciones, que atañe al deber de consultar antes de proceder a la exploración o explotación de los recursos naturales en las tierras que los indígenas ocupan o usufructúan (p. 17).

Además del Convenio 169, se cuenta con otro instrumento internacional importante que regula la consulta previa: la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007 durante la sesión 61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En su artículo 32, numeral 2, la Declaración señala lo siguiente:

² Veintitrés Estados independientes han ratificado el Convenio 169: Argentina, Bolivia, Brasil, República Centroafricana, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, Luxemburgo, México, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú y Venezuela (International Labour Organization- ILO, 1996-2017).

(...) 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, Art. 32).

Para Anaya (2010), esta descripción normativa insiste, dentro del camino iniciado por el Convenio 169, en la exigencia de medidas para asegurar los derechos de los pueblos indígenas a participar en todas las decisiones que les puedan afectar, lo cual representa un aspecto dual de la libre determinación: por un lado, la autodeterminación y, por otro, la implicación participativa reflejada en que los pueblos indígenas deben considerarse como distintos, pero no aislados, de las estructuras sociales y políticas más amplias (p. 203).

Respecto a este mismo instrumento, Salinas (2011) considera importante precisar que, a diferencia del Convenio 169, la Declaración establece el *consentimiento previo, libre e informado*, distinto de la *consulta previa, libre e informada* consagrada en el Convenio. Esta diferencia en los instrumentos es relevante, porque se trata de reconocer que no basta con que los actores interesados consulten a los pueblos indígenas y, de tal modo, garanticen su participación en las decisiones a que hubiere lugar, sino de hacer valer su consentimiento, es decir, aprobación o desaprobación respecto de aquello que motivó la consulta. Sin embargo, como lo sostiene Salinas, este instrumento, por ser una declaración, no llega a ser jurídicamente vinculante, por lo tanto, no está sujeto a firmas ni posteriores ratificaciones por parte de los Estados³ (p. 242).

Desde la perspectiva de los procesos económicos que informan las relaciones entre empresas privadas, Estado y desarrollo, Gaviria (2013, p. 101) sostiene que, a través del mecanismo de las consultas previas, el Estado exige a las empresas que desarrollan obras adelantar negociaciones con las comunidades susceptibles de ser afectadas por sus operaciones, y esto con el fin de mitigar o compensar los impactos que éstas produjesen en sus territorios, poblaciones y formas de vida. Cabe así interpretar esta exigencia como: “el reconocimiento de unos derechos a las comunidades étnicas a hacer parte del proceso de negociación a la hora de establecer un orden social que repercutirá sobre su entorno” (Coase, 1960, citado en Gaviria, 2013, p. 101).

En esta línea de trabajos, entre los que se encuentran los apenas citados, figuran también varios análisis que fijan interpretaciones autorizadas sobre el contenido y alcance procesal de las normas internacionales y de la jurisprudencia internacional. Dentro de estas fuentes auxiliares, destaca de forma especial la jurisprudencia producida por la Corte Interamericana en materia de la obligación estatal de hacer cumplir con la consulta previa en el caso de pueblos indígenas, como lo ha puesto de relieve la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en un informe temático titulado “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales” (CIDH, 2009).

³ Como dato de interés, Salinas (2011, p. 242) señala que Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda votaron en contra de la Declaración, mientras que once países se abstuvieron de votar, entre ellos Colombia.

En dicho informe la CIDH destaca que los Estados tienen, tanto en relación con el derecho a la participación como con el del acceso a la justicia de los pueblos indígenas y tribales, todo un conjunto de obligaciones derivadas por igual de su vínculo con los instrumentos del Sistema y de los tratados internacionales, cual es el Convenio 169. Así, recuerda la Comisión que:

Las decisiones y los procedimientos que conforman los mecanismos administrativos deben estar sujetos a revisión judicial. [Y añade con base en el artículo 25 de la Convención Interamericana que] los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho, además de los mecanismos administrativos, a un recurso judicial efectivo orientado a proteger sus legítimas reivindicaciones territoriales, y que les permita buscar la implementación de sus derechos por los tribunales (CIDH, 2009, párrafo 350).

Además, se ha establecido que este derecho debe contener todos los elementos que componen el núcleo esencial del derecho de acceso a la justicia, de acuerdo con la CIDH, como es: a) que toda persona, incluidos los sujetos colectivos), b) tienen derecho a ser oídos, c) contar con el derecho al debido proceso y, d) detentar el derecho a un juez independiente (Burgos y García, 2014).

Entre las causales que el Sistema Interamericano reconoce para hacer valer los derechos a la participación de estos pueblos y el acceso a la justicia, en orden a contar con un recurso efectivo de reparación, figuran:

(a) las decisiones relativas a la aprobación del plan o proyecto, o las relativas a la consulta previa, incluyendo el acomodo de los resultados de la consulta y, en su caso, la aplicación del deber estatal de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas; (b) las decisiones relativas a la aprobación de los estudios de impacto social y ambiental, o la falta de realización de dichos estudios, incluyendo alegaciones relativas al carácter objetivo e independiente, la calidad o el alcance de dichos estudios, así como a la incorporación de medidas de mitigación y/o alternativas en relación con los impactos negativos allí identificados; (c) las decisiones relativas al establecimiento de mecanismos de participación en los beneficios u otras formas de compensación, o la ausencia de dichos mecanismos (CIDH, 2009, párrafo 364).

Pero este sistema emanado de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), por ser un instrumento de inspiración liberal no presenta artículo alguno orientado a la protección de los derechos colectivos relativos a los pueblos indígenas; defecto subsanado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que en varios casos ha recordado la obligación de la consulta previa, partiendo de una interpretación basada en el principio *pro homine*⁴ presente en la CADH. (Pinto, 1997, p. 163)

⁴ La CADH incorpora el principio *pro homine* en su artículo 30, que establece límites a las restricciones a los derechos humanos: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Así mismo, en su artículo 32.2, atinente a la correlación entre derechos y deberes, establece que “[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la

El principio *pro homine* actúa como una regla hermenéutica que implica interpretar de forma amplia o extensiva toda norma, cuando de lo que se trata es de proteger derechos humanos, y de manera restringida, cuando de lo que se trata es de plantear restricciones o, en caso extremo, suspender derechos humanos (Salvioli, 2003, p. 143).

Al respecto, Estupiñán e Ibáñez (2014, p. 306) argumentan cómo en la jurisprudencia de la Corte IDH el uso del principio *pro homine*, como pauta interpretativa de sus decisiones frente a casos relacionados con pueblos indígenas, le ha permitido a este tribunal tutelar el derecho a la consulta previa, aun cuando se trata de un derecho de carácter colectivo no incluido en la CADH. El principio en cuestión, al posibilitar la incorporación en las decisiones del tribunal de normas contenidas en otros instrumentos de carácter universal, ha permitido la integración del derecho a la consulta jurídica en la jurisprudencia de la Corte IDH y, en último término, al torrente jurídico del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Las autoras recuerdan a este propósito que:

El universalismo jurídico del juez interamericano tiene fundamentos convencionales precisos: el artículo 1-1 consagra la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos convencionales, el artículo 2 establece el deber estatal de adecuar el derecho interno y el artículo 29 prohíbe expresamente una interpretación restrictiva de los derechos convencionales estableciendo la superioridad del principio *pro homine* (*pro personae*) o *favor libertatis*. El uso de este principio explica la apertura hacia el respeto de los derechos ancestrales de los pueblos indígenas y tribales y rompe con el positivismo clásico de occidente para dotar de mayor eficacia a los mecanismos de protección (Estupiñán & Ibáñez, 2014, p. 306).

Entre los casos en los cuales la Corte IDH se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa, merece especial mención el del *Pueblo Saramaka vs. Suriname*. Aquí el Tribunal, inspirado en el Convenio 169, caracterizó a la consulta como inherente al derecho de propiedad comunal (Corte IDH, 2007, párrs. 92-93, 129-134). De forma similar, en el caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, el tribunal haría valer la misma interpretación, al afirmar que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional” (Corte IDH, 2012, párs. 163-164).

En cuanto al procedimiento en la consulta previa, Rodríguez Garavito, Morris, Orduz y Buriticá (2009) destacan que aun cuando hay aspectos que están satisfactoriamente explicitados y no dejan lugar a dudas de carácter práctico-jurídico, hay otros que están aún requeridos de mayor claridad (p. 40). Así, conceden que si bien “el deber de consultar a las comunidades indígenas sobre situaciones que puedan afectarlas se encuentra claramente contemplado y ampliamente desarrollado en varios pronunciamientos de derecho internacional”, sigue habiendo vacíos sobre aspectos prácticos puntuales y poco se sabe sobre “cuál y cómo sería el procedimiento mediante el cual puede darse cumplimiento a ese deber, cuánto debe durar un proceso de consulta y qué pasos deben seguirse en su realización” (Rodríguez Garavito et al., 2009, p. 40). No obstante, importa reconocer, al

seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. Ambos artículos se pueden considerar en este sentido una incorporación del principio *pro homine* en la CADH, si bien sólo en lo relativo a la limitación de las restricciones en materia de derechos humanos. (Pinto, 1997, p. 167)

tenor de estos autores, que los parámetros generales comunes establecidos por el *corpus iuris* internacional constituyen un conjunto de criterios mínimos claves que han servido para guiar el proceso de consulta y limitar la discrecionalidad que tienen los Estados en su realización.

Con base en los criterios establecidos y analizados por los organismos internacionales, Rodríguez Garavito et al. (2009) enuncian una serie de parámetros generales que han de ser observados en el procedimiento de consulta previa. El primero de tales requerimientos es que la consulta, tal como ha quedado establecido en el artículo 6 del Convenio 169, sea llevada de buena fe. Según el sentido de este artículo, conducir la consulta de buena fe implica llevarla de conformidad con las circunstancias concretas de la comunidad y con la finalidad de llegar ya sea a un acuerdo o lograr su consentimiento acerca de las medidas propuestas (Convenio 169, art. 6). El segundo de los requerimientos es que la consulta sea informada, principio que invoca la exigencia de que el Estado suministre información completa a las comunidades consultadas, lo cual comprende, según quedó determinado por la Corte IDH en el ya referido caso Saramaka vs. Surinam (2007, pár. 133) que se informe sobre los eventuales riesgos (incluidos los ambientales y de salubridad) que el proyecto, plan de desarrollo o inversión pudiera acarrear (Rodríguez et al., 2009, pp. 40-41). La tercera exigencia consiste en que la consulta sea conducida de forma culturalmente adecuada, lo que se traduce en respetar las costumbres y tradiciones, usos y valores de los pueblos indígenas en el desarrollo del mecanismo (Corte IDH, 2007, párs. 133-134; Rodríguez Garavito et al., 2009, p 41). Se da asimismo un cuarto principio de carácter teleológico, consistente en que la consulta tenga efectivamente el propósito, esto es, la finalidad, de llegar a un acuerdo entre las partes u obtener el consentimiento informado de las comunidades afectadas. Se procura así que la consulta no se emplee como un mero procedimiento aislado, como puede ser el caso de utilizarlo para opinar sobre decisiones ya tomadas, de manera que se desvirtúe su sentido “como mecanismo de consulta, participación y conciliación” (Rodríguez Garavito et al., pp. 41-42).

Por último, destaca un quinto principio: el del carácter previo o precedente que debe cumplir la consulta, a fin de que sea un genuino mecanismo consultivo que antecede a la toma de una decisión entre partes. Es evidente que con ello se trata de que ésta se lleve antes de tomar —o no tomar— la medida o de realizar —o abstenerse de realizar—, según sea lo finalmente acordado entre las partes, el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades (Rodríguez Garavito et al., pp. 40-43).

Concluyen los autores que los pronunciamientos de Derecho Internacional han establecido principios importantes que deben ser tenidos en cuenta en el diseño de los procedimientos para realizar las consultas y consideran que, al optar por principios claros y flexibles, y no por procedimientos fijos y rígidos, la jurisdicción internacional consiguió responder a la necesidad de adaptar el proceso de consulta previa a las particularidades tanto contextuales de cada caso como culturales de cada pueblo, en especial en lo que corresponde a sus procesos de toma de decisiones. De este modo, con principios así concebidos, se procura garantizar la participación efectiva de las comunidades, el respeto de sus costumbres y cosmovisiones, en orden a posibilitar un acuerdo u obtener el consentimiento libre, previo e informado según sea el caso (Rodríguez Garavito et al., 2009, p. 43).

Finalmente, un aspecto de la consulta previa que no puede quedar en el tintero es la cuestión de si ésta concede un derecho al veto de las comunidades indígenas cuando no se llega a un acuerdo. Frente al particular, Salinas (2011, p. 241) opina que, si bien la consulta previa es un derecho fundamental, no constituye ni faculta un derecho al veto, y cita en apoyo de su consideración a la misma OIT, pues cuando se le consultó a esta organización sobre el alcance del artículo 7 del Convenio 169, respondió que ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país (OIT, s.f., citado por Salinas, 2011, p. 241).

1.1. Desarrollo e incorporación del derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano

En general, la constitucionalización de los derechos humanos como derechos fundamentales en la Carta Política de 1991, tiene como uno de sus antecedentes las olas transformadoras imperantes en el país desde los años setenta del pasado siglo, sobre todo en temas de administración de justicia. Se trata de antecedentes que dieron apertura al cambio del paradigma constitucional en cuanto a la creación de instrumentos y mecanismos para garantizar los derechos fundamentales en su totalidad en el marco de la consagración de Colombia como Estado Social de Derecho. Del mismo modo, merece destacarse que la Declaración y Programa de Acción de Viena del año 1993, despejó el camino para superar la división histórica —y la consiguiente jerarquización— de los derechos subjetivos que hasta el momento no habían propiciado sino clasificaciones y discriminaciones, sobre todo por las dramáticas condiciones presentes en los contextos sociales mundiales, que demostraron que la sola defensa de los derechos civiles y políticos como pilar de un vida digna resultaba insuficiente en tanto los derechos económicos, sociales y culturales, como la educación y el trabajo son de las principales carencias de los sectores vulnerables de la sociedad (Fajardo, Abondano & García, 2008, p. 35).

Así, en el presente, la consulta previa como derecho individual y colectivo de los grupos étnicos minoritarios en Colombia, es de acuerdo con lo afirmado por Manrique (2015, p. 4), un requisito que preside la ejecución de proyectos y acciones relacionadas con los pueblos indígenas y tribales, al tiempo que posibilita salvaguardar sus costumbres y prácticas reconocidas como patrimonio cultural de la Nación. Este derecho se ha convertido en un requisito para avanzar en la visión de desarrollo del país y se debe incluir de manera transversal en todas las políticas públicas que se relacionan con grupos étnicos.

Dennis y Silva (2014, pp. 22-23) advierten, como ya hubo oportunidad de indicar páginas antes cuando se hizo notar la especificidad de la incorporación de este derecho en el orden constitucional, que el concepto de consulta previa no llega a Colombia por sí sólo, sino a partir de la firma del Convenio 169 aprobado por el Congreso a través de la Ley 21 de 1991, el cual establece en su artículo 6° la obligación del Gobierno a “[c]onsultarle 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 afectarle directamente”. Así mismo, los autores aclaran que el citado artículo también señala que: “[l]as 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” (Colombia, Ley 21 de 1991, art. 6).

En igual sentido, Bolívar (2014) subraya que la primera referencia de la instrumentalización de la consulta previa en Colombia se presentó en 1991 con la Ley 21 del mismo año, en respuesta a un planteamiento de la OIT. Dicha Ley se convirtió así en el principal referente del derecho y mecanismo de la consulta previa, así como del Convenio, dentro del país, y no es por tanto sino gracias a esta Ley por la cual fue ratificado el instrumento internacional en cuestión que “se realiza un amplio reconocimiento de las minorías étnicas y culturales, [y se resalta] su derecho a tener voz y voto dentro de los procesos de desarrollo económico que los puedan afectar directamente” (pp. 15-16).

Es de destacar que el contexto pluralista y democrático que rodeó al proceso constituyente en 1991 representó un importante impulso para incorporar en el texto de la Carta todo un conjunto de elementos progresistas que van desde la adopción del Estado Social de Derecho como nueva fórmula política, pasando por el reconocimiento amplio de los derechos humanos y de los mecanismos para su protección, hasta la creación de un marco institucional coherente con una ciudadanía más abierta e incluyente a través de la afirmación de los valores de la pluriétnicidad y multiculturalidad. Nada de esto obedeció sólo a factores internos, sino que se enmarca en un contexto más amplio de cambios que se operaban entre finales de los ochenta y comienzos de los noventa⁵ a escala mundial, si bien es en el ámbito latinoamericano donde estas transformaciones se hacen sentir de forma más señalada. Como bien lo ha señalado García Lozano (2016, pp. 71-72), se abre paso una tendencia en el debate jurídico-político que permite tomar conciencia de “la falta de diálogo” entre el derecho y la sociedad, dos esferas que hasta el momento habían corrido parejas sin puntos de encuentro a lo largo del siglo XX, para admitir así una realidad étnicamente diversa que hace necesario no sólo “repensar el derecho desde los ámbitos político, jurídico y sociológico”, sino dar un paso decisivo en el reconocimiento e inclusión de la sociedad en general, únicamente posible a través de la fórmula constitucional de un Estado Social de Derecho.

Aunque se advierten notables diferencias entre las distintas reformas constitucionales operadas desde entonces, tanto en lo que atañe a las motivaciones nacionales que las impulsaron como en lo tocante a la configuración final de sus textos, un componente común que las caracteriza es lo que el profesor Uprimny (2011) denomina el “constitucionalismo de la diversidad”, que cabe ver como el rasgo que compartirán buena parte de tales reformas, consistente en que definirán a sus naciones como pluriétnicas y multiculturales, pasando de este modo a proteger la diversidad (p. 112).

