

CONSULTA PREVIA - Justificación

De acuerdo con el artículo 1º de la Constitución Política, el Estado colombiano es democrático, participativo y pluralista. Como expresión de este carácter, la diversidad étnica y cultural son objeto de especial protección dentro de nuestro ordenamiento. Uno de los mecanismos que existen para materializar este deber lo constituye el derecho fundamental a la consulta previa, la cual ha sido concebida como: “[L]a garantía instituida a favor de los pueblos indígenas y tribales de contar con un espacio previo y efectivo para pronunciarse y hacer manifiesta sus opiniones sobre todos aquellos (i) proyectos, obras o actividades (tema objeto de consulta), o (ii) medidas legales o administrativas, que puedan alterar sus formas de vida, incidir en su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en sus costumbres, tradiciones e instituciones”. A través de la consulta previa se busca que las comunidades étnicas puedan decidir sus prioridades en materia de desarrollo y organización y que las medidas que las afecten sean respetuosas de su vida, creencias e instituciones. El derecho a la consulta previa encuentra fundamento jurídico tanto en instrumentos internacionales, como en disposiciones del orden nacional. Así, debe mencionarse principalmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, el cual fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 21 de 1991. (...) El derecho a la consulta previa ha sido también desarrollado a través de otros instrumentos legales y administrativos. Dentro de estos pueden señalarse: i) la Ley 70 de 1993, ii) la Ley 99 de 1993 (artículo 76), iii) el Decreto 1320 de 1998, iv) la Directiva Presidencial 10 de 2013 y v) el Decreto 2163 de 2013.

FUENTE FORMAL: CONVENIO 169 DE LA OIT / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 7 / LEY 21 DE 1991 / LEY 70 DE 1993 / LEY 99 DE 1993 – ARTICULO 76 / DECRETO 1320 DE 1998 / DECRETO 2163 DE 2013

CONSULTA PREVIA - Características

A la luz de la profusa jurisprudencia existente, la consulta previa goza de las siguientes características: i) Es considerada un derecho fundamental, cuyos titulares son las comunidades étnicas. ii) Corresponde también a un deber estatal en virtud del cual el Estado debe: a) desembolsar los recursos económicos necesarios para adelantar las actividades de la consulta, cuando sea necesario, y b) proveer información completa, detallada y exacta sobre las medidas a tomar. Asimismo, es el Estado quien tiene el deber de llevar a cabo la consulta, sin importar si se trata de proyectos de su propia iniciativa o de sujetos distintos. iii) De acuerdo con la jurisprudencia interamericana, es también un principio general del derecho internacional. iv) Constituye igualmente un instrumento para materializar los derechos a la integridad, identidad, autonomía y pluralidad étnica, cultural y social de los pueblos indígenas, afrocolombianos y tribales. v) Tiene como propósitos principales proteger la integridad de las comunidades étnicas y garantizar a estas la definición de su destino y su subsistencia. Adicionalmente, la consulta previa busca obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades étnicas frente a las medidas que las afecten. vi) Es una forma de concreción del poder político que la Constitución reconoce como valor fundamental del Estado. vii) Representa un desarrollo especial y cualificado del principio democrático. viii) No implica un derecho para vetar la medida. Por lo tanto, la consulta previa no puede utilizarse como un mecanismo arbitrario para evitar la implementación de una medida administrativa o legislativa. ix) El no adelantar a cabo la consulta previa aparece como consecuencia una violación de

la Carta Política. x) El análisis para establecer si debe adelantarse el procedimiento de consulta previa debe hacerse caso a caso.

PROCEDENCIA DE LA CONSULTA PREVIA – Afectación directa de la comunidad étnica / CONSULTA PREVIA – Procedencia frente a leyes aprobatorias de tratados internacionales

El procedimiento de consulta previa debe adelantarse en aquellos casos en los cuales se afecta de manera directa a la comunidad étnica, afectación que puede tener lugar con ocasión de un proyecto, obra o actividad o la adopción de una medida administrativa o legislativa. En esta última se encuentran incluidas las leyes aprobatorias de tratados internacionales. Respecto a la consulta previa en el caso de medidas legislativas, inicialmente la jurisprudencia consideró que la misma no era necesaria, pues esta debía tener lugar al momento en que la ley fuera objeto de desarrollo o implementación. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia varió su postura al indicar que la consulta previa sí debía cumplirse en aquellos casos en que se presentara una afectación directa de la comunidad étnica. (...) Ante el carácter amplio y complejo del término “afectación directa”, la jurisprudencia nacional ha identificado una serie de criterios, no taxativos, que deben tomarse en cuenta para establecer la ocurrencia de esta. Así, en la sentencia C-1051 de 2012 se señalaron los siguientes: i) La regulación de materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT da lugar a una afectación directa. En este sentido, se ha indicado que sería necesario realizar la consulta previa cuando se trate de medidas relacionadas con: a) la prospección o explotación de los recursos existentes en los territorios de los pueblos indígenas o tribales, b) el traslado o reubicación de estos de las tierras que ocupan, c) la capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas por fuera de la comunidad, d) la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional, e) las condiciones para crear instituciones de educación y autogobierno, y f) la enseñanza y conservación de la lengua. (...) ii) Debe tenerse en cuenta el significado que para las comunidades tengan los bienes o prácticas sociales afectadas con la medida. iii) Asimismo debe revisarse si la medida afecta los intereses de las comunidades: “La gravedad de la afectación de la medida legislativa debe igualmente evaluarse, teniendo en cuenta “aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas”. iv) Puede existir una afectación directa cuando la medida tiene como propósito principal regular una o varias comunidades étnicas o tiene mayores efectos en estas que en el resto de la población. v) Se presenta una afectación directa si la medida legislativa regula materias sobre las cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos. vi) Puede existir también una afectación directa cuando se trata de asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos, tales como el territorio en sí mismo, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades. vii) Para determinar la afectación directa de una medida legislativa debe tomarse en consideración si esta es de aplicación directa, o si por el contrario consagra un marco normativo general que tiene que ser desarrollado posteriormente a través de otros actos jurídicos, como leyes y actos administrativos. viii) Finalmente, la ocurrencia de una afectación directa puede establecerse teniendo en cuenta los antecedentes históricos de la medida. Ahora bien, también es importante destacar la importancia que tiene en el estudio del requisito de la afectación directa la materia objeto de la medida, especialmente cuando se trata de medidas de naturaleza general no dirigidas de forma particular o concreta a las comunidades étnicas. (...) Dentro de las medidas legislativas que pueden afectar directamente a las comunidades étnicas se encuentran las

leyes aprobatorias de tratados internacionales. Frente a estas, la jurisprudencia ha indicado con claridad que el control que realiza la Corte Constitucional a las leyes aprobatorias incluye la verificación de que se haya satisfecho el requisito de consulta previa cuando el texto del tratado afecte directamente a las comunidades étnicas.

AFECTACIÓN DIRECTA DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS POR TRATADOS INTERNACIONALES – Casos en que no se produce

La Corte Constitucional ha considerado que no existe una afectación directa de las comunidades étnicas cuando el respectivo tratado o convenio internacional: i) No establece áreas específicas del territorio nacional en las que se desarrollarán las actividades objeto del tratado. ii) No tiene como objeto el desarrollo de actividades de explotación de recursos naturales en áreas de influencia directa de las comunidades étnicas colombianas. iii) Sus disposiciones son aplicables de manera general, abstracta e impersonal a todos los nacionales colombianos. iv) No contiene una regulación específica para las comunidades étnicas. v) No tiene una mayor incidencia en los territorios de las comunidades, pues el acuerdo no se limita a las zonas habitadas por estas. vi) Aunque algunas de sus disposiciones se refieren expresamente a las comunidades étnicas, se trata simplemente de reiteraciones de instrumentos internacionales firmados con anterioridad. (...) vii) No impone restricciones o gravámenes ni concede beneficios a las comunidades étnicas. viii) No afecta la identidad o integridad cultural, social y económica de estas. ix) No establece una regulación integral de la materia. (...) x) No afecta las actividades tradicionales de las comunidades. xi) No redefine o altera el territorio de estas últimas.

PROTOCOLO DE NAGOYA – Objetivos

El Protocolo de Nagoya desarrolla el Convenio de Diversidad Biológica, el cual contiene tres objetivos fundamentales: 1. La conservación de la diversidad biológica, 2. La utilización sostenible de sus componentes y, 3. La participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. Con base en los anteriores objetivos, en particular el tercero de ellos, en el marco de la Conferencia de las Partes del Convenio celebrada en el año 2010 se adoptó el Protocolo de Nagoya como una respuesta a las inquietudes sobre el acceso a los recursos genéticos, el conocimiento tradicional asociado a ellos y los beneficios que se deriven de su utilización. (...) Por su parte el artículo 8º del Protocolo establece ciertas condiciones que cada Estado deberá tener en cuenta al aplicar y/o adoptar su legislación interna para regular el acceso y la participación en los beneficios. Así, debe: a) promoverse y alentarse la investigación que contribuya a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, b) prestarse debida atención a los casos de emergencias presentes o inminentes que creen amenazas o daños para la salud humana, animal o vegetal, y c) considerar la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura y el rol especial que cumplen para la seguridad alimentaria.

PROTOCOLO DE NAGOYA – Necesidad de consulta previa por modificar el estatus de las comunidades étnicas / PROTOCOLO DE NAGOYA – Regulación de la explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades étnicas

Para resolver los interrogantes planteados en la consulta es necesario determinar si el Protocolo de Nagoya requiere de la celebración de un procedimiento de

consulta previa, antes de que sea sometido a la aprobación del Congreso Nacional. Para la Sala la respuesta a este interrogante es positiva, pues el Protocolo modifica el estatus de las comunidades étnicas al otorgarles un nuevo derecho o prerrogativa. Además, desarrolla una materia reconocida en el Convenio 169 de la OIT y en el artículo 330 de la Constitución Política al regular la explotación de recursos naturales. Igualmente, el Protocolo contiene disposiciones vinculadas con elementos de interés y significado para las comunidades. En el caso objeto de estudio la necesidad de adelantar la consulta previa para incorporar el Protocolo de Nagoya al ordenamiento jurídico colombiano encuentra sustento en el hecho de que su contenido modifica el estatus de las comunidades étnicas y por tanto se produce una afectación directa sobre estas. En efecto, el numeral 2º del artículo 6º del Protocolo de Nagoya reconoce el derecho a las comunidades indígenas y locales de otorgar el acceso a los recursos genéticos, cuando así les corresponda. (...) Por lo tanto, al establecer el numeral 2º del artículo 6º del Protocolo un nuevo derecho para las comunidades indígenas y locales se está modificando su estatus, y en consecuencia afectando de forma directa a estas. Adicionalmente, el numeral 4º del artículo 12 del Protocolo de Nagoya también impacta directamente a las comunidades étnicas, pues establece una medida de protección en favor de estas al prohibir a las Partes del Protocolo restringir, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales. (...) La jurisprudencia nacional ha establecido que procede la consulta previa en el caso de medidas que: i) están relacionadas con la explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades étnicas, ii) se refieren a asuntos contenidos por el Convenio 169 de la OIT y iii) regulan materias sobre los cuales las comunidades tienen derechos constitucionales específicos. Dentro de este marco, se justifica la realización de la consulta previa en el caso del Protocolo de Nagoya toda vez que este instrumento internacional regula el acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales, actividad que constituye una forma de explotar recursos naturales dentro del territorio de las comunidades étnicas. (...) Por lo tanto, la consulta previa encuentra sustento habida cuenta que el Protocolo de Nagoya es una medida que concierne a la explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades étnicas, actividad contenida en el Convenio de 169 de la OIT (artículo 15 del Convenio 169 de la OIT), y sobre la cual los pueblos indígenas tienen el derecho a ser consultados (artículo 330). (...) La jurisprudencia también ha señalado que en la determinación de la afectación directa de las comunidades debe tomarse en consideración el significado que para esta tienen los bienes o prácticas sociales impactadas con la medida. En este sentido, la consulta previa encuentra justificación toda vez que los conocimientos tradicionales son un elemento de gran significado e interés para las comunidades étnicas, pues, no solo su titularidad radica en cabeza de estas, sino que además se encuentran íntimamente ligados con su identidad y posibilidades de supervivencia. (...) Ahora bien, la consulta previa debe realizarse antes de que el Presidente de la República someta el tratado internacional a la aprobación del Congreso.

CONSULTA PREVIA - Procedimiento

Una vez se ha establecido la necesidad de adelantar la consulta previa, la Sala considera apropiado referirse a algunos aspectos del procedimiento que debe surtir. En este sentido, el procedimiento de consulta previa debe: i) Dirigirse a lograr el consentimiento de las comunidades étnicas. ii) Permitir que estas tengan una participación oportuna, activa y efectiva. iii) Tener en cuenta las condiciones culturales de cada comunidad. iv) Garantizar la participación de todas las

comunidades afectadas. v) Desarrollarse de manera respetuosa y de buena fe, y vi) Como mecanismo de protección, permitir la participación de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo. En relación a actividades concretas a adoptar dentro del procedimiento de consulta previa, resulta útil acudir a lo indicado en la sentencia T-576 de 2014 de la Corte Constitucional en la cual se ordenaron una serie de acciones a desarrollar en una consulta previa de una medida de carácter general. En este sentido, para el caso objeto de estudio podría procederse de la siguiente manera: i) Debe permitirse la participación de todas las comunidades étnicas que se consideren con derecho a participar en el proceso de consulta, sin importar si son rurales o urbanas, o la forma organizativa que tengan. Dicha participación debe adelantarse a través de delegados escogidos por ellas. ii) Con el propósito de garantizar los principios de publicidad, transparencia y buena fe, la convocatoria al proceso consultivo debe publicarse, al menos, en la página web del Ministerio del Interior, el sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y en periódicos de circulación nacional y regional. iii) Debe indicarse en la convocatoria la fecha, hora y lugar en la que se adelantará la primera etapa del proceso consultivo (preconsulta) así como también el objeto de la misma. iv) Igualmente, debe publicarse, a través de los medios señalados en el numeral ii) tanto el texto del Protocolo de Nagoya, como un documento explicativo que presente de forma sencilla y comprensible el contenido del Protocolo. v) El Ministerio del Interior debe contar de forma permanente con un link de fácil visibilidad o acceso en su página web a través del cual los interesados puedan acceder a los documentos señalados en el numeral anterior, al cronograma del proceso consultivo (que deberá definirse de manera concertada en la etapa de preconsulta) y a los informes sobre los avances y acuerdos que se vayan alcanzando en el desarrollo del proceso. vi) Se debe contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación. Igualmente, si se considera apropiado, podría invitarse a la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Bogotá D.C., veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00057-00(2334)

Actor: MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE

El Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible consulta a la Sala acerca de la necesidad de agotar la consulta previa con las comunidades étnicas para iniciar el proceso de ratificación del “Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se

deriven de su utilización” y para las medias legislativas que desarrollen de manera específica el objetivo del tratado.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta, el Ministerio presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. El “Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización” fue adoptado en el año 2010 en el marco del Convenio sobre Diversidad Biológica. Su entrada en vigencia inició en el año 2014.

2. A pesar de que Colombia tuvo un papel activo en la negociación del tratado y fue el primer país en firmarlo (en febrero de 2011), aún no ha iniciado el proceso de ratificación.

3. El Protocolo se aplica a los recursos genéticos definidos en el artículo 2º del Convenio sobre Diversidad Biológica. Su ámbito de aplicación se extiende a los beneficios que se derivan de la utilización de los referidos recursos. También se refiere a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

4. El Protocolo constituye un instrumento jurídicamente vinculante a nivel internacional, que actúa como salvaguarda para los pueblos indígenas y comunidades locales y demanda de los obligados garantizar el respeto y la protección de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, así como también el reconocimiento de los beneficios a la respectiva comunidad.

5. A través de la Ley 31 de 1967 se incorporó al ordenamiento nacional el Convenio 107 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre “Protección e Integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes”, iniciándose de esta manera la protección de los derechos de los grupos étnicos. Posteriormente mediante la Ley 21 de 1991 se adoptó el Convenio 169 de la OIT “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes”, el cual obliga a los Estados partes a considerar el parecer de los pueblos indígenas y tribales antes de proferir decisiones legislativas o administrativas que puedan afectarlos. Lo anterior con el fin de permitir a las comunidades asumir el control de sus instituciones y de sus formas de vida, y decidir lo pertinente a su desarrollo económico. El Convenio, en virtud del artículo 93 de la Carta Política, hace parte del bloque de constitucionalidad.

6. La consulta de los pueblos indígenas para la adopción de medidas administrativas y legislativas que los afecten encuentra reconocimiento, además del artículo 6º del referido Convenio 169 de la OIT, en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

7. Asimismo, la Constitución Política concede especial protección al derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos en aquellas decisiones que los puedan afectar, protección que se traduce en permitir que las comunidades participen de manera libre, previa e informada.

8. Frente a la necesidad de adelantar un procedimiento de consulta previa para la ratificación de protocolos o tratados internacionales de carácter general, la

jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-317/12 que la consulta no debía realizarse respecto a la medida legislativa, sino ante los posteriores desarrollos derivados de esta, los cuales son los que finalmente regulan la materia.

9. Sin embargo, esta postura fue modificada posteriormente a través de la decisión C-1051/12, en el sentido que de la obligación de consultar a las comunidades étnicas surgía, independientemente de si la medida legislativa es de carácter general y requiere de acciones ulteriores para su aplicabilidad.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *“Teniendo en cuenta los dos fallos mencionados, para el caso de la Ley aprobatoria del Protocolo de Nagoya considera el Consejo de Estado que el Ministerio de Relaciones Exteriores, conjuntamente con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, puede proceder a presentar directamente el Proyecto de Ley aprobatorio del Protocolo del Congreso? En caso afirmativo, considera el Consejo de Estado que debe adelantarse consulta previa para el desarrollo de la legislación interna encaminada a la implementación del Protocolo en Colombia?”*

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder a las distintas preguntas objeto de la consulta, la Sala se referirá en primera instancia a: i) las sentencias C-317 de 2012 y C-1051 de 2012 de la Corte Constitucional, ii) la consulta previa a las comunidades étnicas y iii) el Protocolo de Nagoya.