Es en esta tendencia que las discusiones que se dan en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 terminan por acoger en el texto de la Carta el carácter pluriétnico de la Nación, lo cual va de la mano con el reconocimiento de varios derechos de los pueblos indígenas. Entre ellos, como indica Yate (2013), conviene destacar por su importancia los siguientes:

⁵ Se trata de un proceso de reformas constitucionales que se dan en América Latina y cuyo comienzo data de finales de los ochenta, siendo Nicaragua en 1987 la primera, seguida de Brasil en 1988 y Colombia en 1991, pero a la que siguen otros países en la lista hasta finales de la primera década de 2000, el último de ellos Bolivia en 2009 (Gargarella, 2011, p. 87).

1) derechos territoriales, bajo la aceptación y protección de la propiedad colectiva, que se aplica a los resguardos indígenas y se materializa al otorgar a estos territorios el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables; 2) el reconocimiento de una jurisdicción especial indígena que garantice la autonomía de estos pueblos, así como la conservación de sus formas de organización y prácticas internas; 3) la protección de las diferentes manifestaciones culturales; 4) la apertura a espacios de participación política, estableciendo que dos senadores serán elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas; entre otros (pp. 7-8).

La atmósfera pluralista reinante durante la Asamblea Constituyente, que tuvo, al decir de Semper (2006), un marcado carácter pro indígena, determinó que Colombia ratificara, en conexión con las disposiciones constitucionales que se ventilaban en dichas sesiones, el Convenio 169 de 1989 y lo tradujera en Derecho nacional mediante la ya mencionada Ley 21 de 1991. La tendencia allí iniciada ha sido fortalecida por las actuaciones de la Corte Constitucional, pues en su jurisprudencia se ha reiterado que el Convenio hace parte del bloque de constitucionalidad. El punto de referencia para la situación jurídica actual de los pueblos indígenas es el desarrollo jurisprudencial del artículo 7 de la Constitución Política, por medio del cual “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”, disposición que el Tribunal Constitucional ubica en relación directa con los principios de democracia y pluralismo presentes en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta, y que es recogida también en la jurisdicción especial indígena y encarnada en la creación de circunscripciones electorales indígenas (pp. 763-764).

En esta misma línea de estrecha conexión de la Constitución Política con la tutela de la diversidad cultural, conviene resaltar que la Carta logró incorporar una serie importante de derechos fundamentales cuyo contenido es precisamente la promoción y protección del pluriculturalismo. Se trata de derechos que protegen y promueven el autogobierno de las minorías y que se traducen en la jurisdicción indígena y la autonomía territorial y política; que defienden la participación política de las minorías, como se advierte en la figura de las circunscripciones electorales especiales para el Senado y la Cámara de Representantes; y que amparan la expresión, defensa y reproducción del patrimonio cultural de las minorías, como cabe observar concretamente en los derechos lingüísticos y educativos, los cuales establecen límites al poder legislativo, toda vez que el Congreso de la República está obligado a tenerlos en cuenta al legislar sobre aspectos que afectan a las comunidades étnicas (Bonilla, 2006, pp. 29-30).

El nuevo entramado normativo inaugurado por la Constitución de 1991 abrió las puertas al “pluralismo jurídico, como una de las corrientes de pensamiento necesarias para comprender el [conjunto del] sistema [social]” y propició el establecimiento del “interculturalismo... como elemento esencial de la teoría de los Estados de la zona andina” (García Lozano y Duarte Castilla, 2014, p. 148). Pero, como toda novedad real que acarrea profundos cambios sociales, jurídicos y políticos, la Carta trajo consigo también tensiones inéditas en el plano normativo y sociológico, la primera de ellas, entre el paradigma constitucional saliente —Estado de Derecho—, cuyas instituciones descansaban en la primacía del principio de legalidad, y el aveniente —Estado Social de Derecho—, que implicaría un papel protagónico de los jueces no sólo en la aplicación, interpretación y

realización de los derechos, así como en la reglamentación de su alcance frente a otros derechos por la vía jurisprudencial, sino en el control mismo de la producción legislativa en el país en consonancia con los nuevos principios constitucionales (García Lozano, 2016a).

Una segunda tensión no menos notoria implicada en el pluralismo tuvo que ver con lo que García Lozano (2016b) constata como “tensión entre la soberanía nacional y la soberanía territorial”. Si bien la descentralización será la forma de responder políticamente a esta tensión en el contexto del desarrollo de la parte orgánica de la Constitución, ello no aminorará otra cadena de tensiones y posibilidades de conflicto que se darán entre la protección de los valores, tradiciones y esquemas jurisdiccionales propios de los pueblos indígenas, de un lado, y los imperativos del desarrollo nacional, de otro. La manera de lidiar con este otro tipo de tensiones requerirá de un instrumento que permita a afectados e interesados resolver sus controversias mediante las posibilidades que brinda el foro democrático, a saber, el derecho a la consulta previa.

Es de interés destacar que si se tiene en cuenta que la consulta previa es un medio de protección del derecho de participación de las comunidades étnicas del país en las decisiones que afecten sus territorios y formas de vida, de manera que puedan conservar sus valores e idiosincrasia, la base constitucional se encuentra consagrada, como lo señala Silva (2010, p. 248), en el artículo 330 de la Constitución Política, concretamente en el párrafo de este artículo superior que establece:

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 (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 330).

Además del ya citado artículo 7° de la Carta Política y de la Ley 21 de 1991 por la que se ratificó el Convenio 169, destacan varias leyes en el ordenamiento jurídico colombiano que encargaron de desarrollar este mecanismo, como es el caso de la Ley 70 de 1993, orientada a la titulación colectiva de tierras de las comunidades negras, y su Decreto Reglamentario 1745 de 1995; la Ley 160 de 1994, destinada en términos generales a la creación del Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, pero que, en su capítulo XIV, reglamentado parcialmente por el Decreto 2164 de 1995, sentaría las bases legales para la salvaguarda de los resguardos indígenas en el territorio nacional. Conviene asimismo mencionar otras normas que, en similar sentido, aportan a la protección de los derechos de las comunidades indígenas. Se trata de la Ley 165 de 1994, con la cual se ratificó el "Convenio sobre la Diversidad Biológica" adoptado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992; el Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamentó el proceso de consulta previa; el Decreto 1397 de 1996, por el cual se creó la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas; el Decreto 2893 de 2011, por el cual se creó la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y el Decreto 2613 de 2013, por el cual se adoptó el Protocolo de Coordinación Institucional para la Consulta Previa. No sobra recordar en este proceso las Directivas Presidenciales 01 de 2010 sobre la garantía al derecho fundamental a la consulta previa a los grupos étnicos nacionales y la Directiva Presidencial 10 de 2013, que contiene

la guía para la realización de la consulta previa (Ministerio del Interior de Colombia, 2014, pp. 2-5).

A toda esta regulación se suma el Decreto 1372, expedido el 02 de agosto de 2018 “Por el cual se adiciona el Capítulo IV, al Título I, de la Parte V, del Libro II del Decreto 1066 de 2015, único reglamentario del Sector Administrativo del Interior, para regular el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y se dictan otras disposiciones”. Normativa que reviste enorme importancia, pues toma en cuenta diversos criterios para la configuración del Espacio Nacional de Consulta Previa, en cuya integración se incluyen la población afrocolombiana a nivel urbano, rural y sus territorios colectivos, ya en el enfoque participativo, se toma como base la tasa poblacional en los niveles municipal, distrital y especial, este último con relación a las comunidades que habitan San Andrés, Providencia y Santa Catalina, San Basilio de Palenque y las capitanías del Cauca, el citado decreto introduce también el enfoque diferencial conformado por sectores poblacionales como: jóvenes, mujeres, víctimas, LGTBI, personas con discapacidad y adulto mayor, con especial reconocimiento del papel cohesionador de la mujer en dichas comunidades, razón por la cual se inserta la equidad de género como criterio para la integración del Espacio Nacional de Consulta Previa (Colombia, Decreto 1372 de 2018, Art. 1).

A la par de estas normas, el ordenamiento jurídico cuenta también con una disposición administrativa consagrada en el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011, área dentro de la cual se inscribe esta investigación y que corresponde con la consulta previa, cuyo contenido es el siguiente:

Consulta Obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar (Colombia, Ley 1437 de 2011, art. 46).

Con base en todas las normas referidas, resulta pertinente mencionar quiénes participan del proceso de consulta previa, además de las comunidades étnicas que son los titulares del derecho. Rodríguez (2008, p. 9) señala que tienen participación en el proceso las instituciones del Estado y los responsables del proyecto, obra o actividad. En cuanto a las primeras, se trata del Ministerio del Interior a través de la Dirección de Etnias, que lidera el proceso de consulta y que cuenta durante el mismo con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y/o Personeros Municipales. Cuando se encuentran involucrados temas de tierras, participa también la Agencia Nacional de Tierras y en el caso de exploración o explotación de recursos naturales, se cuenta con la participación de la Autoridad Ambiental, conformada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y/o las Corporaciones Autónomas Regionales, quienes lideran el proceso de consultas por cuestión de autorizaciones ambientales, previo al licenciamiento ambiental.

1.2. Dificultades legislativas y administrativas en la implementación de la consulta previa

Los autores y especialistas en el tema, más allá de una descripción del contenido normativo de la consulta previa y del estado de su incorporación en las legislaciones internas de los países latinoamericanos con significativa población indígena, entre los cuales desde luego ocupa un lugar Colombia, han abordado las dificultades tanto legislativas como administrativas con las que ha tropezado su implementación. Ejemplo de lo anterior son las dificultades asociadas con el diseño institucional cuando éste no asegura la identificación de aquellas medidas tomadas por el interesado, como puede ser una empresa extractiva, y que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, lo cual es una preocupación central de la consulta. Al respecto, un informe de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF, siglas de *Due Process of Law Foundation*) sobre Colombia (2015) señala:

En Colombia, el mecanismo que permite hacer exigible la consulta previa frente a proyectos, obras o actividades extractivas o de inversión es la certificación de presencia de comunidades étnicas que el interesado debe presentar antes de obtener el licenciamiento ambiental. De este modo, aquellos proyectos, obras o actividades que no requieran licencia ambiental y que, sin embargo, afectan directamente derechos colectivos de pueblos indígenas, pueden ser implementados sin la realización previa de un proceso de consulta. Esto ocurre, por ejemplo, con proyectos de exploración minera, dado que no se exige licenciamiento ambiental para esta actividad. A ello se suma que la Dirección de Consulta Previa actúa a petición de parte y no de oficio (p. 69).

Si se tiene en cuenta que los proyectos de exploración minera son de los que más conflictos con comunidades étnicas están provocando actualmente en Colombia, tal dificultad adquiere un carácter prioritario frente al alcance de la consulta previa. Igualmente, otra dificultad no menos significativa, señalada en este mismo informe de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF de aquí en adelante), atañe a la inaplicación de los procesos de consulta, como lo demuestran los siguientes datos recogidos por la organización y que son indicativos de un panorama sumamente preocupante:

(...) si bien en Colombia desde mediados de los años 90 se vienen realizando consultas previas, siguen presentándose casos de medidas adoptadas sin observar este derecho. Así, por ejemplo, resulta ilustrativo notar que, según la información disponible, entre 1993 y 2012 se otorgaron 2.331 licencias ambientales. A pesar de que la mayoría de estos licenciamientos afectaría tierras o territorios indígenas, en dicho periodo se efectuaron tan solo 156 procesos de consulta. Se observa, además, que, de las consultas realizadas, el número más elevado se dio en el ámbito de hidrocarburos con 65 consultas, seguido por el sector de infraestructura con 44 procesos. En contraste, en materia minera se contabilizan únicamente seis procesos de consulta (DPLF, 2015, pp. 78-79).

Ochoa (2016), complementa los resultados descritos en el informe de DPFL, pues refiere que para la obtención de licencias ambientales de acuerdo con la Ley 99 de 1993 se deben

desarrollar todas las consultas previas a las que haya lugar. No obstante, la norma no dispuso los mecanismos para hacer efectivos los derechos y en el año 1995, el Ministerio del Interior implementó un mecanismo que asumió la consulta previa como un trámite meramente informativo, considerando que, una vez realizadas las reuniones con las comunidades en las que se dan a conocer las actividades que ejecutaría la empresa del sector hidrocarburos, se agotarían las instancias para garantizar la participación de la comunidad dando con ello cumplimiento a la ley (pp. 17-18).

Un informe de la Sociedad Colombiana de Consultoría (2014) señala que no existe una norma que reglamente cómo debe cumplirse con esta garantía fundamental, con excepción del Decreto 1320 de 1998 y la Directiva Presidencial No 10 de 2013, los cuales establecen una guía para la realización de la Consulta Previa. Asimismo, el mencionado informe expone que el desarrollo de la Consulta Previa en Colombia ha tenido tres características en el entorno jurisprudencial:

Primero, se ha dado en entornos litigiosos y a través de pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional; segundo, ha sido irregularmente expansivo en la medida que en atención a diferentes casos demandados, usualmente por las comunidades étnicas, la Corte ha elaborado definiciones y planteado pautas en atención a la singularidad de cada situación, que al final de cuentas han sido asumidos como parámetros de aplicación general; y, tercero, ha tenido un claro sesgo a favor de los proyectos de desarrollo (que son los usualmente demandados), incurriéndose en un cierto descuido de otra serie de medidas o de acciones que igualmente requieren consulta (p. 16).

Según Semper (2006, p. 775), la falta de uniformidad legal se debe en gran parte a la flexibilidad que el mismo Convenio 169 establece para su aplicación y que, como se hizo notar en páginas anteriores, Rodríguez Garavito et al. (2009, p. 43) se referían como una virtud del instrumento. En su artículo 34, establece que todo país puede diseñar la consulta previa en forma flexible partiendo de la naturaleza jurídica y las medidas que serán aplicadas para su concreción, no siendo necesario que el legislador se remita a las disposiciones sobre la materia, hecho que ha provocado que hasta la Corte Constitucional haya relativizado este derecho fundamental.

1.3. Jurisprudencia relativa a la consulta previa

Millán, Niño, Rincón y Rojas (2010, p. 1) en un estudio de los precedentes de la consulta previa, sostienen que a través de numerosos fallos de tutela la Corte Constitucional consiguió unificar su criterio respecto a la materia y terminó por moldear una línea jurisprudencial uniforme que tiene como precedente base o sentencia fundadora el expediente de tutela T-428 de 1992 y que culmina en la sentencia de unificación SU-383 de 2003, considerada por los autores como sentencia hito en esta materia.

En la sentencia fundadora T-428 de 1992, la Corte Constitucional amparó el derecho al territorio del resguardo indígena de la localidad de Cristianía (Antioquia), que había demandado la suspensión de las obras que se adelantaban en sus tierras, obras cuya finalidad era ampliar una carretera de interés nacional. En este caso particular —y de ahí

su relevancia—, la obra representaba la solución a una necesidad del interés general que reñía con las necesidades de la comunidad allí presente (Millán et al., 2010, p. 3).

Es de interés advertir cómo, según consta en el expediente citado, la Corte Constitucional (1992, T-428) planteó el problema jurídico en términos de la necesidad de resolver un conflicto entre interés mayoritario e interés minoritario de la comunidad, para terminar por considerar que el interés general no justifica la violación de los derechos fundamentales. El alto tribunal basó su decisión en un razonamiento de principios que, al decir de Ferrajoli (2002), está implicado en el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, donde los derechos fundamentales fungen como límites al ejercicio del poder legislativo, esto es, como “principios positivos de justicia” que actúan como “normas superiores a la legislación”, lo que lleva a considerar la Constitución como un “acuerdo democrático sobre lo no- decidible” (p. 8). El argumento de la Corte en este caso no sólo reviste importancia por su consistencia con el paradigma de constitucionalismo garantista defendido por Ferrajoli, sino por confirmar el rango fundamental de los derechos colectivos consagrados en la Carta. Conviene por ello traer en su integridad la consideración del tribunal en la comentada sentencia:

La norma que establece la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos. Aquí, en esta imposibilidad, radica justamente uno de los grandes avances de la democracia y de la filosofía política occidental en contra del absolutismo y del utilitarismo. La persona es un fin en sí mismo; el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona. La protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-428 de 1992).

Cinco años después, Hillón (2014, p. 93) relata que la Corte Constitucional con ocasión de un fallo de unificación de tutela radicado bajo el número SU-039 de 1997 declaró que la consulta previa es un derecho fundamental a través del cual se practica la democracia participativa y se preserva la riqueza cultural de la Nación. El pronunciamiento estuvo motivado por los hechos ocurridos a raíz de una licencia ambiental concedida por el Gobierno Nacional a la petrolera Occidental de Colombia para realizar los correspondientes trabajos de exploración en territorio habitado por la etnia U'wa. En su fallo el máximo Tribunal de lo Constitucional definió la consulta previa como una garantía fundamental que otorga protección a los grupos étnicos. En su consideración sobre el lugar otorgado a la consulta previa como instrumento para garantizar los derechos de estas comunidades, se estableció también su carácter de mecanismo político de participación y medio para el ejercicio de los demás derechos fundamentales:

(...) el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. 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 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 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039 de 1997).

González Perafán (2012, p. 16) destaca que la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-039 de 1997 evidenció el conflicto entre la concesión de derechos para la exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la consulta como garantía fundamental de las comunidades que los habitan para la protección de sus derechos, valores y costumbres, advertida esta tensión, el Tribunal Constitucional presentó los principios de la consulta, que por su importancia, se citan a continuación:

- 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 requeridas para ponerlos en ejecución.
- b. Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede llevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
- c. Que se le dé 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 concierne 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 debe adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada. Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039 de 1997).

Frente a la titularidad del derecho, importa destacar que la Corte Constitucional en sentencia T-380 de 1993, se pronunció sobre el carácter “no” difuso de los derechos colectivos que gozan las comunidades indígenas, simultáneamente, permitió poner de relieve el carácter de la consulta previa como mecanismo o recurso correspondiente para la defensa de sus derechos, precisando:

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten

los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (artículo 88, Constitución Política). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-380 de 1993).

De acuerdo con Haarscher (1987, referido por Ara Pinilla, 1990, pp. 135-135), resulta difícil determinar quién es, por ejemplo, el titular de los derechos colectivos, si el individuo, los pueblos o la humanidad. Igual es complicado saber con precisión de qué daño se pretende tutelar el bien jurídico en cuestión, si de la guerra o de una guerra conducida por medios no convencionales (en el caso de la paz). Tampoco parece sencillo saber ante quién se puede invocar tales derechos y, en cuanto a la sanción, cuál sería el mecanismo aplicable y su grado de efectividad.

Las inquietudes planteadas por los críticos de estos derechos fueron sin embargo aclaradas, al menos en lo que atañe a los derechos de los pueblos indígenas, por la ya referida sentencia T-380 de 1993, pues el Alto Tribunal precisó a este respecto que la titularidad grupal de un derecho por una comunidad étnica no puede confundirse con la naturaleza colectiva de otros derechos reconocidos en la Constitución o con el concepto de intereses difusos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-380 de 1993).

Así como en la T-380 de 1993 la Corte terció a favor de una interpretación que reconocía los derechos de estos grupos como auténticos derechos colectivos, exigibles por tanto como genuinos derechos fundamentales, en la sentencia T-129 de 2011, insistió con base en la línea jurisprudencial trazada por el mismo Alto Tribunal, en el tratamiento de derecho fundamental que se le ha prodigado a la consulta previa, y en el reconocimiento de que sus titulares son las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas. A partir de la revisión de la metodología de análisis y la solución de casos concretos relacionados con actividades de exploración y explotación de recursos, la Corporación concluyó que:

...salvo por razones de inmediatez o ante la circunstancia de [haber encontrado] elementos de juicio que [hubiesen permitido] establecer que la consulta previa sí se [había efectuado], la gran mayoría de las veces [había] ordenado la suspensión de proyectos u obras que [tenían] la potencialidad de afectar o [habían] afectado territorios de comunidades étnicas hasta no ver garantizado el derecho a la consulta (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011).

De igual forma, recordó en la conclusión su papel en la justicia constitucional al ordenar “la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado” por parte de las comunidades consultadas y la adopción de “otras medidas como la indemnización y reparación de las comunidades afectadas cuando el daño [ya había] sido ocasionado o cuando se [advertía] la potencialidad del mismo (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011).

Con respecto al consentimiento libre, previo e informado, la Corte Constitucional en el expediente referenciado se planteó varios interrogantes de enorme interés en términos de su alcance, a saber, la cuestión de la posibilidad de veto por las comunidades ante proyectos

de inversión, la de los límites del consentimiento y la de la disposición de otros mecanismos por parte del Estado, además de la consulta y el consentimiento, para la garantía de los derechos de las comunidades. Los interrogantes en cuestión fueron formulados así:

¿Puede traducirse el consentimiento en poder de veto por parte de las comunidades étnicas en los proyectos de inversión?; ¿sólo debe buscarse el consentimiento en los planes de inversión y desarrollo?, y finalmente, ¿la consulta previa y el consentimiento son las únicas garantías que debe prestar el Estado y sus concesionarios a las comunidades étnicas? (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011).

Las respuestas ofrecidas a cada interrogante muestran el grado de implementación del mecanismo de consulta a las comunidades. En respuesta al primer interrogante, para la Corte es muy necesario que la consulta previa y el consentimiento informado en general exploren la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: impliquen traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad, que conlleve a poner en riesgo su existencia. Ahora, en el evento en que, exploradas las alternativas menos lesivas con la participación de las comunidades étnicas, de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y conllevarían al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*, es decir, se impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011).

En cuanto al segundo interrogante o si el consentimiento sólo debe buscarse en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, la Corte Constitucional considera que no, pues toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos deberá orientarse bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales con la finalidad de lograr el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011).

Finalmente, frente al último interrogante, la Corte Constitucional sostiene que la consulta previa y el consentimiento no son las únicas garantías que debe prestar el Estado y sus concesionarios al momento de considerar los planes de “infraestructura o desarrollo”, en la medida en que debe permitirse la participación y también compartir de forma razonable los beneficios del proyecto con la comunidad étnica que sea directamente afectada, de acuerdo con el artículo 15 del Convenio 169 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011).

Recapitulando lo anterior, Hernández Becerra (2012) señala que la Corte Constitucional ha decantado varias reglas jurisprudenciales con relación a la consulta previa, que pueden ser resumidas así:

(i) la consulta previa constituye un derecho fundamental; (ii) la consulta previa se relaciona estrechamente con la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas; (iii) la consulta previa es obligatoria cuando la medida afecta directamente a las comunidades étnicas; (iv) el Gobierno tiene el deber de promover la consulta previa en todos los casos en que sea procedente; (v) la omisión de la consulta previa vulnera la Carta Política; y (vi) la consulta debe efectuarse antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, sin perjuicio del derecho de participación de los ciudadanos en general durante el trámite legislativo (pp. 9-13).

Pese a que muchas veces ha sido eludido el proceso de consulta, por no contar con el cumplimiento de sus requisitos, son escasos los fallos que han ordenado reparaciones, pues de un examen de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se observa que ésta se ha limitado a ordenar en la parte resolutive su realización posterior, salvo tres providencias correspondientes a los expedientes T-652 de 1998 “Conflicto Resguardo Emberá-Katío de Tierra Alta (Córdoba) vs. Represa Urrá”; la sentencia T-129 de 2011 “Conflicto Resguardo Chídima-Tolo y Pescadito vs. Ministerio de Transporte” y la sentencia T-693 de 2011 “Conflicto Resguardo Turpial - La Victoria y Oleoducto Llanos Orientales” (Rodríguez, 2014, pp. 176-186).

1.4. Las reparaciones en materia de Consulta Previa

1.4.1. “Conflicto Resguardo Emberá-Katío de Tierra Alta (Córdoba) Vs. Represa Urrá (sentencia T-652 de 1998)”

A través de la sentencia T-652 de 1998, como expone Gloria Amparo Rodríguez (2014), fue la primera vez que la Corte Constitucional hacía referencia a la reparación, ordenando a una empresa indemnizar a un pueblo indígena en al menos una cuantía que garantizara su supervivencia física, mientras elaboraba los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no pudiese escapar. A la par de lo anterior, este es uno de los casos representativos de los graves conflictos ambientales acontecidos en Colombia, que tienen que ver con un proyecto de desarrollo que desde el primer momento evidenciaba diferentes posiciones sobre los impactos sociales, económicos, culturales y ambientales que ocasionaría (p. 177).

La construcción de la represa Urrá se llevó a cabo sobre el río Sinú en el departamento de Córdoba, y de acuerdo con Durango (2008), fue una de las obras más polémicas en Colombia, pues su costo ascendió a 780 millones de dólares para la generación de 340 megavatios que al ser comparada con la Hidroeléctrica de San Carlos, Antioquia, esta genera 350 megavatios y tuvo un costo inferior a la mitad, al ser de 300 millones de dólares. Además, la represa inundó una superficie mayor a 7.000 hectáreas de bosques, 400 de ellas pertenecientes al Parque Nacional Natural de Paramillo afectando los medios de vida y la propia existencia de las comunidades de pescadores del área y del pueblo indígena Emberá-Katío, presentado vulneración a lo consagrado en el artículo 330 de la Constitución Política, la Ley 21 de 1991, el Decreto 1320 de 1998 y la Ley 685 de 2001 (p. 40).

En octubre del año 1999 se procedió a la inundación de las tierras circundantes, exponiendo según Fernando Castrillón (2002, p. 29) las inconsistencias jurídicas y la falta de voluntad política del Estado colombiano con respecto a sus pueblos indígenas y al desarrollo sostenible, la multiculturalidad, pluriétnicidad y la biodiversidad, principios teleológicos

del enfoque ecologista y multidiverso de la Constitución Política de Colombia, además de la corrupción, el aniquilamiento de dirigentes sociales, el desplazamiento forzado, la violencia, la alteración de importantísimos ecosistemas y la desterritorialización de las comunidades son el resultado de un desarrollo inexistente en una región en la que se impidió la participación y la toma de decisión de las comunidades.

Frente a la consulta previa, en esta sentencia la Corte Constitucional determinó que ésta fue omitida en tanto se expidió un acto consistente en una licencia ambiental de forma irregular, y junto con el mecanismo omitido se vulneraron otros derechos fundamentales al pueblo Emberá-Katío relacionados con la consulta, que el Alto Tribunal relacionó así:

(...) la Corte estima que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I se cumplió en forma irregular, y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Emberá-Katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacerse. Así, no sólo resultaron vulnerados el derecho de participación (C.P. art. 40-2 y párrafo del art. 330), el derecho al debido proceso (C.P. art. 29), y el derecho a la integridad de este pueblo (C.P. art. 330), sino que se violó el principio del respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana consagrado en el artículo 7 Superior, y se viene afectando gravemente el derecho a la subsistencia de los Emberá del Departamento de Córdoba (C.P. art. 11), a más de que el Estado incumplió los compromisos adquiridos internacionalmente e incorporados al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-652 de 1998).

Determinado lo anterior, la Corte estimó que a partir de la violación del derecho fundamental a la consulta se ocasionaron una serie de daños irreversibles que no podrían remediarse con la realización posterior del procedimiento omitido, razón por la cual ordenó indemnizar a la comunidad con fundamento en este razonamiento:

Como la omisión de la consulta previa para otorgar la licencia ambiental a la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica es precisamente el hecho que originó la violación de los mencionados derechos, y los daños irreversibles que la construcción de tales obras vienen causando en nada se remedian cumpliendo a posteriori con el requisito constitucional omitido, la Corte ordenará que se indemnice al pueblo afectado al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-652 de 1998).

Finalmente, con base en este razonamiento, la Corte Constitucional ordenó en el numeral tercero de la parte resolutive indemnizar al pueblo Emberá-Katío, en los siguientes términos:

“(...) al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por

los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-652 de 1998).

Con relación a la indemnización decretada por la Corte, surge también una crítica que presenta Castrillón (2002), quien opina que ésta media en nada remedió la situación de los Emberá-Katío, por cuanto, perdieron su sentido de comunidad, territorio ancestral y en cierta medida su cosmovisión, como lo hace notar en esta reflexión que vale la pena compartir:

“Hoy, muchos emberá quedaron condenados a vivir en la ciudad por la indemnización entregada de modo individual y por cabeza, engañados a aceptar un territorio constituido por retazos de tierra seca sembrada de pasto, sin agua y sin selva, llamadas fincas, que se llenarán indudablemente de coca para la producción de narcóticos en los alrededores de Tierralta y de bicicletas y coches comprados frenéticamente al igual que lentejuelas, perfumes baratos, gaseosas y comida rápida” (p. 30).

1.4.2. “Conflicto Resguardo Chidima-Tolo y Pescadito Vs. Ministerio de Transporte (Sentencia T-129 de 2011)”

Los problemas que suscitaron la vulneración a los derechos colectivos de las comunidades indígenas Emberá-Katío de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito fueron los trabajos de construcción de una carretera, un proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, además de una concesión minera a la empresa Gold Plata Corporation, generando peligros de desplazamiento por las expectativas económicas de los proyectos (Rodríguez, 2014, p. 182).

Se trata de una sentencia compleja, tal como menciona Abello (2012), por la variedad de problemas jurídicos resueltos por la Corte Constitucional y las importantes consideraciones brindadas por este tribunal, que para la autora se agrupan en tres temas: (1) la importancia del consentimiento previo, libre e informado en planes de desarrollo o inversión que tengan un alto impacto en las comunidades, (2) la consulta previa no es un poder de veto por parte de las comunidades, y (3) el establecimiento de tiempos de revisión a corto, mediano y largo plazo en la implementación de planes de desarrollo, quedando descartado un tiempo único para la realización de la consulta previa, pues tendría como consecuencia la homogenización de los procesos y el desconocimiento de las circunstancias materiales de las comunidades étnicas (pp. 120-121).

En esta ocasión, la Alta Corporación planteó estos problemas jurídicos:

(i) si las conductas desplegadas por las entidades accionadas han desconocido los derechos y garantías constitucionales de las comunidades indígenas en lo relativo al agotamiento de la consulta previa para la proyección de las obras de infraestructura y explotación de recursos naturales en sus territorios; (ii) si se hace necesario asumir medidas relativas al saneamiento y/o ampliación de los territorios por la presunta ocupación irregular de los mismos; (iii) se analizará si la comunidad se encuentra en peligro de desplazamiento forzado o no (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011).

Frente al agotamiento de la consulta previa en la proyección de las obras de infraestructura y explotación de recursos naturales en los territorios de los Émbera-Katío, la Corte pudo establecer que, en la construcción de la carretera hubo omisión del procedimiento, tal como se desprende lo afirmado por la Agencia Logística de las Fuerzas Armadas en la inspección efectuada que contó con la participación de representantes de la alcaldía de Acandí y Corpochocó, de cuyo informe concluye lo siguiente:

“(i) la vía hay que construirla en los (4) kilómetros faltantes, por tal motivo requiere la licencia ambiental; además estos mismos 4 kilómetros se evidencia la necesidad de la construcción de un puente de sesenta (60) metros de luz sobre el río Tolo el cual no está contemplado en ningún capítulo del proyecto. 2) no se ha socializado y mucho menos se ha iniciado el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas. 3) No existe información técnica en general del proyecto. Por tal razón se solicitó a la Dirección General de la Agencia logística no iniciar las obras hasta que se hayan aclarado y solucionado los puntos mencionados –subrayado fuera del texto original– (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011).

Informe que sirvió de base al Tribunal Constitucional para ordenar al Ministerio del Interior y de Justicia iniciar los trámites respectivos al adelantamiento de la consulta previa, extendiéndola a todas las partes involucradas en el proceso de planeación y ejecución de la carretera, teniendo en cuenta la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado de la comunidad y ponderando las alternativas reales de modificar el trazado de la vía.

Luego, con relación al desconocimiento de las consultas en el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá y las concesiones mineras en dichos territorios, la Corte con base en las pruebas allegadas al expediente se abstuvo de efectuar orden alguna a las entidades implicadas en estos proyectos, no obstante, en caso de ser viables y tener la potencialidad de afectar a las comunidades étnicas accionantes, decretó gestionar a futuro la participación por medio del proceso de consulta previa y buscar el consentimiento informado de las comunidades étnicas implicadas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011).

Respecto a la necesidad de asumir medidas de saneamiento y/o ampliación de los territorios por la presunta ocupación irregular de los mismos, segundo problema jurídico planteado en este expediente, la Corte encontró que el Estado omitió velar por la integridad de las comunidades étnicas implicadas y la protección del medio ambiente, lo cual se comprobó al observar presencia de grupos armados ilegales y colonos en tierras baldías, circunstancias que obligaron conforme con el Decreto 2164 de 1995⁶ a ordenar la constitución y ampliación de los resguardos de tierras, para así proceder con el saneamiento de aquellos que estuvieren ocupados por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011).

Por último, la Corte evaluó el peligro de desplazamiento forzado en que podría encontrarse la comunidad Emberá-Katío de los resguardos Chidima y Pescadito del Darién chocono,

⁶ Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional. (Colombia, Decreto 2164 de 1995)

situación que desafortunadamente se evidenció a través de un informe de la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 de la misma corporación y en consecuencia, se fue necesario implementar como medida urgente de protección el Plan de Salvaguarda ordenado por el Auto 004 de 2009, que contempla: “(...) el Estado colombiano está en la obligación doble de prevenir las causas del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas, y atender a la población indígena desplazada con el enfoque diferencial que para ello se requiere” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011). De igual forma, se ordenó al INCODER expedir:

(...) una resolución adecuadamente motivada en la que se determine si hay lugar o no al englobe o ampliación de los resguardos Pescadito y Chidima. En dicho estudio se deberán contemplar las recomendaciones, razones y pruebas expuestas en esta providencia, sumadas a las que necesariamente serán oficiadas por la entidad y allegadas al proceso. De incumplir esta orden, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– incurrirá en la conducta prevista por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011).

En opinión de Rodríguez (2014), las órdenes impartidas por la Corte Constitucional buscaron dos objetivos:

1) contribuir a mejorar la situación de desprotección que padecen las comunidades de la etnia Emberá asentadas al norte del departamento del Chocó, por las obras de infraestructura que se proyectan en sus territorios, así como la ocupación de tierras por parte de colonos que a su vez afectan el ecosistema y los recursos naturales de la zona y, 2) Adoptar medidas que contribuyan a la efectividad de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas en general y para ello encuentra necesario disminuir urgentemente el impacto desproporcionado que las distintas medidas administrativas que autorizan explotación de recursos y obras de infraestructura tienen sobre las riquezas culturales y naturales de la Nación (p. 183).

En cuanto a la reparación por la vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas del resguardo Chidima-Tolo y Pescadito, la Corte Constitucional ordenó al Ministerio del Interior como medida reparativa, coordinar y financiar la traducción de partes relevantes de la sentencia T-129 de 2011 a la lengua Emberá y suministrar de forma estratégica copias de la misma, dentro de la respectiva etnia y en los organismos educativos que considere pertinente hacerlo, como “una orden simbólica de reparación y satisfacción en reconocimiento y respeto del grupo indígena” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011).