1. Las sentencias C-317 de 2012 y C-1051 de 2012

Teniendo en cuenta que el ministerio consultante se refiere a las sentencias C-317 de 2012 y C-1051 de 2012 de la Corte Constitucional, a continuación la Sala hará una breve referencia de cada una de estas decisiones.

1.1. La sentencia C-317 de 2012

En esta decisión la Corte Constitucional estudió la exequibilidad del Acto Legislativo 05 de 2011, *“por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones”*.

Dentro de su análisis la Corte identificó el siguiente problema jurídico:

¿El Acto Legislativo 05 de 2011 conlleva una afectación directa, específica y particular sobre los pueblos indígenas y tribales del país, en forma tal que se active la obligación internacional y constitucional del Gobierno colombiano de llevar a cabo un proceso de consulta previa antes de su trámite ante el Congreso?

Frente a este interrogante, la respuesta fue negativa al considerarse que:

“(…) el Acto Legislativo 05 de 2011 no consagra una regulación constitucional integral del sistema de regalías, sino que por el contrario, únicamente sienta las

bases constitucionales generales del sistema, y remite por mandato expreso del nuevo inciso 2 del artículo 360 Superior a una ley de desarrollo en la cual se habrá de consagrar, con todo su detalle, el régimen legal de las regalías en Colombia.”

(...)

Por las anteriores razones, la Corte concluye que el Acto Legislativo 05 de 2011, al no incorporar en sí mismo ninguna medida susceptible de afectar directa y específicamente a los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes del país, no debía ser obligatoriamente materia de consulta previa – lo que sí ocurrirá con la ley de desarrollo del sistema de regalías a la que alude el inciso 2 del nuevo artículo 360 de la Constitución, tras la reforma introducida por el Acto Legislativo que se revisa”.

Adicionalmente, la Corte exhortó al Congreso a establecer un marco legal que regule en forma comprensiva y consistente con el derecho internacional y la jurisprudencia constitucional, el derecho de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes a la consulta previa, libre e informada de las medidas legislativas, administrativas u otras, que les puedan afectar directamente.

1.2. La sentencia C-1051 de 2012

En esta oportunidad la Corte adelantó el proceso de revisión automática de la Ley 1518 del 13 de abril de 2012, *“Por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales’, del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991”.*

El Tribunal Constitucional, luego de haber revisado las reglas sobre la consulta previa en materia de tratados internacionales, concluyó:

“(…) la Corte comparte la posición adoptada por la mayoría de intervinientes, en el sentido de considerar que las normas en él contenidas regulan aspectos que pueden afectar de manera directa a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional. A juicio de la Corporación, las medidas que mediante el referido tratado se pretenden adoptar, tienen vocación de extenderse de manera particular a los grupos diferenciados teniendo en cuenta su especial condición social, económica y cultural. (...) No obstante el carácter general del Acta UPOV de 1991, en el sentido de no dirigirse a regular de manera especial -en aplicación del Convenio 169 de la OIT- la situación de las comunidades indígenas y tribales, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones tienen incidencia directa sobre elementos que son particularmente relevantes para las mismas y que guardan una íntima e indisoluble relación con su modo de vida y de subsistencia, como son el territorio y la explotación de los recursos naturales existentes en éste, concretamente, en lo que corresponde a ciertos aspectos vinculados con la actividad agrícola que desarrollan.(...) el alcance directo y específico de la afectación que el Convenio puede generar sobre las comunidades indígenas y tribales, surge, precisamente, del alcance general e integral que se le dio al mismo, en cuanto que sus previsiones, si bien se dirigen a todos los sectores de la población colombiana cuya actividad está inscrita en el ámbito de aplicación del Convenio, las mismas son susceptibles de afectar a tales comunidades en una dimensión muy particular, cual es, se insiste, la especial vinculación que éstas mantienen con el territorio y los recursos naturales, y, por esa vía, con la protección que podrían aspirar a recibir en desarrollo de la actividad de explotación y manejo de los recursos naturales, o con las limitaciones que podrían surgir como consecuencia de la aplicación del Convenio.”

Finalmente, la Corte resolvió declarar inexecutable la Ley 1518 del 13 de abril de 2012.

Es importante destacar que la Sala no encuentra contradicción entre las sentencias C-317 de 2012 y C-1051 de 2012 de la Corte Constitucional, pues la diferencia del resultado entre ellas obedeció a las características particulares de cada asunto. Así, a pesar de que en ambas decisiones se adelantó el mismo examen jurídico, esto es, si la medida a adoptar afectaba directamente a las comunidades étnicas, el contenido y alcance propio de cada una de las medidas estudiadas llevó a conclusiones distintas. Esta situación no debe percibirse como extraña a la luz de la jurisprudencia nacional, habida cuenta que esta ha señalado que la determinación de la afectación directa debe hacerse caso a caso.

2. La consulta previa

De acuerdo con el artículo 1º de la Constitución Política, el Estado colombiano es democrático, participativo y pluralista¹. Como expresión de este carácter, la diversidad étnica y cultural son objeto de especial protección dentro de nuestro ordenamiento². Uno de los mecanismos que existen para materializar este deber lo constituye el derecho fundamental a la consulta previa³, la cual ha sido concebida como:

“[L]a garantía instituida a favor de los pueblos indígenas y tribales de contar con un espacio previo y efectivo para pronunciarse y hacer manifiesta sus opiniones sobre todos aquellos (i) proyectos, obras o actividades (tema objeto de consulta), o (ii) medidas legales o administrativas, que puedan alterar sus formas de vida, incidir en

¹ “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

² “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. Constitución Política, artículo 7º. “Desde muy temprano esta Corporación ha entendido que el pluralismo es un objeto de especial reconocimiento y protección constitucional, puesto (i) que en Colombia existe una alta diversidad de culturas e identidades étnicas, (ii) merecedoras de un mismo trato y respeto, (iii) constitutivas de la identidad general del país y (iv) titulares -en igualdad de condiciones- del derecho a reproducirse y a perpetuarse en el territorio con el paso del tiempo”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12. “Los pueblos indígenas y las comunidades negras, afrodescendientes o afrocolombianas son titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2015, T-766/15.

³ “En el desarrollo de su jurisprudencia, en particular en la sentencia C-169 de 2001, reiterada por la sentencia SU-383 de 2003 entre otras, esta Corporación ha indicado que una de las formas de materializar dicha protección constitucional, se da a través del ejercicio del derecho que tienen los grupos étnicos a participar en las decisiones que los afectan”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16. “La Corte ha destacado que el derecho fundamental a la consulta previa tiene sustento constitucional en la visión pluralista de nuestra sociedad, en la adopción de medidas especiales, de carácter favorable, frente a grupos vulnerables (artículo 13 CP); en la diversidad étnica que prescribe el respeto de las diferencias culturales como elemento constitutivo de la Nación (artículo 7º CP) y en el mandato que rechaza la imposición de la forma de vida mayoritaria (artículo 70 CP)”. Corte Constitucional. Sentencia del 26 de junio de 2014, T-396/14. “El derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que tengan el potencial de afectarlos, advirtió, es una modalidad de participación de amplio espectro, que además es la “la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas”. Corte Constitucional. Sentencia del 26 de agosto de 2015, T-550/15.

su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en sus costumbres, tradiciones e instituciones”⁴.

A través de la consulta previa se busca que las comunidades étnicas puedan decidir sus prioridades en materia de desarrollo y organización y que las medidas que las afecten sean respetuosas de su vida, creencias e instituciones⁵.

El derecho a la consulta previa encuentra fundamento jurídico tanto en instrumentos internacionales, como en disposiciones del orden nacional. Así, debe mencionarse principalmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, el cual fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 21 de 1991.

El Convenio tiene como uno de sus objetivos promover la participación de los referidos pueblos en las decisiones que los afectan⁶. En línea con este propósito, el artículo 6º señala:

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

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”.

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de agosto de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290). “En otros términos, de conformidad con el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad, la consulta previa consiste en el deber de, valga la redundancia, “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”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

⁵ “Así la consulta previa se basa en el derecho que tienen los pueblos indígenas de decidir sus propias prioridades dentro de los procesos de desarrollo y planes de organización que tengan dentro de su comunidad, haciendo que las decisiones y las medidas tomadas por el Estado concernientes a la explotación de recursos naturales, a planes de desarrollo sostenible o en medidas que afecten a éstas comunidades, sean proporcionales, coherentes y respetuosas de sus vidas, sus creencias, instituciones y bienestar espiritual, de la cosmovisión en el uso y utilización de la tierra y sus recursos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2015. Radicación número: Radicación numero: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149)B.

⁶ “Este Convenio, el 169, se enmarca dentro de un contexto en el que los Estados se comprometen a garantizar la participación de las comunidades en las decisiones que las afecta. En esa medida, si bien la participación de los pueblos es la piedra angular de ese instrumento internacional, no por ello es el fin último del Tratado. La participación se trata de un presupuesto y un mecanismo para salvaguardar la subsistencia, libre determinación, autonomía, y todos aquellos demás derechos que son reconocidos, no atribuidos, por el Convenio 169 de la OIT. (...) Ahora bien, en este Convenio existe un especial interés en que las decisiones que puedan afectar los derechos indígenas, les sean, cuando menos, consultadas. Se trata de la materialización de su derecho a la participación consagrado desde el preámbulo del Convenio 169 de la OIT y especificado en el artículo 6º de dicho tratado. Esa institución fue denominada por ese instrumento como el derecho a la consulta previa. Sin embargo, como se señaló, el Convenio no solamente se refiere a este derecho pues la consulta tan solo opera como el instrumento que garantiza que sus tradiciones, identidad y autonomía como pueblo no sean cooptadas por la sociedad mayoritaria”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

Asimismo a nivel internacional también se destaca la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual establece en su artículo 19:

“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

A la luz del ordenamiento nacional, el derecho fundamental a la consulta previa encuentra sustento en los siguientes artículos de la Constitución Política: i) 1º, el cual establece que Colombia es un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, ii) 2º, que señala como uno de los fines estatales la participación de todos en las decisiones que los afectan, iii) 7º, que impone al Estado la obligación de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, iv) 40, disposición que reconoce el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, y v) 330, el cual señala que para la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas debe propiciarse la participación de las respectivas comunidades⁷.

El derecho a la consulta previa ha sido también desarrollado a través de otros instrumentos legales y administrativos. Dentro de estos pueden señalarse: i) la Ley 70 de 1993⁸, ii) la Ley 99 de 1993⁹ (artículo 76)¹⁰, iii) el Decreto 1320 de 1998¹¹, iv) la Directiva Presidencial 10 de 2013¹² y v) el Decreto 2163 de 2013¹³.

⁷ En esta dirección, la Corte Constitucional ha indicado frente a la consulta previa: “El concepto de consulta previa fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de distintos pronunciamientos constitucionales que la Corte hizo de la interpretación de los artículos 40 y 330 de la Constitución y el ya mencionado Convenio 169 de la OIT. De acuerdo con esas normas, la obligación de consultar a los pueblos étnicos es a su vez un derecho de dichas comunidades cuando quiera que se vayan a realizar proyectos, obras, actividades, o en general, se tomen o vayan a tomar decisiones que incidan directamente sobre ellos. La garantía consiste en la necesidad de realizar un trámite de consulta complejo y previo a la adopción de cualquier medida que afecte directamente los derechos de los pueblos étnicos. Sin surtirlo, se estará, por un lado, violando un derecho fundamental y, por otro, viciando los actos (de cualquier naturaleza) que se dieron con ocasión de esos procesos”. *Ibidem*. “Según lo ha destacado esta Corporación, el derecho a la consulta previa encuentra pleno respaldo constitucional, en el artículo 7º de la Carta, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, en el 40-2, que garantiza el derecho ciudadano a la participación democrática, en el artículo 70 que establece como imperativo constitucional considerar la cultura fundamento de la nacionalidad, y, de manera particular, en los citados artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento Superior, los cuales, a partir del importante papel que cumple el territorio en la definición de la identidad y supervivencia de los grupos étnicos, prevén expresamente y de manera especial, el derecho a la consulta previa en favor de tales grupos, para definir los asuntos relacionados con la conformación de las entidades territoriales indígenas y con la explotación de los recursos naturales en sus territorios”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

⁸ “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política” (Ley de comunidades negras).

⁹ “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”

¹⁰ “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

¹¹ “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”.

¹² Guía para la realización de consulta previa con comunidades étnicas.

¹³ “Por el cual se conforma y reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones”.

Adicionalmente, la consulta previa ha sido objeto de un amplio estudio y desarrollo por parte de la jurisprudencia nacional.

2.1. Las principales características de la consulta previa

A la luz de la profusa jurisprudencia existente, la consulta previa goza de las siguientes características:

i) Es considerada un derecho fundamental¹⁴, cuyos titulares son las comunidades étnicas¹⁵.

ii) Corresponde también a un deber estatal¹⁶ en virtud del cual el Estado debe: a) desembolsar los recursos económicos necesarios para adelantar las actividades

¹⁴ “Es importante señalar que el derecho fundamental a la consulta previa es un medio y un fin en sí mismo. Su garantía no se cumple única y exclusivamente con la realización de un trámite. Los acuerdos, e incluso desacuerdos, que se produzcan en las reuniones deben generar algún tipo de efecto. Por eso la consulta no debe ser considerada como un derecho procesal que se satisface cumpliendo con ciertas formas. En otras palabras, no basta con hacer “buenas reuniones”, si lo que las comunidades señalan no tiene incidencia alguna sobre la decisión final”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 2 de septiembre de 2009, C-615/09.

¹⁵ “La consulta previa radica en favor de las comunidades étnicas (...) En palabras de la Corte, “lo expuesto hasta acá confirma que la caracterización de cierto grupo como titular del derecho a la consulta previa depende, necesariamente, de que reivindique cierta especificidad, que puede estar vinculada a una historia compartida, a su relación con la tierra o a la presencia de ciertos rasgos comunes, como su fisiología, su lengua, tradiciones, prácticas de producción, organización social, instituciones políticas, etc., lo cual, en todo caso, no implica que la existencia de la comunidad indígena o tribal pueda descartarse, solamente, sobre la base de la ausencia de alguno de esos factores”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. “Ahora bien, esta Sala considera necesario resaltar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, en particular la Ley 70 de 1993, la expresión grupos étnicos incluye a las comunidades indígenas y a las afrodescendientes. Lo anterior ha sido reconocido por este Tribunal, en especial en la sentencia C-461 de 2008, que reiteró que las comunidades afrodescendientes también son consideradas grupos étnicos, titulares de derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, a la conservación, al uso, a la administración de los recursos naturales y a la realización de la consulta previa, en los casos en que se tomen medidas que los afecten de forma directa y específica”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16. “Cabe precisar, que la expresión grupos étnicos en nuestro ordenamiento cobija tanto a las comunidades indígenas como a las afrodescendientes, sector importante de la población, éste último, reconocido por el legislador como grupo étnico especial en la Ley 70 1993, y definido en su artículo 2-5 como “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historias y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia e identidad que las distingue de otros grupos étnicos”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12. “Ahora bien, esta Sala considera necesario resaltar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, en particular la Ley 70 de 1993, la expresión grupos étnicos incluye a las comunidades indígenas y a las afrodescendientes”. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de abril de 2016, C-157/16. “Inicialmente, la Corte ha explicado que el derecho a la consulta previa se extiende en favor de los diferentes grupos étnicos, cualquiera sea su origen y condición, entendiendo que el concepto comprende, para el caso colombiano, a las comunidades y pueblos indígenas y tribales, negros o afro-descendientes y raizales”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. “La Sala concluye que en el presente asunto no era necesaria la consulta previa a los grupos étnicos, toda vez que en las disposiciones del instrumento internacional materia de examen, de los seis anexos que lo acompañan, y de la correspondiente ley aprobatoria, no se encuentran contenidos normativos que afecten de manera directa a las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales, palenqueras o al pueblo Rom.” Corte Constitucional. Sentencia del 27 de abril de 2016, C-210/16.

¹⁶ “Así entendida, la consulta previa se constituye en un mecanismo jurídico de participación de doble vía. Por un lado, es un derecho fundamental de los grupos étnicos y, correlativamente, un deber estatal, en el sentido que corresponde a las autoridades competentes llevar a cabo los

de la consulta, cuando sea necesario¹⁷, y b) proveer información completa, detallada y exacta sobre las medidas a tomar¹⁸. Asimismo, es el Estado quien tiene el deber de llevar a cabo la consulta, sin importar si se trata de proyectos de su propia iniciativa o de sujetos distintos¹⁹.

iii) De acuerdo con la jurisprudencia interamericana, es también un principio general del derecho internacional²⁰.

iv) Constituye igualmente un instrumento para materializar los derechos a la integridad, identidad, autonomía y pluralidad étnica, cultural y social de los pueblos indígenas, afrocolombianos y tribales²¹.

trámites requeridos para que tales grupos participen en el diseño de las políticas que, de acuerdo a su contenido material, les concierna directamente". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

¹⁷ "Como este tipo de reuniones y consultas muchas veces conllevan consigo la erogación de recursos económicos por parte de los líderes de los pueblos, el Estado debe proveer recursos para tal efecto cuando ello resulte necesario". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

¹⁸ "Igualmente, debe apoyar con el previo suministro de la información completa y detallada que dé cuenta con exactitud qué tipo de medidas se van a realizar y que pueden afectar los derechos de las comunidades". *Ibidem*.