Si bien a partir de las órdenes dictadas por el Supremo Tribunal Constitucional contribuyeron con la protección de los derechos fundamentales de la comunidad Emberá-Katío, esta comunidad continúa en situación de vulnerabilidad, sin que el Ministerio Público cumpla con la orden de apoyar, acompañar y vigilar las medidas de protección impartidas en el fallo de la Corte Constitucional, situación confirmada por el Auto Interlocutorio 074 del 19 de abril de 2016 proferido por el Juzgado Primero Civil de Quibdó Especializado en Restitución de Tierras, que señala: “Se evidencia el paquidémico

seguimiento que a dicha orden han realizado las instituciones de apoyo, acompañamiento y vigilancia” además del silencio que: “(...) dichas instituciones de seguimiento e inclusive las mismas autoridades, no hayan elevado su voz de protesta ante el incumplimiento de las órdenes constitucionales” (Juzgado 1° Civil de Quibdó Especializado en Restitución de Tierras de Colombia, Auto Interlocutorio 074 de 2016, citado en: Verdad Abierta, 2016).

Razones que llevaron a solicitar por parte del citado Despacho a la Unidad Nacional de Protección, al Comité de Evaluación de Riesgo y Recomendaciones de Medidas y al Ministerio de Defensa un estudio de las condiciones de seguridad de los líderes de las comunidades Emberá y a partir de los resultados, adoptar medidas de protección. Igualmente, se ordenó al Ministerio del Interior, la Unidad Nacional de Protección y a la Unidad de Restitución y Dirección de Asuntos Étnicos impulsar el fortalecimiento y creación de la Guardia Indígena para los resguardos asociados al Cabildo Mayor del Darién Chocoano y, por último, se solicitó a la Fiscalía investigar las amenazas que han recibido los líderes indígenas (Verdad Abierta, 2016).

1.4.3. “Conflicto Resguardo Turpial - La Victoria y Oleoducto Llanos Orientales (sentencia T-693 de 2011)”

En este caso, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales a la libre determinación, a la participación a través de la consulta previa, a la integridad cultural y a la supervivencia de las comunidades Achagua Piapoco del departamento del Meta, derechos vulnerados por el Ministerio de Ambiente al otorgar una licencia ambiental a una empresa para la realización del proyecto Oleoducto de los Llanos sin cumplir con el proceso de consulta. El oleoducto en cuestión no cruzaba por ningún resguardo indígena, pero sí por un área dedicada a las prácticas tradicionales y religiosas de la comunidad, razón por la cual, las autoridades indígenas solicitaron a la cartera de ambiente la realización de la consulta, pero esta autoridad la negó argumentando que el Ministerio del Interior no había advertido la existencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto (Lancheros & Burgos, 2017, pp. 5-6).

Argumento que no fue de recibo para la Corte, pues consideró que no fue certificada en debida forma la incidencia directa del proyecto sobre el territorio de los respectivos pueblos indígenas, de manera que la respectiva licencia ambiental se debió otorgar cumpliendo con el proceso consultivo; obligatorio cuando se va a llevar a cabo cualquier proyecto o intervención que afecte directamente a un pueblo indígena o tribal. De otra parte, las entidades accionadas no tuvieron en cuenta que el concepto de territorio comprende además del territorio al resguardo adjudicado, el territorio extendido en el que desde épocas ancestrales los grupos presentes en él desarrollan sus prácticas religiosas y de subsistencia (Lancheros & Burgos, 2017, pp. 5-6).

Resalta Rodríguez (2014, pp. 185-186) que la Corte Constitucional en la sentencia T-693 de 2011, también estimó que hubo una doble vulneración de los derechos de la comunidad accionante, por un lado se vulneró el derecho de la comunidad a la libre determinación y a la participación, al omitirse la consulta previa, y también, las accionadas vulneraron con la intervención del territorio indígena el derecho de la comunidad a la integridad cultural poniendo en riesgo su subsistencia, debido a que la construcción afectó la espiritualidad de

los miembros del resguardo, al punto que atribuyeron el paso del oleoducto con enfermedades y muertes ocurridas. Transgresión que continuó vigente y que determinó a la Corte a dictar medidas para poner fin y mitigar los impactos del proyecto.

El problema jurídico planteado por la Corte consistió en determinar si el derecho fundamental a la consulta previa del pueblo indígena Achagua Piapoco fue vulnerado por los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el primero por no certificar la presencia de la comunidad en el área de influencia del proyecto Oleoducto de los Llanos y no disponer de la realización de una consulta previa para su ejecución y el segundo por conceder licencia ambiental al proyecto sin verificar que la comunidad fuera consultada, en el mismo sentido, si las empresas Meta Petroleum Limited y Oleoducto de los Llanos Orientales “ODL” vulneraron el derecho fundamental por llevar a cabo el proyecto sin consultar a la comunidad. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 de 2011) Planteado el problema jurídico, se analizó lo siguiente:

- (i) el contenido del derecho fundamental a la participación de las comunidades étnicas y la consulta previa como manifestación de este derecho; (ii) el derecho de estas comunidades al territorio y a la propiedad colectiva a nivel constitucional, internacional y nacional; (iii) la procedencia de la acción bajo estudio, teniendo en cuenta que la misma fue instaurada tres años después de haberse otorgado la licencia ambiental para la construcción del oleoducto; y (iv) en caso de que la tutela resulte procedente, si en el caso sometido a estudio se vulneraron los derechos de la comunidad tutelante (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 de 2011).

Para establecer el contenido del derecho fundamental a la participación de las comunidades étnicas y la consulta previa como manifestación de este derecho, se citó el precedente de la sentencia T-793 de 2009⁷, en la cual se menciona que la consulta se fundamenta en tres ámbitos: (i) el derecho general a participar en la toma de cualquier decisión que pueda concernirles, (ii) participar en la toma de decisiones políticas y (iii) en el derecho al autogobierno de las comunidades étnicas del literal c) artículo 6 del Convenio 169, según el cual los Estados deben: “(...) 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” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-793 de 2009, citado en: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 de 2011).

Frente al derecho de estas comunidades al territorio y a la propiedad colectiva a nivel constitucional, internacional y nacional, segundo aspecto evaluado por la Corte, se mencionó que el artículo 63 de la Constitución Política reconoció el derecho inalienable, imprescriptible e inembargable de las comunidades indígenas al territorio; a su vez,

⁷ En la sentencia T-793 de 2009, la Corte Constitucional precisó que existen tres ámbitos de protección del derecho a la consulta previa, dos externos que se refieren a participar en las decisiones que los afectan y con la participación política de estas comunidades, finalmente, también existe un ámbito interno que tiene que ver con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-793 de 2009)

internacionalmente, los Estados conscientes de la contribución de las comunidades étnicas al pluralismo de la sociedad han adoptado normas internacionales de carácter general para favorecer la protección e integración de estas poblaciones con los Convenios de la OIT y regionalmente con la Convención Americana, por último, a nivel nacional, el ordenamiento jurídico colombiano, en desarrollo de las normas internacionales y constitucionales, regula la propiedad colectiva de las comunidades indígenas, con el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras, que data del año 1961 con la expedición de la Ley 135 de Reforma Agraria (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 de 2011).

La procedencia de la acción bajo estudio, teniendo en cuenta que la misma fue instaurada tres años después de haberse otorgado la licencia ambiental para la construcción del oleoducto, como tercer aspecto evaluado, la Corte subrayó que la comunidad se enteró de la realización del proyecto y de los perjuicios que éste les ocasionaría a finales del año 2008 y por esta razón se presentó la acción hasta febrero de 2009, siendo razonable para esta Corporación que la comunidad acudiera a la tutela y añadió que “aún en gracia de discusión, es necesario resaltar que los impactos y posibles perjuicios que la realización del oleoducto puede causar a la comunidad se siguen presentando, haciendo que la vulneración alegada en el presente caso continúe vigente” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 de 2011).

Finalmente, el Alto Tribunal consideró que a la comunidad accionante le fueron vulnerados el derecho de la comunidad a la libre determinación por las autoridades y empresas demandadas al no llevar a cabo la consulta previa, la cual era obligatoria teniendo en cuenta que la construcción del oleoducto iba a intervenir áreas que hacen parte de su territorio ancestral y en consecuencia ordenó:

(...) a los grupos de Asuntos Indígenas y Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el INCODER, a la Alcaldía del municipio de Puerto López y la empresa ODL, que en el término de tres (3) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, realicen una consulta a las autoridades de la comunidad Achagua, con las características previstas en esta sentencia, con la finalidad de adoptar medidas de compensación cultural por los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de su territorio ancestral con ocasión de la construcción del Oleoducto Campo Rubiales – El Porvenir, con miras a garantizar su supervivencia física, cultural, social y económica... (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 de 2011).

En este caso, la Corte Constitucional ordenó a las autoridades consultar con la comunidad previo a adoptar medidas de compensación cultural por los impactos del proyecto y perjuicios causados con el mismo, es decir, tuvo en cuenta que los daños se reparan respetando los derechos a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, por cuanto solo las comunidades y sus organizaciones conocen cuáles son los daños que han sufrido por las violaciones a sus derechos y en consecuencia, cuáles medidas podrían ser efectivas para restablecer el equilibrio, la armonía o la reproducción de sus sistemas

culturales con autonomía, en este caso las medidas de carácter cultural (DEJUSTICIA & ONIC, 2011, p. 38).

De la lectura de los fallos se puede destacar que la Corte Constitucional una vez analizó los hechos motivo de las demandas, ordenó, como pocas veces en la revisión en sede de tutela con relación al derecho fundamental de consulta previa, primero, que su vulneración puede generar daños a sus titulares, en consecuencia como segundo aspecto, decidió conceder una serie de medidas reparativas consistentes en la compensación de distintos rubros en favor de las comunidades afectadas y tercero, evidenció que el Estado a través de entidades correspondientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público omitieron cumplir con el deber constitucional y legal de consulta previa en la configuración de sus decisiones administrativas. A continuación se describen los tres aspectos evidenciados por la Corte en cada uno de los fallos:

1. La omisión de la consulta previa a la comunidad Emberá-Katió del Alto Sinú en el caso de la construcción de la Represa Urrá I, generó daños permanentes e irreversibles a sus habitantes, puesto que su territorio fue en parte inundado. A partir de estas circunstancias, la Corte Constitucional en el fallo de tutela determinó que no tenía sentido que los accionados realizaran posteriormente el deber omitido, razón por la cual ordenó una reparación consistente en compensar a la comunidad con su reubicación en un área de conservación natural, su unificación, la implementación de un plan de etnodesarrollo, además de una indemnización en la cuantía necesaria para la adaptación a los nuevos cambios culturales. Así mismo, se determinó que la vulneración ocurrida por cuenta de los dueños del proyecto y el Estado, este último, por conceder permisos a través de actos administrativos para la construcción y las fases de llenado y funcionamiento de la represa, constitúan una violación al régimen legal y constitucional, siendo en tal medida responsables de la vulneración del derecho fundamental de consulta previa.
2. El incumplimiento de consultar previamente a las comunidades, pertenecientes también a la etnia Emberá de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito en el Darién chocoano, dio lugar a que la Corte Constitucional ordenara al Ministerio del Interior y de Justicia coordinar y financiar la traducción de partes relevantes de la sentencia a la lengua Emberá y suministrar copias de la misma de forma estratégica, dentro de la respectiva etnia y los organismos educativos pertinentes, esto: “En reconocimiento y respeto del grupo indígena accionante y en especial como medida simbólica de reparación y satisfacción”, orden que tiene que ver más que con una reparación en forma de indemnización o compensación, con las reparaciones de tipo simbólico y de satisfacción. Igualmente, se evidenció que tanto CODECHOCÓ, como el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, expidieron las respectivas licencias sin consultar a la comunidad, pero en esta ocasión, si era posible la realización de la consulta previa y la acción constitucional fue totalmente procedente en tanto no se habían materializado los daños a la comunidad.
3. Por último, en el conflicto presentado en el resguardo Turpial-La Victoria, la Corte Constitucional ordenó a las autoridades adoptar medidas de compensación cultural

por los impactos del proyecto y perjuicios causados con el mismo, partiendo de la base que el Ministerio de Ambiente desconoció la calidad de territorio ancestral del lugar por donde se construyó el oleoducto y en tal medida era responsable de los daños causados a esa comunidad al no realizar consulta previa.

En síntesis, las autoridades administrativas accionadas en los citados fallos, además de incumplir con un deber constitucional de consultar a las comunidades, violentaron la disposición legal del artículo 46 del CPACA, en tanto obviaron realizar la consulta obligatoria contenida en esa norma, lo cual da lugar a anulación de las decisiones administrativas tomadas. Ahora, con base en este planteamiento, se busca determinar si los daños evidenciados en estos expedientes son susceptibles de reparación en materia contencioso-administrativa y si lo son, que posibilidades tienen los medios de control para reparar estos daños.

2. LA REPARACIÓN DE DAÑOS POR OMISIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En este acápite se analiza la responsabilidad en materia de daños por la omisión a la consulta previa, por consiguiente, se evaluarán los regímenes de responsabilidad estatal de conformidad con la finalidad del presente trabajo, pues como se desprende del título, la investigación versa sobre la responsabilidad del Estado en la omisión de la consulta previa y también, con base en las sentencias analizadas, diferentes autoridades estatales, pertenecientes a la rama ejecutiva del Poder Público omitieron la realización de la consulta previa y con ello dar cumplimiento a un deber constitucional relacionado con el derecho fundamental de las comunidades étnicas y tribales, de tal suerte, que quedan excluidas del presente estudio la responsabilidad de los particulares derivada de la omisión a la consulta previa, sin que esto implique aceptar que el sector privado no puede incurrir en la vulneración de este derecho al omitirlo y tampoco que se excluya su responsabilidad en caso de producir daños a una determinada comunidad étnica o tribal.

Por otra parte, en el texto se utiliza de manera genérica el término reparación, teniendo en cuenta que esta debe ser integral, concepto que abarca formas o si se quiere, especies de un género de reparación, a la compensación, la restitución in natura, la indemnización, medidas de satisfacción y garantías de no repetición, etc. Preciado lo anterior, se estudian los conceptos de reparación y daño, para luego revisar los diferentes regímenes de responsabilidad del Estado.

Ahora bien, para dar respuesta a la pregunta de si será posible reparar los daños por omisión a la consulta previa en la jurisdicción contencioso-administrativa, es necesario adentrarse en la noción de reparación, trayendo a colación un postulado elemental en materia de Responsabilidad Civil: “(...) la reparación de daños, y el alcance de lo que es reparación dependerá de lo que se entienda por daño” (Henao, 2015, p. 280) y daño según este autor es:

“(...) toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil –imputación y fundamento del deber de reparar– se encuentran reunidos”. (Henao, 2015, p. 280)

Esta definición omnicomprendiva desde el punto de vista de Henao, supera muchas falencias de las nociones clásicas de daño de corte más civilista –en las cuales se trata de una afrenta al patrimonio de un individuo–, pero a diferencia de éstas, la noción de daño descrita, al tener como base la lesión a un interés lícito o contrario a derecho, puede presentarse tanto sobre intereses pecuniarios como no pecuniarios, o sobre intereses individuales como colectivos, sin dejar de lado que puede tener ocurrencia con la amenaza de lesión definitiva del derecho, es decir no tiene que darse un resultado. (Henao, 2015, pp. 280-281)

Volviendo a la Responsabilidad Civil, Sandoval (2013, p. 240) resalta que ésta tiene como objetivo prioritario la equivalencia de todos los daños causados y su reparación, finalidad

que se observa en gran parte de los sistemas jurídicos de orientación francesa, dentro de los cuales, el incumplimiento contractual conlleva el restablecimiento del equilibrio por la irrupción del daño en la tranquilidad que hasta entonces gozaba la víctima, de modo que, la afectación de la persona en todas sus dimensiones (material, corporal, social y sentimental) sin un fundamento jurídico para ello, impone devolver al afectado a la misma situación en que se encontraba previo al suceso.

Si bien lo expuesto por Sandoval (2013) aclara el objetivo de la responsabilidad civil, no se ocupa de la responsabilidad extracontractual que más adelante se abordará con precisión, siendo la noción de daño aportada por Henao la más extensiva pero incompleta sino está conectada con el concepto de reparación, y el verbo “reparar”, según el comentado autor, a través de sus múltiples acepciones supone en última instancia la existencia de diversas maneras que permiten volver a su estado anterior lo que ha sido dañado, y en consecuencia, reparación es: “la manera como el responsable cumple la obligación de reparar asegurando a la víctima el retorno al status quo ante el acaecimiento del daño” (Henao, 2015, pp. 285-286).

En estos términos, la descripción anterior de reparación coincide con la denominada reparación integral, la cual, según Martínez (2016), contempla resarcimientos de tipo material como inmaterial en la búsqueda de enmendar derechos que fueron afectados y en este sentido, puede comprender conforme al análisis de Rousset (2011, p. 65) varias secciones de las propuestas por el Relator Especial de Naciones Unidas, Theo van Boven, en el Proyecto de Principios y Directrices Básicos relativos a la reparación de violaciones flagrantes de los derechos humanos, que consisten en: la restitución; la indemnización; el proyecto de vida; la satisfacción y las garantías de no repetición.

Los diferentes aspectos que puede comprender la reparación a las violaciones de derechos humanos propuestos por Theo van Boven, son analizadas por López (2009, pp. 314-315), quien con base en la doctrina explica cada una de ellas, comenzando con la restitución o resarcimiento in natura, que tiene relación con el restablecimiento del derecho vulnerado devolviendo a la víctima la posibilidad de ejercerlo si este le fue negado, o de continuar ejerciéndolo plenamente si le fue limitado, en términos simples, el resarcimiento in natura implica restituir plenamente a la situación anterior a la violación.

En segundo lugar, López (2009) se refiere a la indemnización, compensación o sustitución, que representan pagos de carácter económico que deben ser realizados a la víctima o sus beneficiarios por pérdidas materiales ocurridas desde que se llevó a cabo la violación y para compensar pérdidas de carácter moral, en consecuencia, los daños que pueden ser indemnizados son: los pecuniarios, cuantificables en términos monetarios, que a su vez se dividen en daño emergente, que comprende aquellos gastos en los que incurrieron los familiares o la víctima como consecuencia del hecho ilícito y el lucro cesante, que abarca aquellos bienes evaluables económicamente que debían ingresar al patrimonio de la víctima si no hubiera ocurrido el hecho ilícito, en segundo lugar, se encuentran los no pecuniarios o daños morales, que provienen de los efectos psíquicos sufridos por la víctima como consecuencia de la violación de sus derechos e incluyen el sufrimiento, dolor y angustia que se le causaron a la víctima directa o a sus familiares, así como otros sufrimientos que no pueden ser establecidos de manera contable (pp. 315-318).

En tercer lugar, por rehabilitación, se entiende aquella modalidad de reparación que tiene por fin asistir a la víctima en su recuperación física y psicológica, incluye también los servicios jurídicos y sociales, pero cuando el daño sufrido no puede ser completamente restituido o compensado, pasamos a la cuarta sesión o rubro de la reparación que consiste en que el Estado está obligado a proveer satisfacción por el daño causado a la dignidad y reputación de la víctima, en palabras de López: “(...) reafirma la existencia del derecho que les ha sido vulnerado y se reconoce la ilegitimidad de su transgresión” (2009, pp. 318-319).

De acuerdo con los principios y directrices básicos expuestos por Van Boven, la satisfacción debe incluir: (1) las medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones, (2) la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, (3) la búsqueda de las personas desaparecidas, (4) una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y las personas estrechamente vinculadas a ella, (5) una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades, (6) la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones, (7) conmemoraciones y homenajes a las víctimas y (8) la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas (López, 2009, p. 319).

Finalmente la quinta sesión contempla las, garantías de no repetición, que López (2009, pp. 320-321) expone como primer deber del Estado bajo la ley internacional, poner fin a los actos ilícitos, garantizando su no ocurrencia o terminación, lo cual incluye: que la víctima y sus familiares no van a sufrir de nuevo las consecuencias de los actos ilícitos de los que fueron víctimas, un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad, procedimientos ajustados a las normas internacionales, fortalecimiento de la independencia del poder judicial, protección a los profesionales del derecho, la salud, asistencia sanitaria, información, defensores de los derechos humanos, capacitación en derechos humanos y derecho internacional humanitario para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, las fuerzas armadas y de seguridad.

Dentro del derecho a la reparación, no debe pasarse por alto la Resolución 56/83 de 2001 “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, instrumento internacional que con anterioridad a los principios mencionados por el profesor Theo van Boven, consagró la reparación integral por primera vez, al disponer en su capítulo II, las formas de reparación del perjuicio de los Estados responsables de un hecho internacionalmente ilícito, aunque sólo señala tres formas de reparación que son: la restitución, la indemnización y la satisfacción. Respecto a la restitución, esta resolución señala en su artículo 34:

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución: a) No sea materialmente imposible; b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización (Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 56/83 de 2001, art. 34).

En lo concerniente a la indemnización, la Resolución describe en el artículo 36:

Art. 36. “El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución y la indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado” (Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 56/83 de 2001, art. 36).

Finalmente, la Resolución respecto a la satisfacción, en el artículo 37 enuncia lo siguiente:

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.
2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.
3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable (Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 56/83 de 2001, art. 37).

3.2. La responsabilidad patrimonial del Estado

En Colombia, la responsabilidad patrimonial del Estado toma arraigo constitucional a partir de la expedición de la Carta Política de 1991, concretamente con lo dispuesto en el artículo 90, pues hasta ese entonces, como señala González Noriega (2009, p. 78), no existía disposición superior alguna que contemplara en forma expresa la obligación de reparar del Estado, estando en cabeza de la jurisprudencia la creación y desarrollo de esta materia, particularmente en el Consejo de Estado.

La Responsabilidad Estatal para Gordillo (2013, p. 539) existirá siempre que una persona haya sufrido un daño material o moral causado por el Estado, debiendo ser indemnizada por éste, asimismo, no existe ninguna regla general que determine cuáles son las condiciones para que esa responsabilidad exista, ya que dependerá del caso que se esté considerando, pudiendo en algunos casos exigir que la conducta dañosa sea culpable, y en otros no, en algunos casos deberá existir el daño apreciable en dinero, mientras que en otros será indemnizable únicamente el daño moral.

El citado autor precisa que en esta responsabilidad, no son aplicables los criterios y principios elaborados por el derecho civil, como quiera que y coincidiendo con lo establecido arriba por González Noriega, en el derecho público, la jurisprudencia ha elaborado una serie de principios específicos para regular la responsabilidad del Estado, que algunos llaman responsabilidad “civil” del Estado, que no es “civil” en el sentido de regirse por las normas de dicho Código, aunque a veces la invoque, porque lo hace con una constante modificación en atención a los principios del derecho público, por lo que no se puede hablar en rigor de “responsabilidad civil”, a lo sumo podría llamársela cuando se traduce en una reparación pecuniaria, esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal. (Gordillo, 2017, p. 539)

Con relación a la concreción del deber de reparar del Estado, de acuerdo con González Noriega (2009) puede hablarse de tres periodos históricos, el primero de ellos, es el de la

responsabilidad indirecta del Estado, dentro del cual, en desarrollo del “principio de legalidad” fruto de la Revolución Francesa, el Estado, sus órganos y funcionarios se vieron sometidos al derecho como suprema directriz que enmarca su autoridad, así, la autoridad del Estado se asimilaba a la responsabilidad de los particulares, de las personas jurídicas de derecho privado, de forma que el Estado se asimiló a un empleador teniendo la responsabilidad de seleccionar, elegir y vigilar a sus agentes, por ser sus dependientes. En conclusión, en este período, la responsabilidad es una sanción al Estado por la mala elección o la falta de vigilancia sobre sus agentes conocida bajo los conceptos de la culpa in eligiendo y culpa in vigilando (p. 78).

El segundo período es el de la responsabilidad directa del Estado, en el cual se considera a la persona jurídica Estado, sus agentes o funcionarios como una unidad; de modo tal, que la culpa de un agente compromete a la persona jurídica, siendo la culpa de los agentes estatales, culpa del Estado. Ya en este período se impulsa una revisión de la teoría de la irresponsabilidad del Estado, por un cambio en su papel, pasando de ser pasivo y abstencionista para convertirse en Estado interventor (González Noriega, 2009, pp. 78-79).

El último período es el dominado por la teoría de la falla del servicio, la cual se fundamenta en que es función esencial del Estado prestar a la comunidad los servicios públicos que requiere para satisfacer sus necesidades, de modo que cualquier daño ocasionado en la prestación del servicio en forma deficiente o irregular, debe ser reparado. Dentro de esta teoría no importa si hubo o no culpa del agente; basta la falla en la prestación del servicio a cargo del Estado y éste es responsable como ya se dijo, en virtud de su deber de prestar un servicio público, función en la cual radica su existencia y cuya irregularidad, lo compromete directamente (González Noriega, 2009, p. 79).

Actualmente, Manrique Niño (2007) enfatiza que el artículo 90 de la Constitución Política, se concentra en el deber de reparar el daño antijurídico, independientemente del hecho que lo cause, es decir, existirá la obligación del Estado de reparar el daño antijurídico, entendido éste como aquel que el particular no está en la obligación de soportar, sin importar si la causa del mismo fue objetiva o subjetiva, por culpa o falla del servicio (p. 229), posición acogida por el Consejo de Estado, al señalar que:

“(…) es indispensable, en primer término, determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado” (Consejo de Estado de Colombia, Expediente No. 14081 de 2002).

Así, en un proceso de responsabilidad del Estado, lo primero que se determina es la existencia del daño, luego se analiza si es o no antijurídico y posteriormente se precisa qué fue lo que lo originó, lo que implica indagar por la causalidad, así el daño adquiere un carácter objetivo con relación a la actividad que lo causó y lo que se juzga es si existía o no el deber legal de soportar ese daño, pues de no existir ese deber, el daño es antijurídico y se tendrá la obligación de repararlo. Con base en lo anterior, se colige que el daño causado por el Estado puede ser jurídico, caso en el cual existe el deber legal de soportarlo y por expresa determinación legal no habrá obligación de indemnizar, como cuando se produce la

destitución de un funcionario de carrera. Igualmente, el daño puede ser antijurídico, caso en el cual no existe obligación legal de soportarlo y no se tiene en consideración si la actuación de la administración fue lícita o no (Manrique Niño, 2007, p. 230).

Manrique Niño (2007), concluye el estudio del artículo 90 de la Constitución Política, señalando que este artículo es el fundamento del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado sobre el patrimonio del particular, por cuanto si la actuación de la administración ha repercutido directamente sobre el patrimonio de la víctima, existirá la obligación de reparar, sin importar la antijuridicidad o licitud de la conducta del funcionario, privilegiando de esta manera, la reparación del daño injustamente sufrido, antes que el injustamente causado (p. 231).

En palabras de González Noriega (2009, p. 81), lo que estipula el artículo 90 de la Constitución Política es la Cláusula General de Responsabilidad o responsabilidad por el daño antijurídico, cuyos elementos centrales son el daño antijurídico y la imputación al Estado, dentro del cual tienen cabida dos regímenes de imputación: el Régimen de la Responsabilidad Subjetiva, también llamado de la culpa, falta o falla en el servicio y el Régimen de la Responsabilidad Objetiva o sin falla o sin culpa.

El Régimen de la Responsabilidad Subjetiva se presenta cuando la administración no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o en forma tardía o que el servicio haya sido defectuoso por la acción u omisión dolosa del servidor público, tiene dos modalidades: la primera se denomina “falla probada del servicio”, mediante la cual el autor debe probar cada uno de los elementos de la responsabilidad del Estado: 1) El hecho, 2) la culpa y 3) la relación o nexo causal y una segunda modalidad denominada “Falla presunta del servicio”, cuyo fundamento consiste en que el Estado para el cumplimiento de sus fines y a través de sus agentes, realiza actividades peligrosas que implican riesgos para los administrados, actividades susceptibles de causar daños y en este sentido la falla del servicio no se debe probar, se presume (González Noriega, 2009, p. 81).

En cambio, en el Régimen de Responsabilidad Objetiva no entra en juego la falla del servicio y se debe probar el hecho y el perjuicio causado por éste, dentro de este régimen se aplican: la teoría de la presunción de responsabilidad (daños ocasionados con cosas o actividades peligrosas, daños sufridos por los concriptos, daños sufridos por los reclusos o personas privadas de la libertad, daños ocasionados a los pacientes internos en centros asistenciales, daños a estudiantes en establecimientos educativos oficiales, responsabilidad por riesgo excepcional, responsabilidad por trabajos públicos, responsabilidad por daño especial, responsabilidad por la expropiación u ocupación de inmuebles en tiempo de guerra, responsabilidad por el almacenaje de mercancías, responsabilidad por el acto administrativo ilegal), la responsabilidad de la administración de justicia (error judicial, privación injusta de la libertad, defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia) y la responsabilidad por el hecho de las leyes (González Noriega, 2009, p. 82).

Hechas algunas aclaraciones sobre la reparación, podemos retornar a la pregunta planteada al inicio ¿Es posible la reparación de la consulta previa en la jurisdicción contencioso-administrativa? Para responder a este interrogante, lo primero es observar que establece la Ley 1437 de 2011 sobre la consulta previa, así, se observa que el artículo 46 dispone:

Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar (Colombia, Ley 1437 de 2011, art. 46).

Si bien como se estableció en la revisión de la jurisprudencia relativa a la consulta previa, los términos dependen de lo que se esté consultando a la comunidad, esta norma en pocas palabras establece que habrá nulidad en las decisiones administrativas que no realicen en los términos señalados por las normas la consulta previa cuando la Constitución y la Ley así lo ordenan, de manera que, si puede predicarse nulidad de las decisiones por incumplimiento en sus términos, con mayor razón serán nulas las decisiones administrativas que omitan totalmente el mecanismo de consulta.

Interpretación que se complementa con lo señalado en el artículo 137 de la misma norma, es decir la Ley 1437 de 2011, que establece las causales de nulidad de los actos administrativos de carácter general, siendo nulos entre muchas otras causas, los actos expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse o expedidos en forma irregular (Colombia, Ley 1437 de 2011, art. 137).

En el caso de los actos administrativos de carácter general expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, Bernal (2008, p. 257) señala que cuando este acto no es conforme con el ordenamiento jurídico que le sirve de fundamento, equivale a ser contrario a la ley o a la Constitución Política y con el objetivo de orientar al juez contencioso a la hora de abordar esta causal, jurisprudencialmente se han dictado algunos criterios.

El primer criterio, de acuerdo con Bernal (2008), tiene que ver con la aplicación del principio dialéctico o de la teoría de los opuestos, por ejemplo, cuando la norma constitucional permite y el acto administrativo prohíbe o viceversa, se estará ante un acto contrario al ordenamiento. El segundo criterio, se da cuando la norma superior regula una conducta de determinada manera y el acto administrativo aplica esta norma para resolver situaciones jurídicas no contempladas en ella, y el tercer criterio se enmarca en la incorrecta interpretación de la norma superior, esto equivale a que la Administración a través del acto administrativo, da un sentido a la norma superior que ella no tiene (p. 257).

Con base en el primer criterio, que aplica el principio dialéctico o de la teoría de los opuestos, sería nulo el acto administrativo que omita la consulta previa con infracción de las normas en que deberían fundarse, teniendo en cuenta que si la ley 21 de 1991, establece en su artículo 6° que al aplicar las disposiciones del Convenio 169, los gobiernos deberán: “a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (Colombia, Ley 21 de 1991, art. 6), así, una comunidad no consultada ante una medida administrativa susceptible de afectarlos, constituiría una actuación de la Administración contraria a una ley de la República y de igual forma opuesta a la Constitución Política, pues el Convenio 169 hace parte del ordenamiento constitucional en virtud del artículo 93 superior.

Igual nulidad ocurre en el evento en que no se cumpla a cabalidad con el mecanismo de consulta previa, como por ejemplo, cuando se tiene el deber de consultar a una comunidad que puede afectarle la implementación de una determinada medida administrativa, pero la Administración únicamente les informa, creyendo con ello haber agotado el mecanismo de consulta previa, se estaría ante una incorrecta interpretación de la norma superior, pues la Corte Constitucional ha establecido que en este proceso se debe construir con la comunidad los canales de diálogo necesarios para alcanzar su consentimiento previo, libre e informado, de manera que esta incorrecta interpretación por parte de la Administración de concluir en un acto administrativo, de acuerdo con el tercer criterio antes expuesto, daría lugar a una infracción de las normas en las que debería fundamentarse el acto administrativo.

Siguiendo con las causales de nulidad de los actos administrativos de carácter general, es nulo el acto administrativo expedido en forma irregular, que conforme con Younes (1997, pp. 128-129) se da sólo si se pretermiten formalidades sustanciales, es decir, aquellas que constituyen verdaderas garantías para los asociados, como las que desconocen las reglas de procedimiento previamente establecidas para la expedición del acto.

En este caso sería nulo el acto administrativo que omita la consulta previa, en el evento que este derecho fundamental representa una garantía fundamental para la comunidad, en tanto involucra el desconocimiento a la participación y autodeterminación en asuntos que les conciernen, así mismo, como antes se anotó, con fundamento en el artículo 6° del Convenio 169 aprobado por la Ley 21 de 1991, los pueblos interesados deben ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. (Colombia, Ley 21 de 1991, art. 6) De manera que, la consulta previa es un procedimiento previo a la expedición del acto y en este sentido, su omisión equivaldría a una expedición irregular del acto administrativo.

Ahora bien, partiendo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece en su artículo 8°: “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley” (Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 8), tal manifestación sería indefensa en la práctica como lo manifiesta Rodríguez (2014 pp. 164-165), si no existe una reparación justa por la violación de los derechos y el Estado colombiano no tomara las medidas de carácter legislativo, administrativo y/o judicial para permitir el pleno ejercicio de los derechos de las víctimas para que obtengan una adecuada reparación. En el mismo sentido, Henao (2015) afirma que es posible y deberían ser aplicados uniformemente los tipos de reparación admitidas por la ley, los tratados internacionales, la doctrina y la jurisprudencia con base en que “la noción de reparación integral de daños en materia de responsabilidad del Estado es universal al interior de todas las acciones procesales donde este sea condenado” (p. 279).

En consecuencia, el Estado es responsable de los daños ocasionados por la violación de derechos subjetivos y colectivos amparados en normas de orden público a nivel nacional e internacional, pero surge el siguiente interrogante: ¿habrá responsabilidad del Estado en el plano administrativo si se presenta una omisión de la Consulta Previa en la expedición de actos administrativos como decretos, resoluciones, directivas, etc.? Sea lo primero señalar

que los mismos podrán ser controvertidos a través de la acción de tutela por tratarse de derechos fundamentales que requieren protección y en el plano del control abstracto de legalidad del Contencioso Administrativo, los actos de la Administración podrían ser anulables de acuerdo con el artículo 46 del CPACA que consagra la obligatoriedad de la consulta previa en la formación de las decisiones administrativas, situación que de por sí no genera responsabilidad estatal, salvo que los mencionados actos administrativos una vez ejecutoriados ocasionaren daños a las comunidades étnicas y/o tribales, y se pasaría de un simple control abstracto de legalidad del acto, al restablecimiento del derecho y su reparación.