¹⁹ "Frente a la autoridad responsable de llevar a cabo la consulta, la Corte ha manifestado que reposa en el Gobierno el deber de promoverla en todos los casos, sin perjuicio de que se trate de proyectos de ley que sean de su propia iniciativa o de iniciativa de sujetos distintos (C.P: art. 155), y siempre que los proyectos impliquen una afectación directa y específica de los grupos étnicos. Ha explicado la jurisprudencia que, en los caso de proyectos que son de iniciativa del Gobierno, a éste le corresponde establecer si la temática propuesta tiene incidencia directa sobre las comunidades tradicionales, para efectos de proceder con el proceso de consulta, previo a la presentación de la propuesta al Congreso de la República. Tratándose de proyectos de ley que no son de iniciativa gubernamental, el Gobierno, "tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, debe acudir a las instancias previstas en la legislación para tales efectos, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos u Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 2006, para definir en ese escenario, las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados antes de que prosiga el trámite legislativo..." Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. "Asimismo, en sexto lugar, está la competencia de las autoridades que deben realizar el proceso de consulta pues, si bien este punto también debe ser establecido en la etapa de preconsulta, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre algunos de los lineamientos que deben tenerse presentes. Por un lado, en lo que tiene que ver con la competencia del Estado, el precedente constitucional estableció que el proceso de consulta es una garantía cuyo deber radica únicamente en las instituciones estatales. Así la actividad o proyecto vaya a ser desarrollado por personas particulares, la consulta previa debe ser realizada por las autoridades gubernamentales correspondientes, previamente a la autorización que legitima a la Administración o los agentes particulares a desarrollar las actividades que pueden afectar directamente a las comunidades. Además, dichas autoridades deben tener suficiente poder de representación y decisión. Por el otro lado, con respecto a la competencia de los representantes de la comunidad del precedente constitucional ha enfatizado que éstos deben ser determinados y autorizados de manera autónoma por la misma comunidad, para que gocen de legitimidad y representatividad, de tal forma que estén habilitadas para hablar y tomar decisiones en nombre de la comunidad, de acuerdo a sus procedimientos y costumbres tradicionales". Corte Constitucional. Auto del 27 de marzo de 2014, Auto 073/14.

²⁰ "Y la jurisprudencia interamericana ha calificado el derecho-deber de consulta previa como una cuestión que ha pasado a integrar la categoría de principio general del derecho internacional: "164. (...) la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional. // 165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Radicación número: Radicación numero: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149).

²¹ "Partiendo del carácter constitucional y fundamental del derecho de consulta previa que, como una manifestación del derecho a la participación, se constituye en el proceso esencial a través del cual se materializan los derechos a la integridad, identidad, autonomía y pluralidad étnica, cultural y

v) Tiene como propósitos principales proteger la integridad de las comunidades étnicas²² y garantizar a estas la definición de su destino y su subsistencia²³. Adicionalmente, la consulta previa busca obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades étnicas frente a las medidas que las afecten²⁴.

vi) Es una forma de concreción del poder político que la Constitución reconoce como valor fundamental del Estado²⁵.

vii) Representa un desarrollo especial y cualificado del principio democrático²⁶.

viii) No implica un derecho para vetar la medida. Por lo tanto, la consulta previa no puede utilizarse como un mecanismo arbitrario para evitar la implementación de una medida administrativa o legislativa²⁷.

social de los pueblos indígenas, afrocolombianos y tribales". Corte Constitucional. Auto del 27 de marzo de 2014, Auto 073/14.

²² "Ello significa que la consulta previa no solo es un fin en sí mismo, sino también es un instrumento de protección y salvaguarda de otros derechos. Esta garantía materializa otras prerrogativas, pero, en particular, la prevalencia y salvaguarda de la integridad étnica". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. "En esta oportunidad, la Corte reitera las reglas jurisprudenciales, en las que se establece que (i) la diversidad de identidades étnicas y culturales debe ser objeto de especial protección y reconocimiento constitucional; (ii) una de las formas de materializar dicha protección se da con el derecho a la participación que le asiste a los pueblos interesados, cuando se va a tomar una medida legislativa o administrativa que los pueda afectar de forma directa". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16.

²³ "Resulta claro, entonces, que el derecho a la participación de las comunidades étnicas no se reduce simplemente a una intervención en las actuaciones administrativas encaminada a asegurar su derecho de defensa; por el contrario, esta Corporación le ha reconocido una significación mayor, en razón de los altos intereses que a través de ella se pretenden garantizar, como en efecto lo son, los referentes a la definición de su destino y a la seguridad de su subsistencia". Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

²⁴ "De lo que se trata es de buscar el consentimiento de la comunidad. La consulta es el móvil, el consentimiento el fin. (...) En síntesis, el derecho fundamental a la consulta previa no se satisface a través de cualquier mecanismo. Las reuniones que se realizan en cumplimiento de esta garantía de las comunidades deben conducir a acuerdos sensatos en los que las posiciones de las comunidades se vean efectivamente reflejadas. De lo contrario, dichas reuniones se convertirían en una burla a los pueblos si sus posturas no son respetadas. Por esa razón es que el propósito de la consulta debe conducir a buscar el consentimiento libre, previo e informado y en algunos eventos, dicho consentimiento será obligatorio". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

²⁵ "Según lo ha destacado esta Corporación, el reconocimiento que la Constitución y el derecho internacional le hacen a la consulta previa, es consecuencia directa del derecho que les asiste a los grupos étnicos "de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, y es a su vez una forma de concreción del poder político que la Constitución promueve como valor fundamental del Estado". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

²⁶ "Por último, como el derecho de consulta, según lo expuesto, además de ser instrumento de garantía de los derechos constituye un desarrollo especial y cualificado del principio democrático debe la Sala recordar que el modelo democrático recogido en la configuración política del Estado Social y Democrático de Derecho es de un profundo calado sustantivo de ahí que en todos los escenarios y procesos democráticos (y la consulta es uno de ellos) deban asegurarse las garantías epistémicas necesarias para con los partícipes". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Radicación número: Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149).

²⁷ "Sobre este aspecto, esta Corporación ha señalado en reiterada y abundante jurisprudencia que la consulta no constituye un derecho al veto. Eso significa que esa garantía no puede convertirse en una barrera arbitraria (carente de razones), para impedir la implementación de medidas administrativas o legislativas. No obstante, esta misma Corporación también ha señalado que a pesar de que la consulta no es un derecho al veto, tampoco, las medidas a implementar, son un derecho a la imposición en cabeza del Gobierno o Congreso o cualquiera que sea el sector. Como se mencionó en párrafos anteriores, por una parte, el objeto y fin del Convenio 169 de la OIT es garantizar los derechos de las comunidades, siendo la consulta un mecanismo de participación". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. "Cuando no sea posible

ix) El no adelantar a cabo la consulta previa aparece como consecuencia una violación de la Carta Política²⁸.

x) El análisis para establecer si debe adelantarse el procedimiento de consulta previa debe hacerse caso a caso. En este sentido se ha indicado:

“La Corte Constitucional ha precisado reiteradamente que es necesario abordar cada medida legislativa en concreto de manera específica y particular, aplicando una metodología de análisis casuístico, porque de la estructura y contenido de cada medida dependerá si existe o no una afectación directa para los pueblos indígenas. En este sentido en la sentencia C-030/08 se afirmó que “en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en los ámbitos que les son propios”²⁹.

2.2. La procedencia de la consulta previa: la afectación directa de la comunidad étnica

El procedimiento de consulta previa debe adelantarse en aquellos casos en los cuales se afecta de manera directa a la comunidad étnica, afectación que puede tener lugar con ocasión de un proyecto, obra o actividad o la adopción de una medida administrativa o legislativa³⁰. En esta última se encuentran incluidas las leyes aprobatorias de tratados internacionales³¹.

llegar a un acuerdo sobre la medida, norma o programa, “el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto”, pero desprovista de arbitrariedad; “atendiendo parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad y buscando mecanismos dirigidos a mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo”.

Corte Constitucional. Sentencia del 30 de abril de 2015, T-247/15.

²⁸ “Con respecto a los efectos que produce la omisión de la consulta previa, ha sostenido la Corte que la misma conlleva una violación a la Constitución Política, en cuanto implica el desconocimiento de un mandato que se integra al propio ordenamiento Superior y al Convenio 169 de la OIT, y que a su vez puede ser identificado y declarado judicialmente en el respectivo juicio de inconstitucionalidad. Ha explicado la Corte que, siendo la consulta previa una expresión de los derechos fundamentales de participación plural e integridad étnica y cultural, su desconocimiento, en los casos en que resulte imperativa, tiene efectos negativos e inmediatos frente a la medida legislativa de la cual era predicable. Bajo ese entendido, la jurisprudencia ha precisado que la ausencia de consulta previa, cuando ella es necesaria, “constituye un vicio [que] impide declarar exequible la ley”, siendo ésta una consecuencia que no pierde aplicabilidad en ejercicio del control automático de constitucionalidad de los tratados internacionales, en el cual la Corporación está obligada a verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa cuando se trate de normas que afecten directamente a las comunidades étnicas. (...) En consecuencia, respecto de medidas legislativas que afecten directamente a las comunidades étnicas, incluyendo dentro de éstas las leyes aprobatorias de tratados internacionales, la ausencia de la consulta previa, cuando tal mecanismo es obligatorio, comporta una violación directa de la Constitución Política, y, conforme con ello, da lugar a (i) la declaratoria de inexecutable de la medida, o en su defecto, a (ii) la adopción de una declaratoria de executable condicionada, ya sea para excluir a los grupos étnicos de la aplicación de la ley, o para decretar la existencia de una omisión legislativa relativa, derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a los grupos étnicos, caso en el cual, se deberán adoptar en el fallo las medidas necesarias para subsanar la referida omisión”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 3 de octubre de 2012, C-767/12.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

³⁰ “Así las cosas, debe concluirse que la expresión “medidas legislativas” utilizada por el mencionado artículo 6° del Convenio, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije bajo la obligación de consulta de todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. (...) Así las cosas, forzoso es concluir que la noción de “medidas legislativas” a que alude el artículo 6° del Convenio 169 es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general,

Respecto a la consulta previa en el caso de medidas legislativas, inicialmente la jurisprudencia consideró que la misma no era necesaria, pues esta debía tener lugar al momento en que la ley fuera objeto de desarrollo o implementación. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia varió su postura al indicar que la consulta previa sí debía cumplirse en aquellos casos en que se presentara una afectación directa de la comunidad étnica³².

Justamente, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente respecto a la afectación directa:

“Como ya se ha mencionado, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en precisar que la consulta previa no procede frente a todo tipo de medida legislativa susceptible de impactar a los grupos étnicos, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlos directamente. Para explicar esta regla, la Corte, a partir de la interpretación del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, ha identificado dos niveles de afectación de los grupos étnicos por parte de medidas legislativas, estableciendo las diferencias existentes entre ellos y definiendo cuándo hay afectación directa.

Ha señalado al respecto que existe (i) “un nivel general” de afectación, que corresponde a las políticas y programas aplicable a todos los colombianos, y que en cierta medida interesan a los grupos étnicos, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación que les permita intervenir en su adopción en condiciones similares a la de los demás integrantes de la población. En estos casos, la posibilidad de intervención de las comunidades étnicas se concreta a través de mecanismos básicos de participación, como ocurre, por ejemplo, con la posibilidad que tienen sus integrantes de concurrir a la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular, o con la posibilidad de que, en desarrollo del carácter público y abierto del proceso legislativo, puedan conocer las iniciativas legislativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos y solicitar audiencias públicas durante el desarrollo del proceso de adopción de las mismas. También el nivel general de participación puede concretarse, en favor de los grupos étnicos, “en las posibilidades abiertas por las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales”.

impersonal y abstracto de carácter no administrativo, entre las cuales se incluye el concepto de Acto Legislativo a que se refiere la Constitución Política de Colombia”. Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2010, C-702/10.

³¹ “Respecto al tipo de medidas que deben ser consultadas previamente con las comunidades étnicas, la Corte de acuerdo con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, reiteró que no se trata solo de medidas administrativas sino también de medidas legislativas, y dentro de estas últimas incluyó las leyes aprobatorias de los tratados internacionales y las reformas constitucionales”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

³² “En efecto, la consulta previa a la adopción de medidas legislativas es el escenario en el que la Corte ha asumido mayores esfuerzos por definir lo que significa que una medida afecte directamente a una comunidad indígena o afrodescendiente; esos esfuerzos obedecen a que la Ley, por su carácter general y abstracto, afecta directamente a todos sus destinatarios, por lo que la Corte consideró, en el primer análisis del tema, que la consulta no era viable frente a medidas legislativas (C-169 de 2001), sino, más bien, en el momento del desarrollo reglamentario de la Ley o en la instancia de aplicación del derecho. Con posterioridad, y en un proceso surgido desde el año 2002 y consolidado en el año 2008, la Corporación terminó por establecer en jurisprudencia uniforme y constante que la consulta sí es procedente, frente a la expedición de normas legales, siempre que se acredite la afectación directa, y presentó los siguientes criterios para evaluar ese aspecto”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2015, T-766/15.

Igualmente, ha manifestado la jurisprudencia constitucional que hay (ii) “un nivel específico” de afectación, que hace referencia a aquellas medidas susceptibles de generar un impacto directo, particular y concreto sobre las comunidades tradicionales, caso en el cual, consciente de su carácter diferenciado y de la necesidad de proteger su identidad cultural diversa a través de espacios concretos de participación, el propio ordenamiento jurídico ha previsto el deber de la consulta previa, como medida especial de protección. En relación con este aspecto, la Corte ha destacado que, dado que es común que las leyes afecten a sus destinatarios, la necesidad de consulta previa solo resulta exigible respecto de aquellas medidas legislativas “susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no [de] aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”³³.

Dentro de este marco, en términos generales la afectación directa:

“[E]s un concepto amplio y complejo que involucra visiones metodológicas que varían dependiendo de cada caso, y que, no se reduce al derecho al territorio. Incluso, ni siquiera ha asimilado el territorio al espacio físico donde se desenvuelve la tensión. La afectación es directa respecto de cualquier tipo de medida y frente a cualquier derecho. Precisamente, esa es la razón por la que no existe un catálogo de hipótesis de afectación.

3.11. Acorde con lo anterior, por ejemplo, la Corte ha indicado que la afectación directa se debe entender como toda medida que “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. En otros términos, la afectación directa se da sin importar que sea favorable o desfavorable, ya que es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados”³⁴.

³³ Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. “En relación con el primer aspecto, esta Corporación en la sentencia C-030 de 2008, determinó que la consulta previa frente a la adopción de medidas legislativas, no debe realizarse frente a toda medida legislativa que pudiere afectarlas, sino exclusivamente “aquellas que puedan afectarlas directamente, siendo uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT”, e igualmente señaló que hay incidencia directa en las comunidades indígenas y tribales “cuando la ley altera el status de la persona o comunidad bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o por el contrario le confiere beneficio”; Criterio que fue igualmente adoptado al efectuar el control de las disposiciones normativas que se integran al orden interno mediante la aprobación de tratados internacionales”. Corte Constitucional. Sentencia del 15 de abril de 2015, C-163/15. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 22 de abril de 2015, C-217/15, Corte Constitucional. Sentencia del 4 de junio de 2014, C-332/14, Corte Constitucional. Sentencia del 3 de octubre de 2012, C-767/12, Corte Constitucional. Sentencia del 26 de enero de 2011, C-027/11, Corte Constitucional. Sentencia del 18 de octubre de 2012, C-822/12, Corte Constitucional. Sentencia del 18 de abril de 2012, C-293/12.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. En esa misma decisión la Corte reafirmó los criterios indicados al señalar: “3.12. Igualmente, en otra providencia, manifestó que: “(i) Se debe consultar cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. (ii) Para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas comunidades indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. (iii) Aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas.” 3.13. Adicionalmente, cuando se trata de medidas legislativas, la Corte, en sentencia C-063 de 2010, explicó que la afectación directa se produce cuando “una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene el resto de la población”, y en la cual se concluye que “no queda lugar a duda que únicamente en ocasiones de afectación directa será obligatoria la práctica de la consulta previa a la o las comunidades indígenas que soportan las

Ante el carácter amplio y complejo del término “afectación directa”, la jurisprudencia nacional ha identificado una serie de criterios, no taxativos³⁵, que deben tomarse en cuenta para establecer la ocurrencia de esta. Así, en la sentencia C-1051 de 2012 se señalaron los siguientes³⁶:

i) La regulación de materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT³⁷ da lugar a una afectación directa. En este sentido, se ha indicado que sería necesario realizar la consulta previa cuando se trate de medidas relacionadas con: a) la prospección o explotación de los recursos existentes en los territorios de los pueblos indígenas o tribales, b) el traslado o reubicación de estos de las tierras que ocupan, c) la capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas por fuera de la comunidad, d) la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional, e) las condiciones para crear instituciones de educación y autogobierno, y f) la enseñanza y conservación de la lengua³⁸.

consecuencias de una medida legal o administrativa”. 3.14. La sentencia T-576 de 2014, por otra parte, sostuvo que “el deber de celebrar consultas se activa siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos interesados en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, lo cual puede ocurrir cuando la respectiva decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de estas comunidades diversas (...) reconociendo además que el impacto que se genera para los pueblos indígenas o tribales es distinto del que produce respecto del resto de la sociedad”. 3.15. Como se puede apreciar, lejos de ser una contradicción, lo que la Corte ha hecho es evitar enumerar las hipótesis de procedencia, privilegiando los análisis según la complejidad y características del proyecto, la medida, la norma, y, por supuesto, las comunidades en tensión”. *Ibidem*.

³⁵ “Ni el Convenio 169 de la OIT ni la jurisprudencia constitucional, han definido taxativamente las causales de procedencia de la consulta. Eso se explica en tanto la consulta previa no es un trámite rígido sino que depende y varía según las circunstancias de cada caso y las condiciones particulares de los pueblos. Entre más restricciones a la consulta, mayores serán las implicaciones negativas para los pueblos. No obstante, tanto el Convenio como esta Corporación, han señalado una serie de criterios tendientes a verificar la procedencia o ámbito de aplicación de la consulta. El concepto relevante en ese análisis es el de “afectación directa”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

³⁶ “5.4.2. La jurisprudencia aplicable a los elementos que coadyuvan a identificar los casos de afectación directa, se encuentra contenida principalmente en las Sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009, C-063 de 2010 y C-366 de 2011, donde la Corte, en su orden, llevó a cabo el control de constitucionalidad de la llamada Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006), del Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007), de la ley modificatoria del Sistema de Seguridad Social en Salud (Ley 1122 de 2007), y de la ley reformativa del Código de Minas (Ley 1382 de 2010). A su vez, los precedentes fijados en los citados fallos, han sido aplicados por la Corte, tratándose de leyes aprobatorias de tratados internacionales, en los siguientes pronunciamientos: en la Sentencia C-615 de 2009, C-608 de 2010, C-915 de 2010, C-941 de 2010, C-027 de 2011, C-187 de 2011, C-620 de 2011, C-196 de 2012, C-293 de 2012, C-767 de 2012 y C-822 de 2012, en los cuales la Corporación, dada la naturaleza y contenido del tratado, se ha visto en la necesidad de llevar a cabo la evaluación sobre la exigencia o no de la consulta previa. 5.4.3. En las Sentencias citadas, a título meramente enunciativo, la Corte ha venido construyendo la dogmática en torno a la delimitación de los criterios que ayudan a identificar los casos en que hay lugar a la consulta previa”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

³⁷ “Inicialmente, la Corte precisó que la especificidad que se requiere de una medida legislativa para hacer exigible el deber de consulta, se deriva de que la misma regule una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, o de que, habiendo sido concebida con efectos generales, tenga en realidad una repercusión directa y concreta sobre los grupos étnicos. Se aclaró al respecto en el mencionado fallo, que, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

³⁸ “El mismo Convenio puntualizó algunas hipótesis en las que ineludiblemente los Estados se comprometieron a realizar la consulta. Así, es obligación de realizarla sobre (i) aquellas medidas

Sin embargo, la jurisprudencia también ha indicado que la sola mención de estas materias no es suficiente para dar lugar a la afectación directa:

“En esta misma medida, un parámetro importante para determinar la afectación directa es si la materia del proyecto se relaciona con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la simple referencia temática a estos asuntos no es suficiente por sí misma para establecer una afectación directa; se requiere analizar en cada caso el alcance y contenido específico de cada medida como tal, para efectos de establecer su impacto y su nivel de afectación sobre el derecho, o los derechos, relevante(s) en cada caso”.

ii) Debe tenerse en cuenta el significado que para las comunidades tengan los bienes o prácticas sociales afectadas con la medida³⁹.

iii) Asimismo debe revisarse si la medida afecta los intereses de las comunidades:

“La gravedad de la afectación de la medida legislativa debe igualmente evaluarse, teniendo en cuenta “aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas”⁴⁰.

iv) Puede existir una afectación directa cuando la medida tiene como propósito principal regular una o varias comunidades étnicas o tiene mayores efectos en estas que en el resto de la población⁴¹.

v) Se presenta una afectación directa si la medida legislativa regula materias sobre las cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos⁴².

vi) Puede existir también una afectación directa cuando se trata de asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos, tales como el territorio en sí mismo, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades⁴³.

que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales; (ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan; (iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad; (iv) las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional; (v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y (vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua. En algunos casos se requerirá, además, el consentimiento previo, libre e informado. Sobre el punto se volverá más adelante”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

³⁹ “Finalmente, para la Corte la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa debe analizarse según el significado que tengan para los pueblos indígenas afectados los bienes o prácticas sociales interferidas – por ejemplo, su territorio. El análisis del impacto de la medida se realiza a partir de las características específicas de la comunidad concreta afectada, y de su comprensión del contenido material de dicha política”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

⁴¹ “Ha resaltado esta Corporación, que puede existir una afectación directa “cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población”. Ibidem.

⁴² “De la misma manera viene señalando la Corporación, que procede la afectación directa si la medida legislativa regula temas sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos, tal como ocurre, por ejemplo, en materia de educación”. Ibidem.

⁴³ “De forma particular, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que existe también una presunción de afectación directa en todos los asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos que exige la realización de consulta previa. A este respecto, ha explicado la Corte que

vii) Para determinar la afectación directa de una medida legislativa debe tomarse en consideración si esta es de aplicación directa, o si por el contrario consagra un marco normativo general que tiene que ser desarrollado posteriormente a través de otros actos jurídicos, como leyes y actos administrativos⁴⁴.

viii) Finalmente, la ocurrencia de una afectación directa puede establecerse teniendo en cuenta los antecedentes históricos de la medida⁴⁵.

Ahora bien, también es importante destacar la importancia que tiene en el estudio del requisito de la afectación directa la materia objeto de la medida, especialmente cuando se trata de medidas de naturaleza general no dirigidas de forma particular o concreta a las comunidades étnicas.

Así, en la sentencia C-030 de 2008 la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la Ley 1021 de 2006 (Ley General Forestal) por no haberse

“materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada a la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria”. A este respecto, en la Sentencia T-693 de 2011, la Corte puso de presente que la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que pueden afectarlos en relación con los territorios ocupados y la explotación de los recursos naturales, a través del mecanismo de la consulta previa, “adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se instituye en un instrumento que es básico para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y, por consiguiente, para asegurar su subsistencia como grupo social”. En consecuencia, dentro del propósito de garantizar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, es necesario que el Estado consulte previamente a los grupos étnicos, cuando se trata de la adopción de medidas legislativas, relacionadas con los territorios donde éstos tienen asiento y que puedan incidir en sus formas de vida y en la manera como llevan a cabo la explotación de sus recursos naturales”. *Ibidem*.

⁴⁴ “La jurisprudencia de la Corte ha considerado igualmente relevante, para efectos de determinar el grado de afectación de las comunidades tradicionales, establecer si cada medida legislativa es de aplicación directa, o si consagra un marco normativo general que posteriormente tiene que ser desarrollado a través de otros actos jurídicos, ya sea mediante nuevas leyes o decisiones administrativas, o de proyectos, planes, programas, iniciativas o actividades puntuales. Tal hecho incide también sobre las medidas que cabe adoptar en el evento que la Corte declare la inexecutable de la norma por ausencia de consulta previa”. *Ibidem*.

⁴⁵ “Finalmente, la referencia histórica de las medidas legislativas, esto es, el conocimiento de sus antecedentes y de las circunstancias de orden fáctico y político que le dieron origen, también ha sido considerado útil por la Corte para efectos de establecer si existe o no afectación directa. A juicio de la Corporación, dentro del propósito de indagar sobre la necesidad de la consulta previa, resulta adecuado e incluso determinante, la posición pública asumida por las comunidades étnicas con respecto a la medida legislativa durante su trámite de expedición. De igual manera, es relevante el criterio adoptado por el Gobierno y los Congresistas en el desarrollo de los debates, examinado desde la perspectiva de cuál sería el impacto de la medida sobre los grupos étnicos. También los antecedentes históricos remotos de cada medida legislativa, pueden ser importantes para decidir si existe o no una afectación directa de las comunidades tradicionales. En este sentido, en la Sentencia C-620 de 2003, donde la Corte llevó a cabo el control de constitucionalidad de algunas normas referentes a las salinas de Manaure (Guajira), se hizo un recuento histórico del surgimiento de la ley acusada y, con base en dicho recuento y el objeto mismo de la ley, este Tribunal concluyó que la medida legislativa sí generaba un impacto directo y específico sobre los grupos étnicos, dados los antecedentes de negociación y concertación que se habían presentado entre el Estado y la comunidad Wayúu, y que dieron paso a la adopción de la norma. De la misma forma, en la Sentencia C-608 de 2010, al adelantar la revisión constitucional, automática y oficiosa, del Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, la Corte concluyó que el mismo sí contenía disposiciones que generarían una afectación directa sobre los pueblos indígenas y tribales, con base en las intervenciones presentadas por un Senador indígena, elegido por circunscripción especial, en la que éste puso de presente el efecto negativo que las disposiciones sobre explotación minera y resolución de controversias entre comunidades indígenas y empresas multinacionales, tendrían sobre los grupos étnicos que habitan en el territorio nacional”. *Ibidem*.

adelantado el procedimiento de la consulta previa. En esta decisión el Tribunal Constitucional consideró que a pesar de la generalidad de la ley, esta afectaba de forma significativa la identidad y supervivencia de las comunidades indígenas, pues regulaba la explotación de los bosques, un objeto de gran importancia para estas que se encuentra íntimamente ligado a su forma de vida:

“Por otro lado, y en íntima conexión con lo anterior, debe tenerse en cuenta que esa ley, que es integral y que se aplica a todo el territorio nacional, versa sobre la explotación de los bosques, aspecto que tiene íntima conexión con la identidad de las comunidades indígenas y afrocolombianas y con sus posibilidades de supervivencia.

En ese contexto, observa la Corte que las previsiones de la ley forestal son susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, si bien no han sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no han sido asignadas como propiedad colectiva de las comunidades negras, si hacen parte del hábitat natural de tales comunidades, de modo que su afectación puede alterar significativamente el modo de vida de las mismas. Las comunidades establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y la ley forestal puede tener impacto importante en aspectos como la conservación de la biodiversidad, la presión sobre la tierra, el manejo de los recursos hídricos, etc.

(...)

El proyecto que culminó con la expedición de la Ley General Forestal fue concebido como un régimen integral, razón por la cual no cabe excluir de su ámbito la regulación de los bosques naturales, ni el impacto que de ello se desprende para las comunidades tribales. Para lograr ese propósito habría sido necesario concebir un proyecto distinto, desde su origen, orientado puntualmente a la adopción de medidas de fomento para el establecimiento y la explotación de plantaciones forestales, pero sin pretender hacer una regulación integral del sector forestal. La opción contraria, esto es, la de tramitar un proyecto de carácter general e integral, implicaba que, necesariamente, debían haberse consultado las comunidades indígenas y tribales, porque por acción, en razón de las medidas adoptadas en la ley, o por omisión, en cuanto formalmente se excluyese a dichas comunidades del ámbito de aplicación de la misma, pese a su carácter general e integral, dicha medida legislativa es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades que tienen en el bosque su hábitat natural.

(...)

En este caso, no obstante el carácter general de la ley -no dirigida a regular especialmente, en aplicación del Convenio 169 de la OIT, la situación de las comunidades indígenas y tribales-, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones recaen sobre un objeto -el bosque- que tiene particular relevancia para las mismas y guarda una íntima e indisoluble relación con su modo de vida”.

Posteriormente, en la sentencia C-175 de 2009 la Corte declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural)⁴⁶ por la ausencia de consulta previa con las comunidades étnicas, la cual debía surtirse, entre otras razones, por tratarse de una ley que regulaba íntegramente el desarrollo rural y que contenía

⁴⁶ “Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”

disposiciones que afectaban la relación de las comunidades con la tierra. En este sentido determinó:

“23. Estudiado el contenido del Estatuto de Desarrollo Rural, la Corte encuentra que se trata de una normatividad que debió surtir el procedimiento de consulta previa descrito en esta sentencia. Ello con base en dos criterios diferenciados: (i) El hecho que la norma acusada sea un régimen integral que regule el tema del desarrollo rural y, por ende, las relaciones entre los individuos y la tierra; y (ii) la existencia en el EDR de disposiciones que prescriben, de manera puntual y específica, tópicos que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

24. En cuanto a lo primero, tanto las normas del derecho internacional que regulan el tema de la consulta previa, como la jurisprudencia constitucional, han destacado el lugar central que cumple el territorio en la definición de la identidad de los pueblos indígenas y tribales. Así, la Parte II del Convenio 169 de la OIT establece un grupo de reglas que deben tener en cuenta los Estados y gobiernos en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades tradicionales respecto a sus territorios. Al respecto, el artículo 11 determina que “al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.” Desde esta perspectiva, surgen para el Convenio varias obligaciones a cargo del Estado, entre ellas, el reconocimiento a las comunidades de la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, la protección especial de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales en esos territorios, la implementación de procedimientos de consulta respecto a la explotación del recursos del subsuelo en los mismos, el carácter excepcional y consensuado del traslado de las comunidades de sus territorios tradicionales, al igual que el reconocimiento y respeto de las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra establecidas por las comunidades diferenciadas. Bajo el mismo parámetro, el Convenio dispone que en relación concreta con los programas agrarios nacionales – como es el caso del EDR -, éstos deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de (i) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; y (ii) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

De forma armónica con las obligaciones estatales descritas, contenidas en normas que integran el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las regulaciones legales que intervengan el régimen jurídico sobre la tierra de las comunidades indígenas y afrodescendientes deben mostrarse compatibles con la eficacia del mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Esto implica que dicha normatividad deberá tener en cuenta las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, evitando que la imposición estatal de otras modalidades de regulación implique la desaparición de aquéllas.

(...)

Los argumentos anteriores demuestran que la regulación de la propiedad agraria, en la que se encuentran asentadas las comunidades indígenas y tribales es un asunto de especial relevancia para la definición de su identidad. Esto implica que el contenido del EDR, en cuanto implica la regulación sistemática y detallada de la propiedad agraria, es un asunto que recae dentro de las materias en donde el deber de consulta debe cumplirse por parte del Gobierno, en tanto autor de la iniciativa correspondiente”.

Por su parte, en la sentencia C-366 de 2011 el Tribunal Constitucional declaró la inexecutable de la Ley 1382 de 2010⁴⁷ por no haberse satisfecho el requisito de la consulta previa, lo cual era forzoso pues la medida legislativa regulaba la explotación minera en los territorios indígenas:

“Nótese que según lo explicado en el fundamento jurídico 33.4., el Código de Minas no plantea un régimen de exclusión a la actividad minera en dichas áreas. Antes bien, permite que en esas zonas se adelanten labores de exploración y explotación, solo que lo somete a determinadas condiciones y requisitos. Esto implica una consecuencia jurídica de nodal importancia para este caso, según la cual las disposiciones del Código de Minas son aplicables a la actividad minera desarrollada en los territorios indígenas y afrodescendientes. Esto por la simple razón que el ordenamiento jurídico (i) no prevé un régimen autónomo y separado para la actividad minera en las zonas en que se asientan las comunidades indígenas y afrodescendientes; y (ii) confiere naturaleza exhaustiva y prevalente al Código de Minas, según se ha explicado en diversos apartes de este fallo. Así por ejemplo, las comunidades indígenas o afrodescendientes que desarrollen minería tradicional en sus territorios, deberán sujetarse a las reglas generales del mencionado Código sobre ese particular, entre ellas las que prevén disposiciones para su formalización. De otro lado, los contratos de concesión en territorios ancestrales, desarrollados por terceros no integrantes a los pueblos étnicos están sometidos tanto a ese mismo régimen general, como a las condiciones particulares del capítulo XVI.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que, según se ha explicado en este fallo, existe un consenso en el derecho constitucional colombiano y en el derecho internacional de los derechos humanos, acerca de la incidencia de la exploración y explotación minera en los territorios ancestrales de los pueblos étnicos y la salvaguarda de la integridad de su identidad diferenciada. En ese orden de ideas, las medidas legislativas y administrativas que tengan aplicación en dichas actividades deben estar precedidas de la participación efectiva de las comunidades afectadas, so pena de vulnerar sus derechos constitucionales.

(...)

36.2. Las razones expuestas sirven para dar respuesta al segundo cuestionamiento. Es evidente que el artículo 28 de la Ley 1382/10 no tiene un alcance tal que elimine la incidencia de las reglas de esa normatividad sobre las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello debido a que, como se ha repetido insistentemente, tales reglas y, en general, el Código de Minas, son aplicables frente al aprovechamiento minero en los territorios ancestrales. La vigencia de tales normas en ese escenario no resulta afectada por la disposición en comento, pues de la misma no es jurídicamente admisible colegir que excluye de la aplicación del Código de Minas y sus reformas a las actividades de exploración y explotación minera en las zonas indígenas, afrodescendientes o mixtas”.

El Consejo de Estado también ha reconocido que la generalidad de la norma no excluye automáticamente el deber de adelantar la consulta previa cuando así resulte necesario. Así, la Sección Tercera señaló recientemente:

“En este orden de ideas, la Sala tiene claro que el sólo hecho de que las decisiones analizadas tengan carácter general (pues refieren de manera indistinta a diversas zonas del territorio nacional) no constituye razón suficiente para desestimar el deber de consulta previa a las comunidades diferenciadas.

⁴⁷ “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”.

12.7.- De acuerdo con los estándares sobre la materia arriba expuestos debe procederse a un análisis en orden a verificar si tal medida, que se presenta como general y abstracta, representa un impacto diferenciado o singular para las comunidades indígenas y afrodescendientes. Justamente, en este caso, esta judicatura verifica que tal circunstancia sí se satisface en el sub iudice por cuanto las medidas administrativas significan una afectación directa y clara [en ejecución de una política pública gubernamental de destinación económica de ciertos territorios que cuentan, según las accionadas, con vocación para explotación de minerales de interés estratégico] a un elemento esencial en esas comunidades como lo es el territorio⁴⁸.

2.3. La consulta previa y los tratados internacionales

Dentro de las medidas legislativas que pueden afectar directamente a las comunidades étnicas se encuentran las leyes aprobatorias de tratados internacionales. Frente a estas⁴⁹, la jurisprudencia ha indicado con claridad que el control que realiza la Corte Constitucional a las leyes aprobatorias incluye la verificación de que se haya satisfecho el requisito de consulta previa cuando el texto del tratado afecte directamente a las comunidades étnicas⁵⁰. Así, se indicó en el año 2016:

“La Sala reitera las reglas jurisprudenciales sobre el ejercicio del derecho a la consulta previa frente a tratados internacionales, que establecen que (i) las leyes aprobatorias de tratados deben ser objeto de consulta previa cuando el texto afecte de forma directa a las comunidades étnicas; (ii) las medidas legislativas o administrativas que se adopten en el desarrollo del tratado que involucren directamente a una población étnica, deben someterse al proceso de consulta antes

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Radicación número: Radicación numero: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149).