Aunado a lo anterior, el derecho a la consulta previa, ha sido amparado por la Corte Constitucional a lo largo de varios años a través de la acción constitucional de tutela, ordenando en algunas ocasiones reparaciones que no son del resorte de esta acción que si están presentes en los medios de control de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual, puede afirmarse que los daños por omisión de la consulta previa son susceptibles de ser reparados en la jurisdicción contencioso administrativa, pues el Estado es el principal garante en la protección de este derecho fundamental con base en el Convenio 169 y la reparación integral de daños es universal al interior de todas las acciones procesales donde el Estado sea condenado, máxime si hablamos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sobra decir, el juez natural del Estado.

Despejados los interrogantes planteados en este capítulo, es preciso conocer sobre cuál variante de responsabilidad se encontraría el Estado cuando vulnera este derecho fundamental, es decir, su responsabilidad derivaría de su actividad contractual o por el contrario respondería extracontractualmente.

En primer lugar, de acuerdo con la definición expuesta por Escobar (1999), la responsabilidad contractual del Estado es: “la obligación que surge a cargo de las entidades estatales de reparar los daños antijurídicos que causen a los contratistas como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones en el seno de los contratos” (p. 503), en consecuencia, esta obligación de reparar surge de la violación de los contratos estatales, que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define como: “(...) todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...” (Colombia, Ley 80 de 1993, art. 32). Por su parte, Libardo Rodríguez (2015, p. 620) señala que en el caso de los contratistas (particulares), estos responderán por sus acciones y omisiones en la actuación contractual, pero debe tenerse en cuenta que tanto entidades estatales como particulares que celebran contratos con el Estado son responsables en la medida que incumplan obligaciones derivadas de ese vínculo y el deber de reparar surgirá de la obligación contractual, no así de la violación de un derecho fundamental como la consulta previa que no se origina en el contrato.

Así las cosas, el contrato estatal como acto jurídico generador de obligaciones, podría ser declarado nulo en la medida que omita la consulta previa con base en las causales de nulidad de los actos administrativos dispuestas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, sin embargo, de la lectura del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esta omisión no entrañaría una responsabilidad contractual en tanto ésta nace del incumplimiento de las obligaciones

generadas por los actos jurídicos celebrados por las entidades estatales o derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad y la consulta previa como derecho fundamental es inherente a la comunidad, es decir no es el resultado de un acuerdo de voluntades y como se estableció al principio de este texto, el Estado está en la obligación de respetarlo, no porque las entidades a través de actos jurídicos se hayan obligado a ello, sino en virtud de la ratificación del Convenio 169 que es parte del Bloque de Constitucionalidad.

Si bien existe flexibilidad en la realización de la consulta previa de acuerdo con el Convenio 169, en la medida que los Estados pueden adoptar los términos, etapas y formas en las que se pueda llegar al consentimiento previo, libre e informado, el mecanismo no es dispositivo en el sentido contractual de la palabra, pues las partes, pueden disponer el modo en que realizarán la consulta previa, pero no pueden alterar la esencia de la consulta, como por ejemplo pactar la no participación de los miembros de la comunidad, o no tener en cuenta los usos y costumbres, de suerte que, si se considera que la consulta es un deber para el Estado y un derecho para la comunidad indígena o tribal, su vulneración estaría ubicada en el campo extracontractual de la responsabilidad del Estado, con fundamento en que dicha omisión genera un daño antijurídico que los afectados no están en la obligación jurídica de soportarlo.

Encuadrada la omisión de la consulta previa en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, el paso a seguir sería conocer bajo que título de imputación se endilgaría esa responsabilidad al Estado, en decir dentro el régimen subjetivo u objetivo. Recapitulando lo arriba señalado, González Noriega (2009, p. 81) afirma que el Régimen de la Responsabilidad Subjetiva se presenta cuando la administración no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o en forma tardía o el servicio resultó defectuoso por la acción u omisión dolosa del servidor público. Por su parte, Ruiz (2016, pp. 3-10) bajo el título de “Falla en el Servicio” encuadra este Régimen de Responsabilidad Subjetiva y lo divide en cuatro aspectos: falla por retardo, falla por omisión, falla por defectuoso funcionamiento de la administración y falla probada.

La falla por retardo, de acuerdo con el expediente 14721 del 4 de junio de 2008 proferido por el Consejo de Estado, se configura con: i) la existencia para la Administración de un deber jurídico de actuar, ii) el incumplimiento de esa obligación, iii) un daño antijurídico, y iv) la relación causal entre la demora y el daño, advirtiendo que “no todo retardo es causante de daño antijurídico” (Ruiz, 2016, p. 4).

En la falla por omisión de la Administración, lo que se revela es:

(...) Una absoluta ausencia de acción o de funcionamiento de las agencias o entidades del Estado en el cumplimiento de sus funciones legalmente encomendadas y en detrimento de los asociados, y de esa omisión en la prestación de un servicio o el cumplimiento de una obligación contenida en la ley o en los reglamentos, resulta el daño producto de la negligencia injustificada (Ruiz, 2016, p. 5).

En este tipo de falla, jurisprudencialmente se distinguen dos formas, las omisiones laxas y las omisiones en sentido estricto, las primeras se refieren a la negligencia u olvido en los deberes de cuidado y las segundas a un deber legal establecido previamente que el Estado

está obligado a ejecutar y cuyo resultado es el daño ocasionado por el incumplimiento (Ruiz, 2016, p. 6).

La falla por defectuoso funcionamiento de la Administración se refiere al resultado de irregularidades por la mala prestación de un servicio⁸ a cargo de la Administración, o el incumplimiento de un deber legal o constitucional, como llevar a cabo la consulta previa a las comunidades étnicas, lo cual puede coincidir con la comisión de delitos por parte de sus agentes, sin importar, de acuerdo con la jurisprudencia, la intencionalidad del sujeto sino la exteriorización de su comportamiento (Ruiz, 2016, pp. 9-11). Al respecto, la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en fallo del 15 de febrero de 2012 determinó:

(...) para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento... (Consejo de Estado de Colombia, Expediente No. 20880 de 2012).

Frente a la falla probada, Ruiz señala que es “el tradicional régimen de responsabilidad en el que deben demostrarse por la parte interesada todos los elementos que la configuran, como la falla o falta, el daño y el nexa causal”, siendo el resultado de la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, basada en la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación a la entidad pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber legal, pues el artículo 90 de la Constitución Política, como lo relatan los fallos de unificación del Consejo de Estado: 21515 del 19 de abril y 23219 del 23 de agosto ambos del año 2012, la constitucionalización de la responsabilidad del Estado se erige como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin discriminación o excepción alguna, por cuanto la indemnización de los daños que produce la administración son el restablecimiento del equilibrio entre poder y ciudadanía, entre ley y autoridad (2016, p. 11).

Observados los anteriores títulos de imputación del Régimen de la Responsabilidad Subjetiva del Estado, podría establecerse que en cualquiera de ellos es posible predicar responsabilidad estatal y su consecuente reparación en caso de una omisión de la consulta previa, pues la falla o la falta debe ocasionar un daño antijurídico derivado de la pretermisión o incumplimiento de un deber legal y como ha quedado establecido a lo largo de todo este documento, las autoridades administrativas tienen el deber legal de adelantar consultas previas en donde quiera que se verifique la presencia de comunidades indígenas o tribales, de manera que es claro que la omisión de consultar hará derivar una responsabilidad subjetiva del Estado.

⁸ Se entiende por servicio público “toda actividad de una colectividad pública tendiente a satisfacer una necesidad de interés general” (concepto material o funcional), en cuanto se refiere a una actividad, pero en la práctica se presenta un significado orgánico o formal, según el cual es el conjunto de personas y medios que están encargados de desarrollar la función denominada servicio público (Rodríguez, L., 2015, p. 716).

Evaluated the Regime of Subjective Responsibility, it corresponds now to evaluate the Regime of Objective Responsibility, within which, as noted before, citing González Noriega (2009, p. 82) no fault of the service and it must be proven the fact and the damage caused by the State, moreover, in this regime are applied: the theory of the presumption of responsibility, the responsibility of the administration of justice and the responsibility of the legislative function, classification that coincides with the classic theory of separation of powers of the State, corresponding the first theory to the responsibility for antijuridical damages caused by the executive branch of the public power, the second with the judicial branch and the third with the legislative branch.

In contrast, Ruiz (2016) proposes another classification, in which are observed: a) the special damage, b) the exceptional risk, c) the occupation of immovables, and d) the enrichment without cause, which González Noriega (2009, p. 82) proposes within the theory of the presumption of responsibility, which corresponds mainly with the administrative activity of the State, which to be continued will be addressed, in this investigation maintains the relationship with the administrative responsibility of the State derived from the omission of the prior consultation.

The theory of "Special Damage" explains Ruiz (2016) part of the basic principle of modern law of equality of citizens before public charges, which implies "(...) while a citizen bears the same charges as the others, nothing can be claimed against the State, but if he reaches to bear a special charge arises the duty to indemnify at the expense of the latter" (p. 20). This theory arises from the needs of collective life, which require to bear without indemnification the damages resulting from the legal and regular exercise of public power, except that the legislator does not provide otherwise, in a way that the damage produced by the Administration does not obligate the State to repair but in the case in which it is abnormal due to its importance and exceptional characteristics. Generally, it is declared the responsibility of the State for special damage in the unjust deprivation of liberty, in which is preached the objective responsibility, in which must be safeguarded the principles of justice and freedom consigned by the Social State of Law (pp. 20-21).

Objective responsibility for exceptional risk corresponds to the events of dangerous activities, such as the use of official weapons, the execution of determined public works and any situation that implies risk such as terrorist attacks to public objectives close to goods or particular persons, as well, in this modality, the plaintiff is not obliged to prove the exceptional risk nor the defendant to disprove it, and the Administration, only will be exonerated if it demonstrates the existence of a special cause that breaks the causal link (Ruiz, 2016, p. 23).

As for the occupation of immovables, this figure is found in the Colombian legal system since Law 38 of 1918, according to which the State responds if it damages or occupies an immovable with occasion of public works, as well, the recognition of responsibility under this title of imputation, is protected in the principle of equality before public charges that all citizens have, equality that is broken when it is demonstrated that a part or the totality of an immovable was occupied by the Administration, causing damages to the patrimony of the owner in which is generated a special charge (Ruiz, 2016, pp. 29-31).

En el enriquecimiento sin causa, más conocido como acción de in rem verso, por el recurso que procede para endilgar responsabilidad patrimonial al Estado, se basa en el principio constitucional de la buena fe, que se presume de particulares y autoridades públicas, de tal suerte que, si la Administración se lucra o beneficia de una obra, servicio o labor a expensas de un administrado, este principio se ve asaltado, por cuanto el afectado que deposita su confianza en la realización de un negocio jurídico con el Estado y guarda unas expectativas frente al mismo, no ve retribuida su actividad y su patrimonio sufre un detrimento (Ruiz, 2016, p. 34).

De presentarse el enriquecimiento ilícito, el Consejo de Estado ha dicho que la víctima puede interponer la llamada *actio in rem verso*, la cual, jurisprudencialmente, debe contener estos requisitos:

- i) Un enriquecimiento de la parte beneficiada.
- ii) Un correlativo empobrecimiento de la parte afectada.
- iii) Una relación de causalidad.
- iv) Una ausencia de causa jurídica.
- v) Subsidiariedad de la *actio in rem verso* (Consejo de Estado de Colombia, Expediente No. 10030 de 1997).

En el Régimen de la Responsabilidad Objetiva del Estado a diferencia de la subjetiva, no es probable que la omisión a la consulta previa pueda encuadrarse en alguno sus títulos de imputación, pues en este régimen, la Administración actúa en derecho y en virtud de las facultades que otorgan las normas, que en efecto pueden producir daños, ya sea por acción u omisión, sin existir el deber por parte del afectado de probar la falta y del accionado de desvirtuarla, contrario a lo que ocurre en el Régimen de Responsabilidad Subjetiva, en donde dicha omisión o acción, es opuesta al deber legal que debe seguir la autoridad, de tal suerte, que el incumplimiento de la consulta previa a las comunidades étnicas siempre será un quebrantamiento de la norma si se tiene en cuenta que todo su desarrollo a nivel nacional e internacional ha sido normativo.

Aunque también podría considerarse que objetivamente pueden surgir daños antijurídicos a las comunidades étnicas o tribales bajo el título de imputación conocido como el hecho del legislador, el cual se presenta cuando la expedición de una ley ocasiona daños a los coasociados, quienes no tienen el deber jurídico de soportarlos y suponiendo que esa ley hubiese sido expedida omitiendo la consulta previa y con ello se afectó a una de esas comunidades, cabría la posibilidad de demandar al Estado por su responsabilidad objetiva, sin embargo, la jurisprudencia, de acuerdo con Ruiz (2016), ha considerado que esta responsabilidad derivada de la actividad del legislador surge de sus omisiones relativas, las cuales tienen lugar, cuando el legislador omite regular una determinada materia, ocasionando con ello afectaciones a los particulares (p. 201). Al respecto, la Corte Constitucional ha pronunciado lo siguiente sobre la responsabilidad objetiva sobreviniente del hecho del legislador:

Se presenta cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución, que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que este tipo de omisión “está ligado, cuando se

configura, a una "obligación de hacer", que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-173 de 2010).

Visto lo anterior, cuando se trata de una omisión de consulta previa, el legislador no está incumpliendo con el deber de adoptar una determinada ley, pues, como se ha expuesto a lo largo del documento, la ley que exige consultar a las comunidades étnicas existe y es la Ley 21 de 1991 que aprueba el Convenio 169, amén de la Constitución que lo integra a través del Bloque de Constitucionalidad y los demás decretos que han regulado la materia. De manera que en caso de una supuesta omisión del procedimiento de consulta previa en la expedición de una ley, se trataría de una violación a una garantía fundamental, siendo más procedente la acción pública de inconstitucionalidad, cuya competencia corresponde a la Corte Constitucional, como menciona Henao Hidrón (2006), en el sentido que a este tribunal se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en virtud del artículo 241 (p. 95), que entre otras funciones, encomienda a la Corte Constitucional en su numeral 4: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241), siendo en última instancia, la omisión de la consulta previa en la formación de la ley, un vicio de procedimiento.

Estos vicios de formación pueden resultar en alteraciones que además de vulnerar formalmente el procedimiento, transgreden normas sustanciales de carácter constitucional, como la consulta previa, caso en el cual se constituyen en vicios materiales, que vulneran principios o normas sustanciales pudiendo ser objeto de un juicio de inconstitucionalidad en cualquier momento, puesto que la acción frente a estos vicios no está sujeta a término de caducidad, en tanto lo que se protege es la estabilidad del sistema de fuentes e impedir la existencia en el tráfico jurídico de una norma infractora de la Constitución (Sierra, Padrón & Castillo, 2003, p. 180).

Finalmente, como lo ha mencionado la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado en materia de daños:

(...) el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación (Consejo de Estado de Colombia, Expediente No. 31250 de 2014).

Por lo anterior, es el juez contencioso quien definirá el título de imputación por los daños antijurídicos que ocurran con la omisión de la Consulta Previa, motivando su decisión en

las razones fácticas y jurídicas puestas a su consideración y sin que estas clasificaciones se impongan como modelos impositivos, en tal sentido, el presente documento contempla una correlación entre los sistemas de imputación del Régimen de Responsabilidad Subjetiva del Estado y la omisión de la consulta previa, sin que con ello, se pretenda encasillar la responsabilidad del Estado en este régimen, pues la apreciación judicial sobre cuál sistema de imputación se utilice dependerá de las múltiples situaciones fácticas en que ocurra la vulneración de este derecho fundamental, no obstante, el trabajo investigativo realizado sobre fuentes normativas, doctrinales y decisiones jurisprudenciales, permite concluir que en el mencionado régimen de responsabilidad patrimonial puede apreciarse la falta o falla de la Administración con mayor facilidad y establecer un nexo causal que derive en la obligación de reparar por parte del Estado.

3. MEDIOS DE CONTROL Y CONSULTA PREVIA

Los medios de control de la Ley 1437 de 2011, siguiendo a Expósito (2011) pueden tener el carácter contencioso administrativo subjetivo, lo cual ocurre cuando sus pretensiones a diferencia del contencioso administrativo objetivo, no intentan contribuir con el mantenimiento del orden jurídico, sino buscar la reparación (que puede consistir en la compensación de los daños sufridos por la comunidad, como en los fallos de tutela analizados) de un perjuicio causado a un administrado o una entidad pública con ocasión de la expedición de un acto administrativo, una operación administrativa, hecho administrativo u omisión de una entidad pública, así como la celebración, ejecución y/o la liquidación de un contrato estatal (p. 26).

Tales pretensiones de los medios de control, como acertadamente señala Pinzón (2014, p. 8), se concentran en la acción procesal, desarrollo del derecho constitucional de acceso a la justicia contemplado en los artículos 228 y 229 del Estatuto Superior, de manera que, la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo vigente–, al denominar a las pretensiones susceptibles de ser ventiladas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo como “medios de control” a diferencia del derogado Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984– que las llamaba simplemente “acciones” que equivalen a un derecho de carácter procesal general y no a una pretensión determinada.

Con el código vigente, el legislador precisó, más allá de un detalle nominal el alcance de cada pretensión, no obstante, no varió el catálogo de pretensiones que pueden ser discutidas a través del proceso contencioso administrativo enunciadas por el artículo 84 del estatuto derogado, pero si permitió su acumulación sin mayor dificultad, actualmente, a partir del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, pueden clasificarse esos medios de control en: “nulidad o contencioso objetivo, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, repetición, contractual, ejecutivo y electoral” (Pinzón, 2014, Pp. 8 y 9). A esta clasificación pueden agregarse otros medios de control consagrados en los artículos 144 y 145 de la Ley 1437 de 2011 relativos a la protección de los derechos e intereses colectivos y a la reparación de los perjuicios causados a un grupo respectivamente.

A partir de la anterior explicación, algunos de los medios de control previstos en el CPACA, no serán revisados en este documento teniendo en cuenta que sus pretensiones no tienen por fin la reparación de daños y perjuicios, como lo son: la nulidad por inconstitucionalidad (art. 135), el control inmediato de legalidad (art. 136), la nulidad simple (art. 137), la nulidad electoral (art. 139), la pérdida de investidura (art. 143), el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos (art. 146), la nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción (art. 147) y el control por vía de excepción (art. 148).

En contraposición, serán revisados los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138), reparación directa (art. 140), controversias contractuales (art. 141), repetición (art. 142), protección de los derechos e intereses colectivos (art. 144) y reparación de perjuicios causados a un grupo (art. 145), toda vez que por su contenido y alcance, pretenden una reparación y es posible confrontarlos con la omisión del derecho

fundamental de consulta previa a la luz de los casos emblemáticos analizados proferidos por la Corte Constitucional.

Esto a pesar de que la misma Corte, en sentencia T-576 de 2014, consideró que los medios de defensa ante la jurisdicción contenciosa no son idóneos, en la medida que no pueden resolver aspectos distintos a la legalidad de la decisión administrativa, en consecuencia no están en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa y más aún, considera que ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, deberá el juez constitucional considerar:

i) el carácter de derecho fundamental que se le reconoce a la consulta previa, ii) que es él el funcionario responsable de asegurar el ejercicio eficaz de esa categoría de derechos y que iii) las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-576 de 2014).

Argumentos que si bien proceden de una autoridad que es el intérprete de la Constitución y en consecuencia deben acatarse, los argumentos sobre las formas de reparación, además de la constitucionalización del derecho administrativo expuestos en este documento, permiten apartarse del criterio expuesto por la honorable Corte Constitucional, en el sentido que, sin pretender desvirtuar el alcance y larga trayectoria de la acción de tutela en la protección del derecho fundamental a la consulta previa, no implica, que los medios de control del CPACA no sean idóneos y menos bajo la argumentación que ofrece este Tribunal superior, como se pasará a explicar.

En primer lugar, cuando la Corte señala que los medios de control sólo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa y en consecuencia no están en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa, desconoce de plano el artículo tercero de la Ley 1437 de 2011 que consagra: “Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales (...)”, de manera que, si la norma ordena que las autoridades deben ceñirse además de las leyes y los principios presentes en la parte primera del CPACA como también a la Constitución Política, no podría sostenerse que las autoridades están limitadas a resolver aspectos relativos únicamente a la legalidad de una decisión administrativa.

Ahora bien, en gracia de discusión, podría argumentarse que a partir de una interpretación literal del artículo tercero del CPACA, sólo se positivizan las actuaciones de las autoridades administrativas y no de las jurisdiccionales que son las que deciden sobre las pretensiones de los medios de control, pero si se observa el artículo 10 del estatuto contencioso-administrativo, que versa sobre el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, el cual fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 al determinar que: “Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y

reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos (...)” de manera tal, que si el Máximo Tribunal Constitucional, está ordenando a las autoridades de forma genérica, es decir administrativas y jurisdiccionales, aplicar de manera uniforme las disposiciones, entre éstas las constitucionales, a situaciones provenientes de los mismos hechos y fundamentos jurídicos, luego no puede alegarse que la autoridad jurisdiccional desconocerá la Constitución y el precedente jurisprudencial en materia de tutela cuando esté a su cargo la evaluación de la omisión de consulta previa en la formación de una decisión administrativa (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-634 de 2011).

Del mismo modo, en la sentencia C-634 de 2011, la Corte pronunció que las autoridades deben tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado pero de manera preferente las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia y las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad, adicionalmente, señaló frente a la solución de controversias en sede jurisdiccional, que:

(i) pueden concurrir diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión; y (ii) con base en el principio de supremacía constitucional, el juez está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de la Constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos al escrutinio judicial. Por ende, debe adelantar un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema de fuentes (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-634 de 2011)

En consecuencia, a partir de lo señalado por el CPACA y del mencionado pronunciamiento de la Corte Constitucional, las autoridades jurisdiccionales a través de los medios de control, son capaces de discernir más allá de los aspectos relativos a la legalidad, por cuanto si se trata de la consulta previa y concretamente sobre su omisión, el juez administrativo estará obligado a observar y seguir en su interpretación un estricto sistema de fuentes, que van desde la Constitución Política y demás normas pertenecientes al Bloque de Constitucionalidad, así como el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en estas materias, igualmente, es de recordar que el mecanismo de la consulta previa está contenido en la Ley 21 de 1991 que reproduce el Convenio 169, así, en caso de que se ventilarán en la jurisdicción contencioso administrativa únicamente aspectos relativos a la legalidad, la consulta previa se encuentra dispersa en muchas leyes comenzando por la que aprueba el citado convenio.

En segundo lugar, cuando la Corte determina que el Juez Constitucional al estudiar la vulneración de la consulta previa debe observar: a) su carácter de derecho fundamental, b) que es el juez de tutela el funcionario responsable de asegurar el ejercicio eficaz de esa categoría de derechos y c) que las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos, parecen más argumentos que apoyan la acción de tutela como medio pertinente para la protección de este derecho fundamental y

evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sin embargo, apostar por la idoneidad de los medios de control del CPACA, no desmejora la protección de las comunidades, al contrario la amplia, pues la acción constitucional no tiene la naturaleza reparadora con la que cuentan los medios de control.

3.1.Nulidad y restablecimiento del derecho

Expósito (2011) señala que la pretensión de este medio de control es de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible y procede en los mismos términos que la nulidad, esto es, por la (i) infracción de las normas en que deberían fundarse; (ii) sin competencia; (iii) en forma irregular; (iv) con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa; (v) mediante falsa motivación o con (vi) desviación de las atribuciones propias de quien los profirió, conforme a lo establecido en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2.011, de manera que: “la nulidad y restablecimiento del derecho será la herramienta por excelencia con la que se contará para buscar la reparación de un daño que perciben en un derecho subjetivo, con ocasión de la expedición de un acto administrativo” (p. 29).

El artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 dispone lo siguiente:

Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le reestablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de aquel.

Con respecto a la idoneidad de este medio de control frente a la omisión de la consulta previa de las comunidades étnicas diferenciadas, la Corte Constitucional en sentencia T-436 de 2016 ha precisado que la acción de tutela es el mecanismo judicial adecuado para su protección, por cuanto los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho carecen de la idoneidad para resolver la situación inconstitucional que produce la omisión del trámite de concertación de una decisión, al ser estas unas herramientas procesales que no ofrecen una solución clara, omnicompreensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerabilidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-436 de 2016).

El mencionado fallo recalca que la carencia de estos medios de control no se elimina con la flexibilización de la procedencia de las medidas cautelares en el proceso contencioso, debido a que de nada sirve la suspensión provisional del acto, si su firmeza se mantiene en el tiempo de manera expedita, sus efectos continuarán junto con la impotencia de esos recursos para salvaguardar integralmente los derechos de las comunidades indígenas o tribales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-436 de 2016).

Sin embargo, la situación argumentada por la Corte Constitucional tendría lugar en tanto el juez de tutela rechace la pretensión de hacer uso de la acción constitucional como mecanismo transitorio para salvaguardar un derecho fundamental alegando que a través de un medio de control como la nulidad y restablecimiento del derecho se pueden invocar medidas cautelares que suspendan provisionalmente los efectos dañinos ocasionados por el acto administrativo que omitió la consulta previa, caso en el cual la acción de tutela sería más idónea en tanto revocaría el acto administrativo y ordenaría la realización del procedimiento, no obstante, las medidas cautelares no son la definición o última instancia del proceso contencioso administrativo, pudiendo el juez administrativo ordenar en sentencia la anulación del acto administrativo y como restablecimiento del derecho la realización de la consulta y otras medidas reparativas como consecuencia de los daños ocasionados por el acto declarado nulo.

Adicionalmente, en muchas sentencias de tutela como las revisadas se ordenó la suspensión del acto administrativo no su revocatoria, mientras se realizaba el procedimiento de consulta previa, asimismo, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho está en aptitud de ofrecer una solución clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y vulnerable, con base en que la omisión de un deber constitucional y legal en la expedición del acto es una causal de nulidad y su anulabilidad significa que desaparecen de forma definitiva sus efectos jurídicos y el concepto de restablecimiento del derecho, como lo explica Henao (2015, p. 295) es una reparación in natura, siendo la forma por excelencia de reparar daños, siendo una solución clara a la vulneración junto con las otras reparaciones que pretenda el demandante, que a partir de lo que se entiende por reparación integral se lograría también una solución omnicomprensiva.

3.2.Reparación directa

El artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 establece:

En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

Teniendo en cuenta que el fundamento de este medio de control es el artículo 90 de la Carta, no sería correcto afirmar que la reparación directa no es idónea en la búsqueda de una reparación integral de una comunidad étnica transgredida en sus derechos fundamentales, máxime si en fallos emitidos por el Consejo de Estado relacionados con reparaciones de víctimas se aplicaron criterios de reparación integral que bien podrían cobijar casos como el de la represa Urra construido en territorio de la reserva Emberá-Katío del Alto Sinú, en donde la Corte Constitucional consideró que los perjuicios ocasionados por esa pretermisión de la autoridad tuvieron efectos sobre el territorio y frente a los cuales no tenía sentido realizar la consulta previa omitida posteriormente, asimismo, las omisiones a las que se refiere tanto el medio de control como la norma superior, tienen que ver tanto con desconocimientos del deber legal como constitucional.

Al respecto, Galindo (2013), sostiene que la omisión administrativa es la abstención de la entidad pública de un deber constitucional, legal o administrativo, con consecuencias jurídicas, pero esta omisión ocurre bajo ciertas circunstancias, en aquellas hipótesis en que las autoridades administrativas son entes pasivos, simples testigos de los acontecimientos, que producen efectos jurídicos y tal inactividad genera perjuicios, tanto a la propia entidad estatal, como a los administrados, al respecto, el autor trae el ejemplo de la pasividad de las autoridades carcelarias, cuando frente a informaciones sobre el peligro que corren algunos reclusos, no realiza las diligencias necesarias para evitar que suceda algún acto de terceros en su contra (p. 367). En el fallo de tutela sobre el caso del oleoducto de los llanos orientales, podría considerarse la omisión administrativa, en tanto las autoridades ambientales no certificaron que su paso se daría por territorios ancestrales, sin embargo, se descarta este planteamiento porque la Administración expidió licencia ambiental, de manera que se trata de un acto administrativo fuera del alcance de este medio de control, pues sus pretensiones buscan la reparación derivada de hechos, operaciones, y las descritas omisiones administrativas, además de la ocupación temporal o permanente de inmuebles (Galindo, 2013, pp. 367-368).

Como último aspecto de este medio de control frente a la omisión administrativa, la jurisprudencia del Consejo de Estado destaca que para poder constituirse en causa indemnizatoria, exige:

[l]a preexistencia de una obligación de la autoridad estatal que no se hubiere satisfecho, total o parcialmente, la presencia de dos sujetos –quien tiene el deber y el que tiene el derecho correlativo a ese deber–, y la ausencia de una causa extraña en la producción del daño (fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o de un tercero) (Galindo, 2013, p. 367).

3.2. Controversias contractuales

En el medio de control de controversias contractuales, aparte de lo ya mencionado respecto a la inoperancia de la responsabilidad contractual del Estado en materia de omisión de consulta previa, por cuanto el derecho fundamental no emana de las obligaciones surgidas por las partes en el contrato estatal, sino que es inherente a las comunidades étnicas y tribales, por demás consagrado en varias normas comenzando por el Convenio 169. No obstante, se requiere su estudio por cuanto pueden presentarse vulneraciones a los derechos

de las comunidades en desarrollo de contratos estatales, razón por la cual, se evaluará esta herramienta procesal.

El artículo 141 de la Ley 1437 establece:

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas... (Colombia, Ley 1437 de 2011, art. 141).

Para Galindo (2013), este tipo de pretensiones parten de una relación negocial válida o no, entre dos o más partes como presupuesto fundamental y necesario, es decir, de la presencia (aunque sea formal) de un negocio jurídico creador de obligaciones, que en caso de controversia, desavenencia o conflicto, surgidos de dicho vínculo, los contratantes que hubieren celebrado un negocio jurídico público podrán solicitar al juez administrativo, pronunciarse sobre la existencia del contrato, su nulidad o su revisión, el incumplimiento de las obligaciones derivadas, la aplicación de los poderes exorbitantes a favor de las entidades públicas, además del reconocimiento de las condenas o restituciones resultado de las peticiones iniciales (p. 386). Igualmente, las personas legitimadas para interponer válidamente una pretensión contractual, son los contratantes o sus derecho-habientes, entendiendo por éstos las personas que legalmente adquieren derechos de las partes en el negocio jurídico, bien por sucesión –personas naturales–, o en virtud de cesiones o de sustituciones contractuales válidamente efectuadas (p. 395).

Respecto de las pretensiones, Galindo (2013) expresa que por regla general, no son de índole pública, como sí lo son las generales de anulación; su interposición está restringida a las partes de un contrato y a sus derechohabientes y la intervención del Ministerio Público o de los terceros que demuestren algún interés solamente procede cuando se trata de la petición de nulidad absoluta del negocio jurídico, las entidades públicas pueden asumir el papel procesal de demandantes o demandas (pp. 398-399).

En atención a lo descrito, las comunidades étnicas, a menos que sean contratantes o terceros que demuestren interés en el negocio jurídico, podrán solicitar su nulidad absoluta, ahora bien, en tratándose de un derecho fundamental, no sería el medio idóneo, pues sus pretensiones versan sobre obligaciones surgidas de la relación contractual y como se ha establecido, la consulta previa es inherente a las comunidades étnicas. Repetición

Con el medio de control de repetición “el Estado busca recuperar los dineros que haya pagado a terceros perjudicados por un acto, hecho u omisión de un servidor suyo, cuya actuación dolosa o gravemente culposa fue la causante del daño” (Henaó Hidrón, 2006, p. 132) y el artículo 142 de la Ley 1437 dispone:

Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado (Colombia, Ley 1437 de 2011, art. 142).

De la lectura del artículo, se observa que el Estado es el titular de esta acción luego de realizar un reconocimiento indemnizatorio, de tal manera, que la comunidad étnica afectada no podría emplear este medio de control, o técnicamente, repetir contra el servidor público o particular en ejercicio de funciones públicas que con su conducta dolosa o gravemente culposa ocasionó el daño, esto a pesar de tener en cuenta que muchos de los representantes de las comunidades en desarrollo de las jurisdicciones especiales consagradas en la Constitución tienen el cargo de autoridad, no ejercen la función pública, de manera que no se equiparan a la Administración pública, ahora bien, si la falta consistente en la omisión de este mecanismo deriva en una condena de reparación para el Estado, éste perfectamente podría repetir contra los agentes responsables de la falla.

3.3. Protección de los derechos e intereses colectivos y reparación de los perjuicios causados a un grupo

En lo relativo a la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de los perjuicios causados a un grupo contenidos en la Ley 1437 de 2011, artículos 144 y 145 respectivamente, podría pensarse a partir de una primera lectura que son los medios de control idóneos para buscar una reparación cuando se presenta una omisión de la consulta previa, pues sus pretensiones están dirigidas a proteger los derechos colectivos a través de la suspensión de los actos cuando una medida administrativa los amenaza, en el primer caso y la reparación económica de un grupo al que se le ocasionó un daño proveniente de una causa común en el segundo caso y también, porque la consulta previa es un derecho fundamental individual y colectivo de los grupos étnicos, como ha establecido la Corte Constitucional.

Sin embargo, la misma Corte en una de las sentencias analizadas en este documento, concretamente el expediente T-693 de 2011 consideró, remitiéndose al fallo de tutela T-380 de 1993: “que la titularidad grupal de un derecho por una comunidad étnica no puede confundirse con la naturaleza colectiva de otros derechos reconocidos en la Constitución o con el concepto de intereses difusos” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 de 2011). Concretamente, la sentencia T-380 de 1993 especificó:

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-380 de 1993)

Cabe mencionar que, en sentencia T-693 de 2011 se explica que para el año 1993, la Corte “aún no había admitido la naturaleza fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales, y de los derechos colectivos, tales como el derecho al espacio público y a un ambiente sano, junto a los derechos civiles y políticos” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 de 2011), empero, la sentencia T-380 de 1993, hizo esta manifestación con fundamento en que la parte accionada alegó el carácter subsidiario de la tutela y en

consecuencia procedían las acciones populares consagradas por aquél entonces en el Código Civil y no la acción constitucional, sin embargo, la Corporación no admitió este argumento al considerar que la comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una sumatoria de sujetos individuales que comparten derechos o intereses difusos o colectivos, razón por la cual, si procedía la tutela y no las acciones populares y de grupo desarrolladas por el legislador hasta el año 1998 fundadas en el artículo 88 superior.

A partir de lo anterior, es importante resaltar que para la Corte Constitucional, los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos, como el derecho al espacio público y a un ambiente sano, junto con los derechos civiles y políticos son derechos fundamentales, de igual manera, la Alta Corporación reconoce que la consulta previa es un derecho fundamental individual y colectivo, susceptible de ser amparado a través de la acción de tutela, no obstante, la sentencia T-693 de 2011, no fija una posición respecto al uso de acciones populares y de grupo en esta materia y reitera a pesar de la aclaración, la posición fijada por la sentencia T-380 de 1993, razón por la cual se sostiene que no son medios de control idóneos los establecidos en los artículos 144 y 145 de la Ley 1437 de 2011.