⁴⁹ “En el caso específico de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, que interesa a esta causa, el análisis acerca del requisito de la consulta y su correspondiente verificación constitucional, es novedoso y relativamente más reciente, en cuanto se inicia a partir de la Sentencia C-750 de 2008, donde la Corte llevo a cabo el control oficioso y automático de constitucionalidad del “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, sus ‘cartas adjuntas’ y sus ‘entendimientos’, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006” y su correspondiente Ley aprobatoria, Ley 1143 de 2007”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

⁵⁰ “En materia de consulta previa de leyes aprobatorias de tratados internacionales, la Corte ha sostenido que al realizar el control automático de constitucionalidad que le compete sobre los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, debe también verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa cuando se trate de normas que afectan directamente a las comunidades étnicas”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12. “En dicho pronunciamiento, la Corporación dejó claro que, en desarrollo de la función de ejercer el control automático de constitucionalidad de los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, le corresponde a la Corte Constitucional verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa, cuando de las medidas adoptadas en el respectivo tratado, se advierta una posible afectación directa a los intereses de las comunidades étnicas. Y es que, a juicio de la Corte, la incorporación de disposiciones internacionales en Colombia, resultado de la suscripción de tratados o convenios - bilaterales o multilaterales-con otros países o con organizaciones internacionales, también puede tener una incidencia directa en los intereses de las comunidades étnicas asentadas en el territorio nacional, motivo por el cual, cuando ello ocurra, y atendiendo al carácter complejo de incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico interno, debe cumplirse con el requisito de la consulta previa y su respectiva verificación constitucional, conforme lo ordenan la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. “En relación con la consulta previa en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales, la Corte ha sostenido que al realizar el control automático de constitucionalidad que le compete sobre instrumentos internacionales ratificados por Colombia, debe también verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa cuando se trate de normas que afectan directamente a las comunidades étnicas”. Corte Constitucional. Sentencia del 4 de junio de 2014, C-332/14.

*de que se presente la norma para su aprobación en el Congreso de la República; y (iii) prima facie no es necesario someter el instrumento internacional a dicho procedimiento, si éste se refiere a creación de zonas de libre comercio, sin embargo se debe hacer consulta cuando las medidas que se tomen en desarrollo del tratado afecten de forma directa a una comunidad étnica*⁵¹.

Con todo, la jurisprudencia también ha señalado que aun cuando el tratado internacional no afecte de forma directa a la comunidad, si las medidas que lo desarrollan sí lo hacen, estas deben someterse al procedimiento de consulta previa:

*“En esa oportunidad, la Corte consideró que, prima facie, el acuerdo no afectaba de forma directa los derechos de los pueblos indígenas y por consiguiente no era necesario adelantar el proceso de consulta previa. No obstante, indicó que si las medidas de orden legislativo y administrativo que se expidieran en desarrollo del tratado afectaban de forma directa a alguna comunidad étnica, debía realizarse dicho procedimiento*⁵².

2.3.1. Decisiones de la Corte Constitucional frente a la consulta previa en materia de tratados internacionales

La Corte Constitucional ha considerado que no existe una afectación directa de las comunidades étnicas cuando el respectivo tratado o convenio internacional:

- i) No establece áreas específicas del territorio nacional en las que se desarrollarán las actividades objeto del tratado⁵³.
- ii) No tiene como objeto el desarrollo de actividades de explotación de recursos naturales en áreas de influencia directa de las comunidades étnicas colombianas⁵⁴.
- iii) Sus disposiciones son aplicables de manera general, abstracta e impersonal a todos los nacionales colombianos⁵⁵.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia del 6 de abril de 2016, C-157/16.

⁵³ “En efecto, el Acuerdo establece la Red Internacional del Bambú y el Ratán – INBAR- señala los objetivos y misiones en cabeza de dicha organización, los cuales se encuentran dirigidos a promover la cooperación técnica y científica sobre el bambú y el ratán; no obstante, no define las áreas específicas del territorio nacional en las que se desarrollaran tales actividades, lo que impide establecer qué grupos étnicos se hallarán dentro de las áreas de influencia de los proyectos que se realicen en virtud del Acuerdo”. Corte Constitucional. Sentencia del 18 de abril de 2012, C-293/12. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 26 de enero de 2011, C-027/11.

⁵⁴ “Adicionalmente, el Convenio no hace referencia específica a actividades de investigación científica o de exploración de recursos naturales en áreas de influencia directa de comunidades étnicas colombianas. Si en desarrollo del Convenio se llegaren a realizar proyectos de esta naturaleza, en ese momento deberá surtirse la consulta previa con las comunidades concernidas”. Ibídem. “En el caso bajo estudio, un examen del contenido de la Convención del Metro y de su Reglamento Anexo, permite concluir que las medidas que mediante él se pretenden adoptar no conciernen directamente a ninguna comunidad étnica asentada en el territorio nacional, de modo que la consulta previa no era un requisito previo. En efecto, la Convención y su Reglamento Anexo hacen alusión a la fundación de una Oficina Internacional de Pesas y Medidas de carácter científico, cuyo fin general es proporcionar la base técnica para asegurar la uniformidad y trazabilidad de las mediciones. Bajo esta perspectiva, la Convención no hace referencia específica a actividades de investigación científica o de exploración de recursos naturales en áreas de influencia directa de comunidades étnicas colombianas”. Corte Constitucional. Sentencia del 18 de octubre de 2012, C-822/12. “Se refieren de manera uniforme a la generalidad de los colombianos, sin establecer normas que afecten de manera concreta y directa a los grupos étnicos o contemplen la explotación de recursos naturales en sus territorios”. Corte Constitucional. Sentencia del 27 de abril de 2016, C-210/16.

iv) No contiene una regulación específica para las comunidades étnicas⁵⁶.

v) No tiene una mayor incidencia en los territorios de las comunidades, pues el acuerdo no se limita a las zonas habitadas por estas⁵⁷.

vi) Aunque algunas de sus disposiciones se refieren expresamente a las comunidades étnicas, se trata simplemente de reiteraciones de instrumentos internacionales firmados con anterioridad⁵⁸. Así, en la sentencia C-941 de 2010 la Corte Constitucional señaló:

⁵⁵ “Para la Sala, el Convenio y su Ley aprobatoria son aplicables de manera general, abstracta e impersonal a los nacionales colombianos, entre los cuales se cuenta a los miembros de las comunidades autóctonas y tribales, sin que la medida legislativa allí prevista implique afectación directa o exclusiva para un determinado grupo o comunidad étnica. El instrumento internacional fue concebido para beneficio de toda la comunidad nacional con el propósito de repatriar aquellos bienes que siendo parte del patrimonio cultural de la nación, fueron robados o exportados ilícitamente”. Corte Constitucional. Sentencia del 2 de marzo de 2011, C-125/11. “Para la Corte las disposiciones prescritas en la enmienda se prevén de manera uniforme para todos los Estados y a la totalidad de la población de los mismos, sin que ellas constituyan medidas que afecten de forma directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes colombianas, motivos por el cual, su consulta previa no resulta obligatoria, lo cual proviene del efecto general que, en principio, tienen las leyes y los tratados internacionales”. Corte Constitucional. Sentencia del 2 de octubre de 2013, C-692/13. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 10 de septiembre de 2013, C-622/13. Corte Constitucional. Sentencia del 23 de enero de 2014, C-014/14, Corte Constitucional. Sentencia del 7 de mayo de 2014, C-277/14, Corte Constitucional. Sentencia del 4 de junio de 2014, C-332/14.

⁵⁶ “Una revisión del texto del tratado permite concluir que las normas prescritas en él se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, lo que tiene sentido ya que su objeto no es expedir una regulación específica referida a las comunidades étnicas. Como ya se ha dicho, el objeto del acuerdo en estudio es implementar el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia de manera consecutiva con la conservación y protección ambiental y el uso sostenible de sus recursos mediante el mejoramiento y aplicación de leyes y reglamentos ambientales, el fortalecimiento de la cooperación en materia ambiental y la promoción del desarrollo sostenible. En desarrollo de este objetivo, las partes se reconocen derechos y adquieren obligaciones en materia ambiental, las cuales tienen aplicación, no solamente en los territorios de las comunidades étnicas, sino en todo el territorio nacional”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de noviembre de 2010, C-915/10. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 16 de marzo de 2011, C-187/11.

⁵⁷ “Ahora bien, según se expresó con anterioridad, la especificidad de la afectación también se puede encontrar en una regulación que se presenta como general -como en los casos ya citados de la regulación de las salinas de Manaure, la ley forestal o el estatuto de desarrollo rural-, debido a que el objeto de la medida legislativa –en los ejemplos propuestos las salinas de Manaure, el bosque natural o los terrenos rurales, respectivamente- está situado, total o parcialmente, en el territorio en el que habita la comunidad étnica o gran parte de sus miembros y, por ello, está relacionado íntimamente con su subsistencia y su identidad. Sin embargo, esta hipótesis tampoco se presenta en esta oportunidad. El objeto del acuerdo es la protección del ambiente, especialmente en el marco de las futuras relaciones comerciales entre Colombia y Canadá, y no es posible sostener que este objeto –la protección del ambiente- tenga en esta oportunidad mayor incidencia en los territorios de las comunidades étnicas pues el acuerdo no se concentra en la conservación del ambiente en zonas naturales o rurales en las que habitan parte importante de la población de estas comunidades. Por el contrario, el tratado aborda la protección del ambiente de manera amplia, como un asunto nacional”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de noviembre de 2010, C-915/10. “No se requiere la consulta previa toda vez que no tiene como objeto la realización de actividades que deban desarrollarse en áreas de influencia de las referidas comunidades o de microorganismos existentes en dichos territorios”. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de junio de 2013, C-350/13.

⁵⁸ “No desconoce la Sala que en el texto del tratado están incluidas tres normas que mencionan expresamente a las comunidades étnicas. Pero estima que, en dos de estas, no se adopta en realidad medida alguna al ser simples reiteraciones de instrumentos internacionales firmados con anterioridad. Así, el artículo 1 define, para Colombia, el término “comunidades indígenas y locales” pero lo hace de conformidad con el artículo 1 de la Decisión Andina y el artículo 5 reitera el compromiso de las partes de “respetar, preservar y mantener el conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales” “según lo establecido por el

“La sola referencia en el capítulo de “protección a la propiedad intelectual” a las “medidas relacionadas con la biodiversidad”, donde en términos generales las Partes “reiteran” sus derechos soberanos sobre sus recursos naturales y reconocen la importancia de la biodiversidad biológica, conocimientos y prácticas tradicionales asociadas de las comunidades indígenas y locales, anotando que corresponde a cada Parte fijar las condiciones de acceso a sus recursos genéticos conforme a la legislación nacional e internacional, no es constitutiva de una medida que se traduzca en una afectación directa de los grupos étnicos, ni es contentiva de una regulación específica sobre dichas comunidades, y menos está relacionada íntimamente con su subsistencia e identidad, sino que se trata de una disposición que se limita a reiterar de manera general la soberanía que le asiste a cada Estado Parte en asuntos concernientes a la biodiversidad”⁵⁹.

vii) No impone restricciones o gravámenes ni concede beneficios a las comunidades étnicas⁶⁰.

viii) No afecta la identidad⁶¹ o integridad cultural, social y económica de estas⁶².

Convenio de Diversidad Biológica””. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de noviembre de 2010, C-915/10.

⁵⁹ Adicionalmente, en otra oportunidad la Corte indicó: “La referencia a los intereses de las comunidades indígenas y tribales en distintos puntos del preámbulo y el artículo 1º no constituye una razón suficiente para concluir que este tratado implica una medida de afectación directa y específica de estos pueblos. En casos precedentes, como se indicó, la Corte ha examinado tratados internacionales que contienen disposiciones similares que mencionan a las comunidades indígenas o afrodescendientes, y ha concluido que tales menciones en sí mismas no comportan medidas susceptibles de activar la obligación internacional de consulta previa”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

⁶⁰ “De igual forma, observa la Corte que el tratado no está estableciendo nuevos derechos, obligaciones, restricciones o gravámenes para los pueblos indígenas y tribales; no está de ninguna manera afectando su status en tanto indígenas. Simplemente refiere a los derechos que ya existen y están reconocidos en el derecho interno y el derecho internacional”. *Ibidem*. “La regulación que se revisa no tiene incidencia directa sobre el status de las comunidades étnicas y de las personas que las integran, por cuanto el Acuerdo no impone restricciones o gravámenes ni les concede o niega beneficios a los miembros de grupos indígenas o tribales, distintos a los concedidos a todos los nacionales residentes en las Localidades Fronterizas Vinculadas que pidan permiso de residencia, libre ejercicio de trabajo oficio o profesión o de estudio”. Corte Constitucional. Sentencia del 22 de abril de 2015, C-217/15. “La revisión del texto de la Convención permite concluir que las normas en él contenidas se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, puesto que su objeto no es expedir una regulación específica concerniente a las comunidades étnicas (...). En desarrollo de este objeto, las Partes se reconocen derechos y adquieren obligaciones en materia de diversidad cultural, que no están dirigidas exclusivamente a comunidades étnicas sino que son aplicables a todos los colombianos. Se observa que la Convención no prevé nuevos derechos, obligaciones, restricciones o gravámenes para las comunidades étnicas colombianas, ni incorpora medidas concretas que implique una afectación directa, específica y particular de las mismas que modifique su status”. Corte Constitucional. Sentencia del 3 de octubre de 2012, C-767/12.

⁶¹ “Tales asuntos, a juicio de la Sala, son en su mayoría de índole técnica y se encuadran en aspectos procedimentales del intercambio comercial entre Colombia y México. Por su naturaleza, no inciden de forma directa en asuntos propios de la identidad de las comunidades indígenas y afrodescendientes, de modo que el tratado internacional objeto de examen no está sometido al requisito de consulta previa a dichos grupos tradicionales”. Corte Constitucional. Sentencia del 7 de febrero de 2012, C-051/12. “Aunque en apartado posterior se hará una explicación más extensa acerca del contenido material del Estatuto y el Reglamento de Interpol, así como del Acuerdo sobre Privilegios e Inmunities suscrito por Colombia, la Corte advierte preliminarmente que se trata de instrumentos internacionales destinados a fijar aspectos institucionales y administrativos de Interpol, así como determinar las prerrogativas diplomáticas de sus funcionarios cuando ingresen al territorio nacional y con el ánimo de efectuar actividades propias de esa organización. Estas materias no afectan a las comunidades étnicas, en tanto no están vinculadas con asuntos propios de la definición de su identidad. De allí que el requisito de consulta previa de medidas legislativas de que trata el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, no resulta predicable en el asunto de la referencia”. Corte Constitucional. Sentencia del 23 de abril de 2014, C-259/14.

ix) No establece una regulación integral de la materia. Así en la sentencia C-196 de 2012 se indicó:

“También observa la Corte que a diferencia de cuerpos normativos examinados en el pasado por esta Corporación, tales como la Ley Forestal, del Estatuto de Desarrollo Rural o del Código de Minas, este tratado internacional no establece ni un régimen ni una regulación integral del tema de los bosques, como tampoco disposiciones normativas concretas de las que se deduzcan obligaciones específicas para Colombia frente al manejo forestal. Esta diferencia es clave, ya que fue el carácter de regulación integral el que hizo que, en tales oportunidades, las normas bajo examen hubiesen sido declaradas inexecutable por no haber sido objeto de consulta previa. No es el caso del tratado que se examina, que no consagra un régimen integral de los bosques ni de las maderas tropicales, ni una regulación, ni medidas como tal, más allá de los objetivos de la organización, que se materializarán a través de las actividades futuras de la organización. Por su tipología preponderante de tratado constitutivo de una organización internacional, este Convenio requiere necesariamente medidas ulteriores de desarrollo para su implementación, a través de la OIMT y de sus órganos. En sí mismo no conlleva una medida de afectación directa. En la misma línea, en este caso el tema del tratado (bosques y maderas tropicales) no es razón suficiente para concluir que implica una afectación directa y específica de los pueblos indígenas; de la misma manera que en la sentencia C- 915/10, al examinar un tratado internacional en materia ambiental con Canadá, o en la sentencia C-750/08 al examinar las disposiciones ambientales del TLC con EEUU, no se concluyó que hubiera una afectación directa, porque pese a tratarse de acuerdos en materia ambiental no se estaba adoptando como tal ninguna medida que tuviera una afectación directa sobre los pueblos indígenas”.

x) No afecta las actividades tradicionales de las comunidades⁶³.

xi) No redefine o altera el territorio de estas últimas⁶⁴.

Ahora bien, la Corte Constitucional en algunas ocasiones ha concluido que existía la necesidad de adelantar el proceso de consulta previa atendiendo el contenido del tratado internacional.

Así, en la sentencia C-1051 de 2012, citada por el Ministerio consultante, se analizó la Ley aprobatoria del Tratado sobre protección de obtenciones vegetales.

⁶² “Verificados el contenido de tales capítulos del TLC frente al texto constitucional y el Convenio 169 de la OIT, la Corte encuentra que no se requería adelantar la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes, dado que las disposiciones que comprenden el acuerdo principal y los acuerdos complementarios, no afectan directamente el territorio de los grupos étnicos, ni ocasionan desmedro de la integridad cultural, social y económica de tales etnias”. Corte Constitucional. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, C-941/10.

⁶³ “Para la Corte (i) el carácter general del Acuerdo, (ii) su propósito de ampliar los canales de intercambio comercial sin afectar de ninguna manera con las actividades tradicionales de las comunidades indígenas y (iii) la ausencia de evidencia sobre algún tipo de efecto del Acuerdo en la forma de vida o en la conformación de alguna comunidad indígena o afrodescendiente, son razones que demuestran la inexistencia, en el presente caso, del deber de adelantar el trámite de la consulta previa”. Corte Constitucional. Sentencia del 25 de abril de 2012, C-303/12.

⁶⁴ “La Corte encuentra que, en este caso, no era obligatorio adelantar el proceso de consulta previa por las siguientes razones. En primer lugar, se trata de una ley aprobatoria de un tratado de libre comercio, por lo tanto, en principio, no es necesario adelantar ese procedimiento. En segundo lugar, visto el contenido material del tratado, es claro que no se refiere de manera directa y expresa a aquellos elementos que, prima facie, deben ser protegidos a través de la consulta. En efecto, el tratado no pretende redefinir o alterar el territorio de comunidades indígenas o afrodescendientes, no se refiere a la explotación de recursos naturales en territorios determinados donde habiten estas comunidades y tampoco se refiere a temas relacionados con las entidades locales de las unidades territoriales de dichos pueblos”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16.

En este caso la Corte señaló que, aunque el instrumento internacional objeto de estudio era una regulación general, su contenido material afectaba de forma directa y específica a las comunidades, pues existían disposiciones que impactaban elementos que eran relevantes para estas y que se encontraban íntima e indisolublemente relacionados con su modo de vida y subsistencia, como lo son su territorio y la explotación de recursos naturales dentro de este:

“Pues bien, revisado el texto del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV), correspondiente al Acta de 1991, y las diferencias por éste introducidas, la Corte comparte la posición adoptada por la mayoría de intervinientes, en el sentido de considerar que las normas en él contenidas regulan aspectos que pueden afectar de manera directa a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional. A juicio de la Corporación, las medidas que mediante el referido tratado se pretenden adoptar, tienen vocación de extenderse de manera particular a los grupos diferenciados teniendo en cuenta su especial condición social, económica y cultural.

9.11. No obstante el carácter general del Acta UPOV de 1991, en el sentido de no dirigirse a regular de manera especial -en aplicación del Convenio 169 de la OIT- la situación de las comunidades indígenas y tribales, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus previsiones tienen incidencia directa sobre elementos que son particularmente relevantes para las mismas y que guardan una íntima e indisoluble relación con su modo de vida y de subsistencia, como son el territorio y la explotación de los recursos naturales existentes en éste, concretamente, en lo que corresponde a ciertos aspectos vinculados con la actividad agrícola que desarrollan.

(...)

9.12. Y es que, como consecuencia de la actividad agrícola que llevan a cabo en sus territorios, los grupos étnicos son fuente de obtenciones vegetales. No obstante, según lo destacan algunos de los intervinientes, en particular quienes actúan en representación de las comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas, las variedades que durante siglos han sido desarrolladas y mejoradas por tales grupos, y que constituyen fuente importante de su subsistencia, pueden no obtener la protección que el Convenio UPOV de 1991 reconoce, en razón a que las mismas no están en capacidad de cumplir los requisitos técnicos impuestos por el régimen del citado convenio (“novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad”). En ello incide, sin duda, el hecho de que el proceso de mejoramiento genético que aplican las comunidades diferenciadas se desarrolla conforme a las prácticas y conocimientos tradicionales, esto es, a partir de enfoques y principios diferentes a los que son utilizados por los fitomejoradores modernos, quienes a su vez hacen uso de las nuevas tecnologías existentes que son precisamente las acogidas por el UPOV de 1991.

(...)

Sumado a lo anterior, debe considerarse, como lo hacen notar también algunos de los intervinientes en este proceso, que los grupos étnicos, acorde con sus costumbres y formas de vida, no se dedican a la explotación comercial de los conocimientos ancestrales, ni tampoco los referidos conocimientos se encuentran contenidos o registrados en solicitudes de derechos de obtentor, dado que los mismos tienen un uso comunitario y, como tal, se acercan más al concepto de propiedad colectiva. Esto, en franca oposición con la filosofía que inspira el derecho de obtentor de que trata el Convenio UPOV, en cuanto el mismo constituye una forma de propiedad intelectual que se reconoce de manera individual a los

creadores de nuevas variedades vegetales, a fin de permitirles una explotación exclusiva de su creación por un tiempo determinado.

Así entendido, se ha señalado que podría ocurrir, conforme a las reglas previstas en el citado convenio, que variedades vegetales producto de prácticas milenarias, por el hecho de no haber sido comercializadas por las comunidades o entregadas con fines de explotación, sean presentadas como creadas o puestas a punto por parte de fitomejoradores formales, quienes serían entonces los beneficiarios de los derechos de obtentor, desplazando a los pueblos autóctonos en el ejercicio de tales derechos, lo que sin duda implicaría una seria afectación a su identidad, autonomía y subsistencia.

(...)

9.14. En ese contexto, es claro que, a partir de su vinculación con el territorio y con la explotación de los recursos naturales, el Convenio UPOV de 1991 puede llegar a afectar de manera directa los derechos e intereses de los grupos étnicos, particularmente desde la perspectiva de la calidad de obtentor que ellos pudieran llegar a tener como resultado de la actividad agrícola que desarrollan, o por las limitaciones que a sus actividades tradicionales y a su saber ancestral pudieren imponerse como resultado de la aplicación de las previsiones del Convenio.

(...)

De ese modo, es entonces claro que los grupos étnicos requieren para sobrevivir y para desarrollar su cultura del territorio en el cual están asentados. Desde ese punto de vista, el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en tales territorios, mediante el desarrollo de actividades comunes como la caza, la pesca y la agricultura, “es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos”, lo que conlleva, entonces, el derecho de las comunidades a participar e intervenir en las decisiones que guarden relación con tales actividades. Ello, teniendo en cuenta la existencia de un derecho de propiedad, explotación y libre disposición por parte de los grupos étnicos sobre los territorios tradicionalmente ocupados, como forma de garantizar la seguridad alimentaria, el desarrollo, la diversidad y la cultura de acuerdo a sus particulares formas de vida.

9.16. Siendo ello así, las medidas establecidas en el Acta UPOV de 1991, dirigidas a proteger los derechos de obtentor, en el sentido de reconocerle a los creadores de nuevas variedades vegetales exclusividad en la explotación de las mismas por un periodo determinado, guardan una evidente y profunda relación de conexidad con la identidad de las comunidades indígenas y afrocolombianas y con sus posibilidades de supervivencia.

9.17. Según quedó enunciado, el alcance directo y específico de la afectación que el Convenio puede generar sobre las comunidades indígenas y tribales, surge, precisamente, del alcance general e integral que se le dio al mismo, en cuanto que sus previsiones, si bien se dirigen a todos los sectores de la población colombiana cuya actividad está inscrita en el ámbito de aplicación del Convenio, las mismas son susceptibles de afectar a tales comunidades en una dimensión muy particular, cual es, se insiste, la especial vinculación que éstas mantienen con el territorio y los recursos naturales, y, por esa vía, con la protección que podrían aspirar a recibir en desarrollo de la actividad de explotación y manejo de los recursos naturales, o con las limitaciones que podrían surgir como consecuencia de la aplicación del Convenio.

9.18. *Tal y como lo referencian algunos de los intervinientes en este proceso, una parte importante de los cultivos existentes en los territorios de las comunidades tradicionales, es producto del trabajo y del esfuerzo de varias generaciones que desde épocas ancestrales las han venido mejorando y perfeccionando de acuerdo con sus prácticas y conocimientos tradicionales, dentro del propósito de garantizar la soberanía, la autonomía y la seguridad alimentaria no sólo de tales grupos, sino también de parte de la población colombiana. En ese sentido, es claro que, en el proceso de explotación sostenible de los recursos naturales que llevan a cabo las comunidades étnicas, éstas son fuente de obtenciones vegetales, motivo por el cual, la consagración de un régimen jurídico de protección en favor de los descubridores de nuevas especies vegetales, puede afectar las prácticas y conocimientos tradicionales de las comunidades étnicas y campesinas, y desconocer los derechos que tales comunidades puedan tener sobre las variedades tradicionales o nativas.*

(...)

9.20. *Así las cosas, no duda la Corte en sostener que el Convenio UPOV de 1991, inscrito en el propósito de afianzar los mecanismos de protección de las obtenciones vegetales, es susceptible de afectar directa y específicamente los intereses particulares de las comunidades étnicas, en cuanto establece un régimen jurídico de protección cuyos derechos, pautas, criterios, plazos y condiciones de reconocimiento, si bien tienen un alcance general, se proyectan de manera especial sobre los territorios en que se encuentran asentadas tales comunidades, y sobre la forma como éstas explotan sus recursos naturales, lo cual su vez puede repercutir en su cultura, subsistencia y formas de vida.*

9.21. *Según se ha explicado, dicho Convenio regula directamente aspectos sustanciales que conciernen a estas comunidades, en calidad de obtentores de las especies vegetales cuya propiedad intelectual se protege, tales como los criterios para reconocer la calidad de obtentor (“novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad”), concesión del derecho, periodicidad, condiciones de protección, reglamentación económica y utilidad que reporta la mejora y ampliación de variedades vegetales, los cuales en buena parte, son aspectos que forman parte de conocimientos ancestrales de estos pueblos. Y es que, la imposición de restricciones propias de una patente sobre nuevas variedades vegetales como lo consagra la UPOV de 1991, podría estar limitando el desarrollo natural de la biodiversidad producto de las condiciones étnicas, culturales y ecosistemas propios en donde habitan los grupos étnicos”.*

De esta manera la Corte Constitucional concluyó que debió adelantarse la consulta previa con el propósito de evitar que se afectara directa y específicamente a las comunidades, así como también la diversidad étnica y cultural de la Nación⁶⁵.

Por su parte, en la sentencia C-615 de 2009, la Corte Constitucional, al analizar la Ley aprobatoria del Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayuu de la República de Colombia y de la República de Venezuela”, consideró que debía surtirse la consulta previa, toda vez que la realización de planes, programas y proyectos dirigidos a mejorar las condiciones

⁶⁵ “En ese contexto, de conformidad con la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad, la adopción de la Ley 1518 del 13 de abril de 2012, aprobatoria del “Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales”, del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991”, debió haberse consultado con las comunidades tradicionales, dentro del propósito de buscar aproximaciones sobre la manera de impedir que dicho convenio pudiese tener una repercusión directa sobre la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, desconociendo la contribución histórica de las comunidades étnicas y campesinas a la diversidad biológica, su conservación y desarrollo y a la utilización sostenible de sus componentes, así como los beneficios que tal contribución ha generado”. *Ibidem*.

de vida de las poblaciones indígenas Wayúu impactaban el desarrollo económico de la comunidad. Igualmente, estas comunidades era las destinatarias directas de los compromisos asumidos por los Estados⁶⁶.

Finalmente, en la sentencia C-608 de 2010, en la cual se analizó el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, la Corte determinó que era necesaria la consulta previa, pues el tratado implicaba la afectación del territorio de las comunidades étnicas como consecuencia de la actividad minera⁶⁷.

3. El Protocolo de Nagoya

El Protocolo de Nagoya desarrolla el Convenio de Diversidad Biológica⁶⁸, el cual contiene tres objetivos fundamentales:

1. La conservación de la diversidad biológica,
2. La utilización sostenible de sus componentes y,
3. La participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos⁶⁹.

Con base en los anteriores objetivos, en particular el tercero de ellos, en el marco de la Conferencia de las Partes del Convenio celebrada en el año 2010 se adoptó el Protocolo de Nagoya como una respuesta a las inquietudes⁷⁰ sobre el acceso a

⁶⁶ “Una respuesta apunta a afirmar que, dada la materia regulada en el instrumento internacional, resulta evidente que la realización de un conjunto de planes, programas y proyectos “tendientes a mejorar las condiciones de vida de sus respectivas poblaciones indígenas Wayúu ubicadas en las zonas adyacentes a las fronteras de la República de Venezuela y de la República de Colombia en atención a las necesidades de dichas poblaciones”, en los términos del artículo 1º del Acuerdo, presentan un impacto importante, así sea eventualmente positivo en el desarrollo económico de la comunidad indígena, y por ende, la celebración del tratado internacional debía ser consultada previamente con las comunidades Wayúu, quienes son, por lo demás, los destinatarios directos de los compromisos asumidos por los Estados contratantes”. Corte Constitucional. Sentencia del 2 de septiembre de 2009, C-615/09.

⁶⁷ “Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, se afirma que el tratado internacional los afectaría en relación la explotación minera y en lo atinente a la resolución de conflictos que se puedan presentar entre las comunidades indígenas y afrodescendientes y las empresas multinacionales. En tal sentido, la Corte considera que, al menos en los temas indicados, a realización de la consulta previa se tornaba obligatoria, en los términos de la sentencia C- 615 de 2009. En efecto, en numerosas ocasiones, la Corte ha señalado la relación existente entre la preservación de las culturas indígenas y afrodescendientes y las medidas que puedan afectar su territorio, como lo es precisamente la actividad minera. Así las cosas, la pregunta siguiente es si las actividades desplegadas por las autoridades públicas satisfacen las condiciones constitucionales de la consulta previa”. Corte Constitucional. Sentencia del 3 de agosto de 2010, C-608/10.

⁶⁸ El Convenio fue ratificado por Colombia a través de la Ley 165 de 1994. La ley aprobatoria del tratado fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-519 de 1994.

⁶⁹ “Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada”. Convenio de la Diversidad Biológica, artículo 1º.

⁷⁰ “Pasaron más de 18 años desde la adopción del CDB en mayo de 1992 y la adopción del Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica (Protocolo de Nagoya), en octubre de 2010 en Nagoya, Japón. Durante todo este tiempo, las Partes Contratantes del CDB estudiaron, discutieron, elaboraron y después negociaron el concepto de ABS. El camino hacia Nagoya fue un camino largo, con cuatro diferentes fases y pasos importantes para ser reconocidos”. Thomas Greiber, Sonia Peña Moreno, Mattias Åhrén, Jimena

los recursos genéticos, el conocimiento tradicional asociado a ellos y los beneficios que se deriven de su utilización⁷¹.

El contenido del Protocolo de Nagoya puede resumirse de la siguiente manera:

“El Protocolo de Nagoya dispone de 27 cláusulas del preámbulo, 36 artículos que contienen disposiciones operativas, y un anexo que contiene una lista no exhaustiva de los beneficios monetarios y no monetarios. Establece un marco para la regulación de cómo los usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos (por ejemplo, los investigadores y las empresas comerciales) podrán tener acceso a esos recursos y conocimientos. Establece obligaciones generales de participación en los beneficios derivados de la utilización de tales recursos y conocimientos, y obliga a las Partes a garantizar que los usuarios bajo su jurisdicción respeten la legislación nacional sobre ABS y los requisitos regulatorios de las Partes, donde los recursos o conocimientos han sido adquiridos”⁷²

A continuación se presenta una pequeña síntesis del contenido del Protocolo:

i) En el artículo 1º se establece expresamente su objeto al indicarse:

“El objetivo del presente Protocolo es la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, incluso por medio del acceso apropiado a los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnologías y por medio de la financiación apropiada, contribuyendo por ende a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes”.

ii) Por su parte, el artículo 2º contiene una serie de definiciones de algunos de los términos utilizados por el Protocolo.

Nieto Carrasco, Evanson Chege Kamau, Jorge Cabrera Medaglia, María Julia Oliva, Frederic Perron-Welch, Natasha Ali y China Williams. Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios. UICN. 2013, p. 20.

⁷¹ Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-519 de 1994 señaló: “Pero si bien Colombia cuenta con una diversidad biológica de indiscutida magnitud, quizás el aspecto que mayor preocupación debe suscitar por parte de las autoridades y de los asociados es el del potencial genético con que cuenta nuestro país. En nuestro territorio se encuentra una variedad de genes y un material germoplástico de dimensiones económicas y tecnológicas incalculables, pues su adecuada utilización constituye, sin lugar a dudas, fundamento de un futuro alentador en campos como la medicina, la agricultura y la industria. Sin embargo, el conocimiento y el acceso de estos recursos requieren de enormes apoyos científicos y financieros que países como Colombia no se encuentra en capacidad de sufragar. Por ello, es de la mayor conveniencia que el Estado sea consciente de la necesidad de, por una parte, determinar las áreas de especial importancia ecológica y velar por su protección y, por la otra, de ser cuidadoso al negociar con países industrializados la explotación económica de ese material genético, pues tales acuerdos deben acarrear para nuestro país no sólo beneficios económicos sino, lo que es de mayor interés, preparación e información científica y tecnológica que permita en un futuro, no sólo adelantar nuestras propias investigaciones en estos asuntos, sino también contar con información permanente respecto de los avances científicos que se hayan logrado con base en recursos genéticos extraídos del territorio colombiano. De igual forma, para efectos del asunto que se examina, debe la Corte resaltar la importancia que revisten los recursos y la información genética que ha sido aprovechada por las comunidades indígenas, negras y campesinas -principalmente-, cuyo conocimiento tradicional debe ser reconocido y respetado al momento de entrar a negociar sobre una riqueza que le pertenece al Estado colombiano, pero que requiere de la activa participación de esas comunidades, como lo exige, para el caso de los indígenas, el Parágrafo del artículo 330 constitucional”. Corte Constitucional. Sentencia del 21 de noviembre de 1994, C-519/94.