Por otra parte, la Ley 472 de 1998 “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones” es la norma especial que regula la materia y por ende, es el referente de los requisitos y otros contenidos que fundamentan las pretensiones de los artículos 144 y 145 de la Ley 1437 de 2011, pero tiene el inconveniente, de acuerdo con Henao Hidrón (2006, p. 81), que el legislador no previó una reparación de carácter integral, sino global, es decir, un tipo de reparación más de tipo pecuniario, en aras de darle mayor celeridad a los procesos que se desprenden de estas acciones, razón por la cual, en caso de daños antijurídicos derivados de la omisión de la consulta previa, no resultarían ser los medios de control adecuados, pues como se ha establecido a lo largo del documento, muchos de los daños ocasionados a las comunidades indígenas no son de tipo pecuniario, requiriendo que sean utilizadas otras formas de reparación.

Marcado contenido patrimonial visible en la redacción del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011, que establece: “puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia”. (Colombia, Ley 1437 de 2011, art. 145), no presente en el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos del artículo 144, pues se observa que la pretensión la integran medidas de reparación *in natura*, como la restitución de las cosas a su estado anterior, tal como señala el primer párrafo del artículo en mención:

“Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”. –Subrayado fuera del texto original– (Colombia, Ley 1437 de 2011, art. 144)

En todo caso, el segundo párrafo del comentado artículo establece que cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, en ninguno de los dos eventos podrá el juez anular el acto o el contrato, a pesar de poder adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, situación que en los fallos analizados limitaría la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado con la comunidad, dado que, en caso que se ordenara la restitución de las cosas a su estado anterior, y en consecuencia se exigiera a la Administración realizar la consulta previa omitida, no tendría sentido que ésta se realizara si el acto administrativo o contrato, son el resultado de la violación del procedimiento de consulta.

4. CONCLUSIONES

La consulta previa como derecho fundamental y colectivo de las comunidades étnicas ha tenido un amplio desarrollo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como se pudo evidenciar con la realización de este documento, el cual se hace notar cuando las normas y la jurisprudencia se ven enfrentadas a muchas problemáticas. Conviene, a modo de resumen, nombrar, como casos más relevantes, tres de ellas que fueron evidenciadas en el desarrollo del argumento.

La primera es la cuestión de la flexibilización del mecanismo, aspecto que presenta rasgos de dilema, pues si la intención de la OIT fue posibilitar con ello que la aplicación fuera más expedita y respetuosa de las situaciones y de las características y valores de la comunidad afectada, ello ha terminado, contrario a lo buscado, por impedir contar con un marco concreto para su aplicación, el cual ha podido ser decantado en gran medida gracias a las reglas resultantes de las interpretaciones de la Corte Constitucional en sus fallos. Un segundo problema corresponde al impedimento del derecho al veto de las comunidades, pues su impedimento evidencia la confrontación entre las diferentes visiones de desarrollo que tensan el escenario de la consulta previa y las posibilidades mismas de consentimiento. La tercera cuestión transparentada en el ejercicio conducido en este trabajo atañe a la dificultad de reparar en los casos de omisión de consulta previa, dificultad al parecer consustancial a la relación entre los tres aspectos implicados en el derecho a la consulta previa: el bien protegido, el titular del derecho y el mecanismo de protección establecido para el mismo.

A la fecha son escasos los fallos que han ordenado reparaciones, concretamente compensaciones en materia de consulta previa, vistos comparativamente en proporción a las veces en que se ha omitido el procedimiento. Sólo se relacionan tres fallos de tutela de la Corte Constitucional documentados por Rodríguez (2014) fruto de sus investigaciones en este campo, situación que aparece más pronunciada en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues revisados los fallos del Consejo de Estado relativos a pretensiones reparativas presentes en algunos de los medios de control del CPACA, no se observan pronunciamientos dirigidos a ordenar medidas de reparación de daños a comunidades étnicamente diferenciadas con ocasión de omisiones administrativas relativas al incumplimiento de la consulta previa.

Cabe concluir que probablemente la ausencia de fallos obedece a la relativa novedad del mecanismo, si se tiene en cuenta que la consulta previa fue establecida por el Convenio 169 de 1989 y no se introdujo en Colombia hasta el año 1991, así como que el primer Código Contencioso Administrativo expedido bajo el derogado Decreto 01 de 1984 estuvo vigente hasta el año 2012. Esto último hace suponer, también de forma conclusiva, que con la vieja normativa vigente hasta 2012, no había mecanismo distinto a la tutela para la protección del derecho a la consulta previa. De igual forma, los medios de control previstos en el CPACA no variaron mucho con relación al catálogo ofrecido por el estatuto derogado. Por otra parte, pese a la constitucionalización del derecho administrativo, entendiendo esta transformación como la puesta a tono del ordenamiento administrativo vigente con respecto a la Constitución Política de 1991, no debe olvidarse que las acciones procesales o medios de control provienen de una tradición liberal con marcado carácter individualista y

patrimonial, y las reclamaciones de sujetos colectivos y pretensiones diferentes a las pecuniarias, no cuadran en la lógica de interpretaciones liberales y por ende legalistas de la acción procesal en la jurisdicción contencioso administrativa.

Por último, si bien el presente estudio no controvierte la crítica que realiza la Corte Constitucional sobre los medios de control del CPACA, cuando establece que no son las herramientas procesales idóneas para buscar la protección de la consulta previa porque el juez contencioso administrativo no tiene la capacidad para ordenar las medidas correspondientes con este derecho fundamental, pues su criterio de decisión está determinado por la legalidad, se considera que tal opinión es válida en la medida que el alcance de la acción procesal lo da su intérprete, pero insiste en que no puede olvidarse que el fundamento de la responsabilidad estatal es el artículo 90 de la Constitución Política, el cual irradia a todos los demás medios de control y acciones previstas en otros códigos. De modo que, como sostiene Henao (2015), la noción de reparación integral de daños en materia de responsabilidad del Estado es universal al interior de todas las acciones procesales donde este sea condenado, lo cual supone que en ellas *se pueden y se deben* aplicar de manera uniforme las formas de reparación concebidas por la ley, los tratados internacionales, la doctrina y la jurisprudencia. Se trata de un horizonte más garantista, en virtud de su universalidad y conformidad con los fines de un Estado constitucional *de Derecho* como el colombiano que se ve abocado a enfrentar, resolver las controversias y desafíos de la pluriethnicidad y la pluri(multi)-culturalidad.

5. REFERENCIAS

- Abello, C. J. (2012). Consulta previa en casos de minería para comunidades indígenas y tribales. *Trans-pasando Fronteras*, (2), 111-124.
- Anaya, J. (2010). El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la declaración. En C. Harters, & R. Stavenhagen (Edits.), *El Desafío de la Declaración - Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. Copenhague: IWGIA.
- Ara Pinilla, I. (1990). *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*. Diciembre 09 de 1948.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2001). Resolución 56/83 "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos". Diciembre 12 de 2001.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Septiembre 13 de 2007.
- Bernal, F. J. (2008). *Derecho Administrativo. Programa Administración Pública Territorial* (pág. 299). Bogotá, D.C.: Escuela de Administración Pública -ESAP-.
- Bolívar Herrera, T. (2014). La utilidad de la consulta previa como instrumento político. Estudio de caso: "La Consulta Previa adelantada entre el Resguardo Santa Teresita del Tuparroy la Petrolera BHT Billiton en el año 2010". Bogotá, D.C.: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Bonilla Maldonado, D. (2006). *La constitución multicultural*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores.
- Castrillón Zapata, F. (2002). Colombia: El incierto futuro de los Emberá del Alto Sinú. *Asuntos Indígenas*, 28-34.
- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - DEJUSTICIA & Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC. (2011). *Tejiendo derechos. La reparación a los pueblos indígenas* (Primera ed.). Bogotá, D.C.
- Coase, R. (1960). The problem of social cost: *Classic Papers in Natural Resource Economics*, 87-137.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Extraído Julio 02 de 2018, desde http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.X.htm#_ftn1.
- Condé, H. V. (2004). *A Handbook of International Human Rights Terminology*. Lincoln, Nebraska, E.E.U.U.: University of Nebraska.

Colombia, Decreto 2591 de 1991. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Noviembre 19 de 1991. D. O. núm. 40.165.

Colombia. Decreto 2164 de 1995. Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional. Diciembre 07 de 1995. D. O. núm. 42.140.

Colombia. Decreto 1372 de 2018. Por el cual se adiciona el Capítulo IV, al Título I, de la Parte V, del Libro II del Decreto 1066 de 2015, único reglamentario del Sector Administrativo del Interior, para regular el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y se dictan otras disposiciones, Agosto 02 de 2018.

Colombia. Ley 21 de 1991. Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. Marzo 06 de 1991. D. O. núm. 39.720.

Colombia. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. D.O. núm. 41.094.

Colombia. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. D.O. núm. 47.956.

Consejo de Estado de Colombia. Expediente 10030 de 1997 (C.P: Ricardo Hoyos Duque; Julio 04 de 1997).

Consejo de Estado de Colombia. Expediente 20880 de 2012. (C.P: Olga Melida Valle; Febrero 15 de 2012).

Consejo de Estado de Colombia. Expediente 31250 de 2014 (C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Octubre 20 de 2014).

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-428 de 1992 (M.P: Ciro Angarita Barón; Junio 24 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-380 de 1993 (M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz; Septiembre 13 de 1993).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1997 (M.P: Antonio Barrera Carbonell; Febrero 03 de 1997).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-652 de 1998 (M.P: Carlos Gaviria Díaz; Noviembre 10 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-793 de 2009 (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Noviembre 04 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-173 de 2010 (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Marzo 10 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 de 2011 (M.P: Jorge Iván Palacio Palacio; Marzo 03 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-634 de 2011 (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva; Agosto 24 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-693 de 2011 (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Septiembre 23 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-576 de 2014 (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva; Agosto 04 de 2014).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-485 de 2015 (M.P.: Myriam Ávila Roldán; Agosto 05 de 2015).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-197 de 2016 (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio; Abril 26 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-288 A de 2016 (M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; Junio 02 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-436 de 2016 (M.P: Alberto Rojas Ríos; Agosto 12 de 2016). Dennis Lievano, S., & Silva Silva, G. (2014). La importancia de la cuarta generación de concesiones en el desarrollo de la infraestructura en Colombia. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes.

Due Process of Law Foundation –DPLF–. (2015). Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Washington D.C.: OXFAM.

Durango Álvarez, G. (2008). Derechos Fundamentales de los pueblos indígenas. El caso del pueblo Embera Katío y la represa de Urrá: un análisis desde la Corte Constitucional Colombiana. *Opinión Jurídica*, 7(14), 33-52.

Escobar Gil, R. (1999). *Teoría General de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá, D.C.: Temis.

Estupiñán, R. & Ibáñez, J. (2014). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. *Derechos Humanos de los grupos vulnerables*, 301-336.

Expósito Vélez, J. C. (2011). Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de Lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) Requiere de un análisis profundo, debido al nuevo alcance que trae a figuras tradicionales del Derecho Administrativo colombiano. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (6), 25-45.

Fajardo Sánchez, L. A., Abondano Lozano, D. C. & García Lozano, L. F. (2008) *Los invisibles y la lucha por el derecho en Colombia*, Bogotá, D.C.: Universidad Santo Tomás.

Ferrajoli, L. (2002). Iuspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía* (16), 7-20.

García Lozano, M. F. & Duarte Castilla, D. R. (2014). Dicotomías en el sistema jurídico indígena: La debilidad de un garantismo extremo. *Verba Juris* 31, pp. 205-218.

Galindo Vacha, J.C. (2013). *Derecho Procesal Administrativo* (T. 1). Bogotá, D.C., Temis.

García Lozano, L. F. & Burgos, G. (2015), *Independencia y acceso a la justicia en clave de poblaciones vulnerables*. Bogotá, D.C.: ILSA.

García Lozano, L. F. (2016). ¿Del Estado de Derecho al Estado de los Jueces? Transformaciones del Derecho en los Estados Plurales. *Saber, Ciencia y Libertas*, 11 (1), pp. 73-89.

García Lozano, L. F. (2016). La incorporación de la perspectiva de género y la etnicidad en el campo jurídico colombiano. *Revista Justicia*, 21 (30), pp. 70-85. <http://dx.doi.org/10.17081/just.21.30.1350>.

García Lozano, L. F. (2016). La tensión de los derechos: soberanía nacional vs. Soberanía territorial. *Prolegómenos*, 19(37), 147-162.

Gaviria Dugand, A. (2013). Tensiones que se escapan de las manos (invisibles) del mercado: Una mirada al desarrollo turístico en Cartagena de Indias. 131.

González Noriega, O. C. (2009). Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el hecho de las leyes. *Revista UIS Humanidades*, 37 (1), 77-86.

González Perafán, L. (2012). El consentimiento previo libre e informado una necesidad en el contexto colombiano para las comunidades indígenas, afrodescendientes, Rom, raizales y campesinas. En *International Alert, Consentimiento y consulta previa libre e informada en Colombia, Ecuador y Perú* (pp. 10-17). Bogotá, D.C.

Gordillo, A. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo* (Octava ed., Vol. Tomo I). Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.

Haarscher, G. (1987). *Philosophie des droits de l'homme*. Bruselas: Éditions de l'Université de Bruxelles. Henao Hidrón, J. (2006). *Derecho Procesal Constitucional. Protección de los derechos constitucionales* (Segunda ed.). Bogotá, D.C.: Temis.

Henao, J. C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado* (28), 277-366.

Hernández Becerra, A. (2012). El derecho de las minorías étnicas a la consulta previa. *Memorias del Seminario Internacional* (pp. 9-13). Bogotá, D.C.

Hillón Vega, Y. (2014). La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales. *Revista de Derecho* (41), 83-111.

International Labour Organization –ILO–. (1996-2017). Disponible en <https://www.ilo.org/>.

Juzgado 1° Civil de Quibdó Especializado en Restitución de Tierras de Colombia. Auto Interlocutorio 074 de 2016 (J.C: Mario José Lozano Madrid; Abril 19 de 2016).

Lancheros Gámez, J. C., & Burgos, C. (2017). Centro de Estudios Jurídicos- Derecho Justo. Extraído Agosto 07 de 2018, desde <http://web.derechojusto.org/sites/default/files/2017-10/Consulta%20Previa%20en%20Colombia.%2010%20preguntas%20y%20respuestas.pdf>

López Cárdenas, C. M. (2009). Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios socio-jurídicos*, 11 (2), 301-334.

Manrique Niño, J. I. (2007). La reparación del daño antijurídico en la prestación del servicio público de la educación. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(1), 207-246.

Manrique Zuluaga, V. (Agosto de 2015). *La Consulta Previa en Colombia*. 54.

Martínez, P. (2016, Abril 24). ¿Qué significa reparar integralmente? *El Telégrafo*. Extraído Agosto 06 de 2018, desde <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/que-significa-reparar-integralmente>.

Millán, C., Niño, M. I., Rincón, J. C., & Rojas Fajardo, P. (2010). Línea jurisprudencial sobre la consulta previa a comunidades indígenas en Colombia. Disponible en https://jkrincon.files.wordpress.com/2010/09/final_de_juez_definitivo.pdf.

Ochoa Álvarez, E. J. (2015). *Relaciones entre comunidades e industria extractiva de hidrocarburos. Historia y situación actual*. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes.

Patiño Palacios, L. A. (2014). Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 7, 69-111.

Pinzón Muñoz, C. E. (2014). *El procesamiento del medio de control de la reparación directa*. Bogotá, D.C.: Doctrina y Ley.

- Rodríguez Garavito, C. M., Morris, M., Salinas, N. O., & Buriticá, P. (2009). La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. *Documentos* (02), 1-52.
- Rodríguez, G. A. (2008). La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia. *Revista Semillas* (36/37), 2-10.
- Rodríguez, G. A. (2014). De la consulta previa al consentimiento previo, libre e informado a pueblos indígenas en Colombia (Primera ed.). Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Rodríguez, L. (2015). *Derecho Administrativo general y colombiano* (19ª Ed.). Bogotá, D.C., Temis.
- Rousset Siri, A. J. (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, I (1), 59-79.
- Ruiz Orjuela, W. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes* (Tercera ed.). Bogotá, D.C.: ECOE Ediciones.
- Salinas Alvarado, C. E. (2011). La Consulta Previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia. *Derecho del Estado* (27), 235-259.
- Salvioli, F. (2003). Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En *En defensa de la Constitución: un homenaje a Germán Bidart Campos* (pp. 143-155). Buenos Aires: EDIAR.
- Sandoval Garrido, D. A. (2013). Reparación integral y reparación civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado* (25), 235-271.
- Semper, F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. (I. Ed. UNAM) *Anuario de derecho constitucional latinoamericano* (2), 761-768.
- Sierra, H., Padrón, F., & Castillo, M. (2014). Vicios formales de la ley. Análisis desde la Jurisprudencia Constitucional Colombiana. *Revista Derecho del Estado* (14), 177-195.
- Sociedad Colombiana de Consultoría. (2014). *En Estudio de Caso: Consulta previa e informada a las comunidades indígenas en Colombia* (p. 54). Bogotá, D.C.
- Stavenhagen, R. (2007). *Los pueblos indígenas y sus derechos*. México: Oficina en México de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos. En C. (. Rodríguez, El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI (pp. 109-137). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A.

Vela Perdomo, C. J. (2011). La consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 OIT y su eficacia en los resguardos del Gran Pueblo de los Pastos que habitan en el departamento de Nariño. 155.

Verdad Abierta. (2016, Abril 26). Urge protección de indígenas de Acandí, Chocó. Extraído Agosto 05 de 2018, desde <https://verdadabierta.com/urge-proteccion-de-indigenas-de-acandi-choco/>.

Yate Cortés, S. (2013). Consulta previa y derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas: caso Yaigojé-Apaporis. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes.

Younes Moreno, D. (1997). Curso de Derecho Administrativo (Sexta ed.). Bogotá, D.C.: Temis.