⁷² Greiber, Peña Moreno, Áhrén, Nieto Carrasco, Chege Kamau, Cabrera Medaglia, Oliva and Perron-Welch, Ali y Williams, ob. cit, p. 50.

iii) De acuerdo con el artículo 3º, el Protocolo aplica a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos y a los beneficios derivados de su utilización:

“Este Protocolo se aplicará a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del artículo 15 del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos recursos. Este Protocolo se aplicará también a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos”.

iv) El artículo 4º determina una serie de reglas relativas a la relación del Protocolo con otras normas e instrumentos internacionales.

v) El artículo 5º establece que las partes deben adoptar las medidas legislativas, administrativas o de política necesarias para asegurar que los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos, en posesión de las comunidades indígenas y locales, y de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, sean compartidos de manera justa y equitativa con estas, con fundamento en condiciones mutuamente acordadas:

“1. De conformidad con el artículo 15, párrafos 3 y 7, del Convenio, los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos, así como las aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartirán de manera justa y equitativa con la Parte que aporta dichos recursos que sea el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos de conformidad con el Convenio. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

2. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos de dichas comunidades indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.

3. A fin de aplicar el párrafo 1 supra, cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda.

4. Los beneficios pueden incluir beneficios monetarios y no monetarios, incluidos pero sin limitarse a aquellos indicados en el anexo.

5. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas”.

vi) Respecto al acceso a los recursos genéticos, el artículo 6º establece que las Partes del acuerdo deben adoptar las medidas que procedan para asegurar que antes de que se acceda a los recursos genéticos se cuente con el consentimiento o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales, cuando estas tengan el derecho a otorgar el referido acceso:

“1. En el ejercicio de los derechos soberanos sobre los recursos naturales, y sujeto a la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación

en los beneficios, el acceso a los recursos genéticos para su utilización estará sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte que aporta dichos recursos que es el país de origen de dichos recursos o una Parte que haya adquirido los recursos genéticos conforme al Convenio, a menos que dicha Parte determine otra cosa.

2. Conforme a las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se obtenga el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos”⁷³.

vii) El artículo 7º impone a las partes, en esta ocasión en relación al acceso a los conocimientos tradicionales, el mismo deber que el artículo 6º:

“De conformidad con las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades indígenas y locales, y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas”.

viii) Por su parte el artículo 8º del Protocolo establece ciertas condiciones que cada Estado deberá tener en cuenta al aplicar y/o adoptar su legislación interna para regular el acceso y la participación en los beneficios. Así, debe: a) promoverse y alentarse la investigación que contribuya a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, b) prestarse debida atención a los casos de emergencias presentes o inminentes que creen amenazas o daños para la salud humana, animal o vegetal, y c) considerar la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura y el rol especial que cumplen para la seguridad alimentaria.

ix) En el artículo 9º se insta a las partes para que los beneficios que se obtengan del uso de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a ellos se direccionen a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica.

x) El artículo 10º establece la posibilidad de que las partes cuenten con un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, que conozca sobre la participación justa y equitativa derivada de la utilización de los recursos

⁷³ Igualmente, señala la norma: “3. De conformidad con el párrafo 1 supra, cada Parte que requiera consentimiento fundamentado previo adoptará las medidas legislativas, administrativas o de política necesarias, según proceda, para: (a) Proporcionar seguridad jurídica, claridad y transparencia en su legislación o requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios; (b) Proporcionar normas y procedimientos justos y no arbitrarios sobre el acceso a los recursos genéticos; (c) Proporcionar información sobre cómo solicitar el consentimiento fundamentado previo; (d) Conceder una decisión por escrito clara y transparente de una autoridad nacional competente, de manera eficiente en relación con los costos y dentro de un plazo razonable; (e) Disponer que se emita al momento del acceso un permiso o su equivalente como prueba de la decisión de otorgar el consentimiento fundamentado previo y de que se han establecido condiciones mutuamente acordadas, y notificar al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios; (f) Según proceda y sujeto a la legislación nacional, establecer criterios y/o procesos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos; y (g) Establecer normas y procedimientos claros para requerir y establecer condiciones mutuamente acordadas. Dichas condiciones se establecerán por escrito y pueden incluir, entre otras cosas: (i) Una cláusula sobre resolución de controversias; (ii) Condiciones sobre participación en los beneficios, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual; (iii) Condiciones para la utilización subsiguiente por un tercero, si la hubiera; y (iv) Condiciones sobre cambio en la intención, cuando proceda”.

genéticos y los conocimientos tradicionales en situaciones transfronterizas o en las que no es posible otorgar y obtener el consentimiento previo:

“Las Partes considerarán la necesidad de contar con un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, y con modalidades para este, para abordar la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que se producen en situaciones transfronterizas o en las que no es posible otorgar y obtener consentimiento fundamentado previo. Los beneficios compartidos por los usuarios de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a través de este mecanismo se utilizarán para apoyar la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes a nivel mundial”⁷⁴.

xi) El artículo 11 determina que las partes deben procurar cooperar, con la participación de las comunidades indígenas y locales, en la aplicación del Protocolo cuando los recursos genéticos se encuentren in situ dentro del territorio de más de una parte. Lo mismo ocurre cuando se trate de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos compartidos por una o más comunidades indígenas o locales:

“1. En aquellos casos en que los mismos recursos genéticos se encuentren in situ dentro del territorio de más de una Parte, dichas Partes procurarán cooperar, según sea apropiado, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, según proceda, con miras a aplicar el presente Protocolo.

2. En aquellos casos en que los mismos conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sean compartidos por una o más comunidades indígenas y locales en varias Partes, dichas Partes procurarán cooperar, según proceda, con la participación de las comunidades indígenas y locales pertinentes, con miras a aplicar el objetivo del presente Protocolo”.

xii) El artículo 12 señala que las partes en el cumplimiento de sus obligaciones deben tomar en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios, respecto de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.

Asimismo, determina que las Partes, con la efectiva participación de las comunidades indígenas y locales respectivas, deben establecer mecanismos para informar a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sobre sus obligaciones para el acceso a estos conocimientos y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de estos.

Finalmente, la indicada disposición prohíbe a las partes restringir, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales. De esta manera establece:

1. En el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Protocolo, las Partes, conforme a las leyes nacionales, tomarán en consideración las leyes

⁷⁴ Frente a esta norma la doctrina ha indicado: “El Artículo 10 del Protocolo de Nagoya insta a las Partes a “considerar la necesidad de contar con un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios”. El Protocolo por lo tanto no crea un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, sino más bien instruye a las Partes para deliberar sobre si ese mecanismo sería necesario y, en caso afirmativo, cómo va a funcionar”. Greiber, Peña Moreno, Áhrén, Nieto Carrasco, Chege Kamau, Cabrera Medaglia, Oliva and Perron-Welch, Ali y Williams, ob. cit, p. 144.

consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios, según proceda, con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.

2. Las Partes, con la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales pertinentes, establecerán mecanismos para informar a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones, incluidas las medidas que se den a conocer a través del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios para el acceso a dichos conocimientos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de estos.

3. Las Partes procurarán apoyar, según proceda, el desarrollo, por parte de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades, de:
(a) Protocolos comunitarios en relación con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de tales conocimientos;

(b) Requisitos mínimos en las condiciones mutuamente acordadas que garanticen la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos; y

(c) Cláusulas contractuales modelo para la participación en los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.

4. Las Partes, al aplicar el presente Protocolo, no restringirán, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales y entre las mismas de conformidad con los objetivos del Convenio”⁷⁵.

xiii) El artículo 13 autoriza la creación de un punto focal nacional para el acceso y la participación en los beneficios, el cual tiene como funciones dar a conocer información sobre: a) las solicitudes de acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, b) los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado o previo o la participación o aprobación de las comunidades indígenas y locales, y c) las autoridades indígenas y locales pertinentes:

“1. Cada Parte designará un punto focal nacional para acceso y participación en los beneficios. El punto focal nacional dará a conocer la información de la manera siguiente:

(a) Para los solicitantes de acceso a recursos genéticos, información sobre los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo y establecer condiciones mutuamente acordadas, incluida la participación en los beneficios;

(b) Para los solicitantes de acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, si es posible, información sobre los procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación, según

⁷⁵ Frente a esta norma la doctrina especializada ha señalado: “El Artículo 12(2) hace un llamado a las Partes, en cooperación con comunidades indígenas y locales pertinentes, para establecer mecanismos para informar de sus obligaciones a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos. También identifica el Centro de Intercambio de Información de ABS jugando potencialmente un rol particular a este respecto. La obligación de cada Parte de establecer tales mecanismos en cooperación con cualquier comunidad indígena y local en cuestión es obligatoria (“se establecerá”). Sin embargo, no va más allá de informar a los posibles usuarios de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos de sus obligaciones, en virtud del Protocolo de Nagoya”. *Ibíd.*, p. 156.

proceda, de las comunidades indígenas y locales, y establecer condiciones mutuamente acordadas, incluida la participación en los beneficios; e

(c) Información sobre autoridades nacionales competentes, comunidades indígenas y locales pertinentes e interesados pertinentes.

El punto focal nacional será responsable del enlace con la Secretaría”⁷⁶.

xiv) El artículo 14 crea el Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios, al cual las partes del Protocolo deben reportar, entre otra información, las autoridades competentes de las comunidades indígenas y locales⁷⁷.

xv) El artículo 15 autoriza a las partes para adoptar medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales para asegurar que se acceda a los recursos genéticos con fundamento en el consentimiento previo e informado.

xvi) Por su parte el artículo 16 demanda a las partes de la Convención adoptar medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales dirigidas a garantizar que los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos hayan sido accedidos atendiendo el consentimiento fundamentado o con la aprobación o participación de las comunidades indígenas y locales:

“1. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política apropiadas, eficaces y proporcionales, según proceda, para asegurar que se haya accedido a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos utilizados dentro de su jurisdicción de conformidad con el consentimiento fundamentado previo o con la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas como se especifica en la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios de la otra Parte donde se encuentran dichas comunidades indígenas y locales.

⁷⁶ Igualmente establece la norma: “2. Cada Parte designará una o más autoridades nacionales competentes sobre acceso y participación en los beneficios. Con arreglo a las medidas legislativas, administrativas o de política correspondientes, las autoridades nacionales competentes estarán encargadas de conceder el acceso o, según proceda, de emitir una prueba por escrito de que se ha cumplido con los requisitos de acceso, y estarán encargadas de asesorar sobre los procedimientos y requisitos correspondientes para obtener el consentimiento fundamentado previo y concertar condiciones mutuamente acordadas. 3. Una Parte podrá designar a una sola entidad para cumplir las funciones de punto focal y autoridad nacional competente. 4. Cada Parte comunicará a la Secretaría, a más tardar en la fecha de entrada en vigor del Protocolo para esa Parte, la información de contacto de su punto focal y de su autoridad o autoridades nacionales competentes. Si una Parte designara más de una autoridad nacional competente, comunicará a la Secretaría, junto con la notificación correspondiente, la información pertinente sobre las responsabilidades respectivas de esas autoridades. En los casos en que corresponda, en esa información se deberá especificar, como mínimo, qué autoridad competente es responsable de los recursos genéticos solicitados. Cada Parte comunicará de inmediato a la Secretaría cualquier cambio en la designación de su punto focal nacional, o en la información de contacto o en las responsabilidades de su autoridad o autoridades nacionales competentes. 5. La Secretaría comunicará la información recibida con arreglo al párrafo 4 supra por conducto del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios”.

⁷⁷ “2. Sin perjuicio de la protección de la información confidencial, cada Parte proporcionará al Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios toda la información requerida en virtud del presente Protocolo, así como la información requerida conforme a las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo. Dicha información incluirá: (...) 3. La información adicional, si la hubiera y según proceda, puede incluir: (a) Autoridades competentes pertinentes de las comunidades indígenas y locales, e información según se decida; (b) Cláusulas contractuales modelo”.

2. Cada Parte adoptará medidas apropiadas, eficaces y proporcionales para abordar situaciones de incumplimiento de las medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 1 supra.

3. Las Partes, en la medida posible y según proceda, cooperarán en casos de presuntas infracciones de la legislación o los requisitos reglamentarios nacionales de acceso y participación en los beneficios a los que se hace referencia en el párrafo 1 supra”.

xvii) El artículo 17 contiene una serie de medidas que las partes deben adoptar para vigilar y aumentar la transparencia en la utilización en los recursos genéticos.

xviii) El artículo 18 establece que las Partes del Protocolo deben incentivar a los proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos para que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas disposiciones en materia de solución de controversias:

“1. Al aplicar el párrafo 3 g) i) del artículo 6 y el artículo 7, cada Parte alentará a los proveedores y usuarios de recursos genéticos y/o conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a que incluyan en las condiciones mutuamente acordadas, según proceda, disposiciones sobre resolución de controversias que abarquen:

(a) La jurisdicción a la que se someterán todos los procesos de resolución de controversias;

(b) La ley aplicable; y/u

(c) Opciones para la resolución de controversias alternativa, tales como mediación o arbitraje.

2. Cada Parte se asegurará de que sus sistemas jurídicos ofrezcan la posibilidad de presentar recursos, de conformidad con los requisitos jurisdiccionales correspondientes, en casos de controversias dimanantes de las condiciones mutuamente acordadas.

3. Cada Parte adoptará medidas efectivas, según proceda, respecto a:

(a) Acceso a la justicia; y

(b) La utilización de mecanismos respecto al reconocimiento mutuo y la aplicación de sentencias extranjeras y laudos arbitrales”.

4. La Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el presente Protocolo examinará la eficacia de este artículo conforme al artículo 31 del presente Protocolo”.

xix) El artículo 19º alienta a las partes para que establezcan cláusulas contractuales modelo aplicables a las condiciones mutuamente acordadas.

xx) El artículo 20 promueve la adopción de códigos de conducta, directrices y prácticas óptimas y/o estándares en materia de acceso y participación en los beneficios.

xxi) A través del artículo 21 se impone a las partes la adopción de medidas que tengan como objetivo concientizar sobre la importancia de los recursos genéticos y

los conocimientos tradicionales asociados a estos recursos, así como también de las materias conexas de acceso y participación en los beneficios:

“Cada Parte adoptará medidas para aumentar la concienciación acerca de la importancia de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y de las cuestiones conexas de acceso y participación en los beneficios. Dichas medidas pueden incluir entre otras:

(a) Promoción del presente Protocolo, incluido su objetivo;

(b) Organización de reuniones de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;

(c) Establecimiento y mantenimiento de una mesa de ayuda para las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;

(d) Difusión de información por conducto de un centro de intercambio de información nacional;

(e) Promoción de códigos de conducta voluntarios, directrices y prácticas óptimas y/o estándares en consulta con las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes;

(f) Promoción, según proceda, del intercambio de experiencias a nivel nacional, regional e internacional;

(g) Educación y capacitación de usuarios y proveedores de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones de acceso y participación en los beneficios;

(h) Participación de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes en la aplicación de este Protocolo; y

(i) Aumento de la concienciación acerca de los protocolos y procedimientos comunitarios de las comunidades indígenas y locales”.

xxii) El artículo 22 señala que las Partes deben cooperar en la creación, desarrollo y fortalecimiento de capacidades y recursos humanos para la aplicación efectiva del Protocolo. Con este propósito se debe facilitar la participación de las comunidades indígenas y locales:

“1. Las Partes cooperarán para crear capacidades, desarrollar capacidades y fortalecer los recursos humanos y las capacidades institucionales para aplicar el presente Protocolo de manera efectiva en las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición, incluso a través de las instituciones y organizaciones mundiales, regionales, subregionales y nacionales existentes. En este contexto, las Partes deberían facilitar la participación de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes, incluidas las organizaciones no gubernamentales y el sector privado.

(...)

3. Como base para las medidas apropiadas en relación con la aplicación de este Protocolo, las Partes que son países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo entre ellos, y las Partes con economías en transición deberían identificar sus necesidades y prioridades nacionales en cuanto a capacidad por medio de autoevaluaciones nacionales de capacidad. Para tal fin, dichas Partes deberían apoyar las necesidades y prioridades

en cuanto capacidad de las comunidades indígenas y locales y los interesados directos pertinentes, según estas las hayan identificado, haciendo hincapié en las necesidades y prioridades en cuanto a capacidad de las mujeres”.

xxiii) El artículo 23 determina que las Partes colaborarán y cooperarán en programas de investigación técnica, científica y de desarrollo, incluyendo actividades de investigación biotecnológica, como un mecanismo para lograr el objetivo del Protocolo.

xxiv) El artículo 24 invita a los Estados que no son parte a adherirse al Protocolo.

xxv) El artículo 25 establece el mecanismo financiero del Protocolo.

xxvi) Los artículos 26, 27, 28 y 29 se refieren a la reunión de las partes, los organismos subsidiarios, la Secretaría, la vigilancia y la presentación de informes.

xxvii) El artículo 30 señala que deberán adoptarse procedimientos y mecanismos para promover el cumplimiento del Protocolo.

xxviii) Los artículos 31 a 34 tratan lo referente a la evaluación y revisión del Protocolo, las firmas, la entrada en vigor, las reservas y la denuncia del tratado.

4. El caso concreto

Para resolver los interrogantes planteados en la consulta es necesario determinar si el Protocolo de Nagoya requiere de la celebración de un procedimiento de consulta previa, antes de que sea sometido a la aprobación del Congreso Nacional.

Para la Sala la respuesta a este interrogante es positiva, pues el Protocolo modifica el estatus de las comunidades étnicas al otorgarles un nuevo derecho o prerrogativa⁷⁸. Además, desarrolla una materia reconocida en el Convenio 169 de la OIT y en el artículo 330 de la Constitución Política al regular la explotación de recursos naturales. Igualmente, el Protocolo contiene disposiciones vinculadas con elementos de interés y significado para las comunidades.

4.1. El Protocolo de Nagoya modifica el estatus de las comunidades étnicas

En el caso objeto de estudio la necesidad de adelantar la consulta previa para incorporar el Protocolo de Nagoya al ordenamiento jurídico colombiano encuentra sustento en el hecho de que su contenido modifica el estatus de las comunidades étnicas y por tanto se produce una afectación directa sobre estas⁷⁹.

⁷⁸ Es importante señalar que la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2016 realizó el juicio de constitucionalidad del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Costa Rica, tratado que en su artículo 9.5 regula algunos aspectos de forma similar al Protocolo de Nagoya. Si bien la Corte concluyó que no era necesario realizar la consulta previa, pues no se afectaba directamente a las comunidades étnicas, en el Protocolo de Nagoya no se podría llegar a la misma conclusión, teniendo en cuenta que este último altera el estatus de las comunidades a través de sus disposiciones.

⁷⁹ “Acorde con lo anterior, por ejemplo, la Corte ha indicado que la afectación directa se debe entender como toda medida que “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. En otros términos, la afectación directa se da sin importar que sea favorable o desfavorable, ya que es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. “Bajo ese orden, debido a que, como se ha reseñado, tiene que existir una afectación directa para que

En efecto, el numeral 2º del artículo 6º del Protocolo de Nagoya reconoce el derecho a las comunidades indígenas y locales de otorgar el acceso a los recursos genéticos, cuando así les corresponda:

“2. Conforme a las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se obtenga el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos”.

La doctrina especializada ha señalado que esta norma otorgó a las referidas comunidades la potestad para determinar el acceso a los recursos genéticos:

“El Artículo 6 del Protocolo de Nagoya sobre todo se basa en los distintos elementos del Artículo 15 del CDB (en los Párrafos 1, 2, 3, y 5) que tienen que ver con el estado de los recursos genéticos y las condiciones/requisitos de acceso. El Artículo 6 es la disposición fundamental que aborda el acceso a los recursos genéticos en el Protocolo. Estipula los derechos y obligaciones de los proveedores al momento de regular el acceso a los recursos genéticos.

El Párrafo 1 reafirma el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos naturales y, por consiguiente, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos de acuerdo con las legislaciones nacionales de ABS y los requisitos reglamentarios, y sujeto al CFP de la Parte que proporciona los recursos. En el Párrafo 2, se introduce un nuevo escenario, que no existía en el derecho internacional de acceso antes del Protocolo de Nagoya: el derecho de las comunidades indígenas y locales a determinar el acceso a los recursos genéticos, donde ellas tengan establecido el derecho para permitir el acceso a dichos recursos.

(...)

“El Artículo 6(2) del Protocolo de Nagoya regula el acceso a los recursos genéticos que requieren consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales. Es un nuevo enfoque en el derecho internacional de ABS. En virtud del Artículo 8(j) del CDB, los Estados deberán, en la medida de lo posible y según proceda, (sólo) promover la aplicación más amplia de los conocimientos tradicionales con la aprobación y participación de quienes posean esos conocimientos y fomentar la participación equitativa de los beneficios derivados de su utilización. El Artículo 6(2) del Protocolo de Nagoya ahora reconoce que las comunidades indígenas y locales pueden tener el derecho de conceder el acceso no sólo a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, sino también a los recursos genéticos como tal –es decir, recursos genéticos sin el conocimiento tradicional asociado a ellos. También introduce un requisito para el CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a tales recursos. Además, define el papel de una Parte en el proceso de obtención del CFP o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales”. (subrayado fuera del texto)⁸⁰.

Por lo tanto, al establecer el numeral 2º del artículo 6º del Protocolo un nuevo derecho para las comunidades indígenas y locales se está modificando su estatus, y en consecuencia afectando de forma directa a estas.

proceda la consulta previa, la Corte ha definido este concepto como aquella que se presenta cuando la medida a imponer genera restricciones o beneficios a la comunidad, alterando el estatus de sus integrantes o del grupo en general”. Corte Constitucional. Sentencia del 8 de julio de 2014, T-461/14.

⁸⁰ Greiber, Peña Moreno, Áhrén, Nieto Carrasco, Chege Kamau, Cabrera Medaglia, Oliva and Perron-Welch, Ali y Williams, ob. cit, pp. 104, 105, 110.

Adicionalmente, el numeral 4º del artículo 12 del Protocolo de Nagoya también impacta directamente a las comunidades étnicas, pues establece una medida de protección en favor de estas al prohibir a las Partes del Protocolo restringir, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales⁸¹.

4.2. El Protocolo de Nagoya desarrolla una materia contenida en el Convenio 169 de la OIT y reconocida en el artículo 330 de la Constitución Política al regular la explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades

La jurisprudencia nacional ha establecido que procede la consulta previa en el caso de medidas que: i) están relacionadas con la explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades étnicas⁸², ii) se refieren a asuntos contenidos por el Convenio 169 de la OIT⁸³ y iii) regulan materias sobre los cuales las comunidades tienen derechos constitucionales específicos⁸⁴.

⁸¹ “4. Las Partes, al aplicar el presente Protocolo, no restringirán, en la medida de lo posible, el uso e intercambio consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales y entre las mismas de conformidad con los objetivos del Convenio”.

⁸² “De forma particular, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que existe también una presunción de afectación directa en todos los asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos que exige la realización de consulta previa. A este respecto, ha explicado la Corte que “materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. “En esta ocasión, la Corte reitera las reglas jurisprudenciales establecidas en los fallos anteriormente referidos, en las que establece que (i) toda medida legislativa o administrativa que afecte de forma directa a las comunidades étnicas que se encuentran en el territorio nacional, debe someterse al proceso de consulta previa y, (ii) las materias concernientes a la confirmación de la entidad de dichas comunidades, tales como su territorio, la explotación de recursos naturales y los temas relacionados con las entidades locales de las unidades territoriales de dichos pueblos, también deben someterse a dicho proceso”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de abril de 2016, C-184/16.

⁸³ “Un segundo criterio es de naturaleza normativa. La jurisprudencia ha considerado que se presume la necesidad de efectuar la consulta previa respecto de (...) (ii) aquellos tópicos expresamente indicados como objeto de consulta por parte del Convenio 169 de la OIT. (...) En segundo término, se resalta que la consulta es obligatoria cuando la medida legislativa o administrativa tenga relación directa con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT, que refieren a su vez a la protección de los derechos de las comunidades étnicas en tanto grupos de identidad diferenciada”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2015, T-766/15.

⁸⁴ “De la misma manera viene señalando la Corporación, que procede la afectación directa si la medida legislativa regula temas sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos, tal como ocurre, por ejemplo, en materia de educación”. *Ibidem*. “En conclusión y adoptándose la regla jurisprudencial contenida en la sentencia C-366/11, la afectación directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes por parte de una medida legislativa o administrativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales (...)”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2015, T-766/15. “Así, en virtud de lo regulado por los artículos 329 y 330 C.P., deberán estar sometidos al trámite de consulta previa los asuntos relacionados con la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas; al igual que los aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas; entre ellos la explotación de los recursos naturales en los mismos”. Corte Constitucional. Sentencia del 11 de mayo de 2011, C-366/11.

Dentro de este marco, se justifica la realización de la consulta previa en el caso del Protocolo de Nagoya toda vez que este instrumento internacional regula el acceso a los recursos genéticos⁸⁵ y a los conocimientos tradicionales⁸⁶, actividad que constituye una forma de explotar recursos naturales dentro del territorio de las comunidades étnicas.

Así, la Corte Constitucional ha señalado:

“Con todo, la Corte entiende que la explotación de los recursos naturales en la comunidades indígenas, de acuerdo con los términos que establece la Constitución y el Convenio que se estudia, abarca no sólo cualquier actividad que implique la extracción material de esos recursos -desde los hidrocarburos y minerales hasta las riqueza genética- sino también las decisiones que comprometan política, económica, cultural o socialmente el conocimiento que los indígenas tengan sobre la utilización y preservación de esos recursos”⁸⁷.

Por lo tanto, la consulta previa encuentra sustento habida cuenta que el Protocolo de Nagoya es una medida que concierne a la explotación de recursos naturales en los territorios de las comunidades étnicas, actividad contenida en el Convenio de 169 de la OIT⁸⁸ (artículo 15 del Convenio 169 de la OIT⁸⁹), y sobre la cual los pueblos indígenas tienen el derecho a ser consultados (artículo 330⁹⁰).

⁸⁵ “Este Protocolo se aplicará a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del artículo 15 del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos recursos. Este Protocolo se aplicará también a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos comprendidos en el ámbito del Convenio y a los beneficios que se deriven de la utilización de dichos conocimientos”. Protocolo de Nagoya, artículo 3º.

⁸⁶ El protocolo de Nagoya no define expresamente que se entiende por “conocimientos tradicionales”. Por su parte la doctrina lo ha definido de distintas maneras: “Siguiendo a Olivé, los conocimientos tradicionales se pueden entender como aquellos conocimientos que han sido generados, preservados, aplicados y utilizados por comunidades y pueblos tradicionales, como los grupos indígenas de América Latina, que constituyen una parte medular de las culturas de dichos pueblos, y tienen un enorme potencial para la comprensión y resolución de diferentes problemas sociales y ambientales”. Liliana Valladares y León Olivé. ¿Qué son los conocimientos tradicionales? Apuntes epistemológicos para la interculturalidad, Cultura y representaciones sociales. Vol.10, No.19, 2015, p. 69. “Si bien resulta difícil dar una definición de conocimientos tradicionales que incorpore toda la diversidad de formas de expresión, en términos generales podría incluir a todo conocimiento, creación, innovación o expresión cultural perteneciente a grupos étnicos que se transmita de generación en generación y se desarrolle dentro de un esquema de educación no formal (Tobón Franco, 2006; Vargas Cháves, 2010)”. María Luz Endere y Mercedes Mariano. Los conocimientos tradicionales y los desafíos de su protección legal en Argentina. Quinto Sol. Vol. 17, No. 2, 2013, p. 2.

⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia del 21 de noviembre de 1994, C-519/94.

⁸⁸ “Inicialmente, la Corte precisó que la especificidad que se requiere de una medida legislativa para hacer exigible el deber de consulta, se deriva de que la misma regule una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, o de que, habiendo sido concebida con efectos generales, tenga en realidad una repercusión directa y concreta sobre los grupos étnicos. Se aclaró al respecto en el mencionado fallo, que, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

⁸⁹ “1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten

4.3. El Protocolo contiene disposiciones vinculadas con elementos de interés y significado para las comunidades

La jurisprudencia también ha señalado que en la determinación de la afectación directa de las comunidades debe tomarse en consideración el significado⁹¹ que para esta tienen los bienes o prácticas sociales impactadas con la medida⁹².

En este sentido, la consulta previa encuentra justificación toda vez que los conocimientos tradicionales son un elemento de gran significado e interés⁹³ para las comunidades étnicas, pues, no solo su titularidad radica en cabeza de estas, sino que además se encuentran íntimamente ligados con su identidad y posibilidades de supervivencia⁹⁴.

tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

⁹⁰ “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”.

⁹¹ “Finalmente, para la Corte la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa debe analizarse según el significado que tengan para los pueblos indígenas afectados los bienes o prácticas sociales interferidas – por ejemplo, su territorio. El análisis del impacto de la medida se realiza a partir de las características específicas de la comunidad concreta afectada, y de su comprensión del contenido material de dicha política”. Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

⁹² “La gravedad de la afectación de la medida legislativa debe igualmente evaluarse, teniendo en cuenta “aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

⁹³ “Históricamente los pueblos indígenas han habitado en las zonas del planeta con mayor diversidad, desarrollando y manteniendo una estrecha relación con los recursos biológicos y genéticos. Durante siglos, estas comunidades han gestionado sus recursos a través de prácticas culturales que han atribuido a la tierra y a los recursos situados en ella un significado simbólico y social que excede a su inmediato valor extractivo. Las comunidades indígenas han protegido innumerables espacios naturales, especies o ecosistemas por múltiples razones, desde la subsistencia hasta motivos de índole cultural y espiritual, adquiriendo un profundo conocimiento del medio con el que se han relacionado a diario durante tantos años. Las formas de vida tradicionales han permitido a estas comunidades la acumulación de una ingente cantidad de sabiduría relacionada con los recursos de su entorno, participando también en su evolución y diversificación genética. La aportación de estos grupos humanos en este campo es esencial para el conjunto de conocimientos sobre los distintos componentes biológicos y sus usos tradicionales de la biodiversidad son indispensables para avanzar en la utilización sostenible de los recursos naturales. (...) Como sucede con cualquier otro tipo de recursos, el aprovechamiento comercial y la explotación industrial del material genético y de la sabiduría indígena conexas tiene costes y beneficios potenciales, siendo necesario un marco regulatorio adecuado para hacer frente a estos riesgos. Debido a la importancia crucial que estos recursos y conocimientos tienen para las estructuras económicas, sociales y culturales indígenas, los intereses de sus comunidades deben desempeñar un papel central tanto en los procesos normativos como en la puesta en marcha de políticas de protección, acceso y utilización de estos valiosos bienes”. Pedro García Fuente, La regulación internacional del acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas. RJUAM. No. 32, 2015, pp. 156-157. “A major concern of Indigenous people is that their cultural knowledge of plants, animals and the environment is being used by scientists, medical researchers, nutritionists and pharmaceutical companies for commercial gain, often without their informed consent and without any benefits flowing back to them”. [Una preocupación importante para las comunidades indígenas es que su conocimiento tradicional sobre las plantas, los animales y el ambiente está siendo usado por los científicos, investigadores médicos, nutricionistas y compañías farmacéuticas para su beneficio comercial, generalmente sin su consentimiento informado y sin ningún beneficio para ellos]. (traducción libre). Terri Janke, Our culture: our future. ATSIC, 1998, p. 24.

⁹⁴ “No podemos olvidar que los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos poseen, para los pueblos indígenas, un gran valor social, cultural, espiritual y económico (...) en el

Lo anterior es reconocido por el propio Protocolo de Nagoya, el cual señala en su Preámbulo que los conocimientos tradicionales pertenecen o son poseídos por las comunidades indígenas y locales⁹⁵, son inseparables de estas e importantes para la conservación de sus medios de vida. Igualmente, el Protocolo reconoce que son estas quienes tienen el derecho a identificar a los titulares legítimos de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos dentro de sus comunidades⁹⁶.

El Convenio No. 169 de la OIT destaca también en su artículo 23 la importancia de los conocimientos tradicionales para el mantenimiento de la cultura, la autosuficiencia y el desarrollo económico de las comunidades indígenas y tribales:

“1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar porque se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo”.

caso de los conocimientos tradicionales no hay dudas sobre que su titularidad y su propiedad corresponde a las comunidades que los custodian y los mantienen vivos (...). García Fuentes, pp. 174, 176. “Indigenous peoples themselves have repeatedly claimed that they have fundamental rights to IK because it is necessary to their cultural survival, and this principle is increasingly being recognized in international law”. [Las comunidades indígenas han reclamado repetidamente que ellos tienen un derecho fundamental al CI {conocimiento indígena} porque es necesario para su supervivencia cultural, y este principio está siendo reconocido de forma creciente en el derecho internacional] (traducción libre). Francesco Mauro y Presto D. Hardison, Traditional Knowledge of Indigenous and Local Communities: International Debate and Policy Initiatives. Ecological Applications. Vol. 10. No. 5. 2000, p. 1263.

⁹⁵ “Pese a la situación bastante desalentadora pero real en la que viven los pueblos y las comunidades indígenas, resulta admirable constatar que han podido desarrollar y mantener a lo largo del tiempo conocimientos, innovaciones y prácticas asociadas a la diversidad biológica, a saber, CT sobre ecosistemas y especies fundamentalmente, que no solamente han contribuido a su bienestar, sino al bienestar de la humanidad en su conjunto. La literatura y documentación es abundante sobre, por ejemplo, el aporte de las comunidades amazónicas en la identificación de plantas medicinales con comprobadas propiedades curativas. Asimismo, sus aportes en la domesticación y el conocimiento sobre cultivos alimenticios, están bastante bien documentados, tanto en el nivel de su valor de uso para los propios grupos indígenas como a nivel de la importancia agronómica que tienen para el mundo exterior. La información y estudios en etnobotánica y etno-farmacología amazónica son, asimismo, abundantes”. Manuel Ruiz Muller, La Protección Jurídica de los Conocimientos Tradicionales: Algunos Avances Políticos y Normativos en América Latina. UICN, 2006, p. 40.

⁹⁶ “Tomando nota de la interrelación entre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, su naturaleza inseparable para las comunidades indígenas y locales y de la importancia de los conocimientos tradicionales para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes y para los medios de vida sostenibles de estas comunidades, Reconociendo la diversidad de circunstancias en que las comunidades indígenas y locales tienen o poseen conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, Conscientes de que el derecho a identificar a los titulares legítimos de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos dentro de sus comunidades corresponde a las comunidades indígenas y locales”.

De otra parte, un tercer instrumento internacional que reconoce la estrecha conexión y relevancia de los conocimientos tradicionales para las comunidades étnicas es la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General del 13 de septiembre de 2007, la cual indicó en su artículo 31:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos”.

Ahora bien, la consulta previa debe realizarse antes de que el Presidente de la República someta el tratado internacional a la aprobación del Congreso. En este sentido se ha indicado:

“Conforme con lo expresado, en la citada Sentencia C-615 de 2009, la Corte ratificó que, dado que ni la Constitución, ni la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, ni el Convenio 169 de la OIT aportan una solución expresa al tema de la oportunidad de la consulta previa, con fundamento en los principios de buena fe y de eficacia que deben orientar su realización, e independientemente del tipo de tratado que se discuta -bilateral o multilateral, aquella debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional al Congreso por parte del Presidente de la República”⁹⁷.

Igualmente, en otra oportunidad se determinó:

“En ese contexto, se manifestó en el fallo que la eficacia de la consulta a las comunidades étnicas dependerá de si ésta tiene ocurrencia antes de que el Jefe de Estado someta el tratado internacional a la aprobación del Congreso, pudiendo realizarse o bien durante la etapa de negociación, mediante la creación, por ejemplo, de mesas de trabajo, o ya cuando se cuente con un texto aprobado, esto es, luego de la firma del tratado. Preciso la Corte que si la consulta “se realiza durante la negociación, las comunidades indígenas podrán aportar insumos a la discusión del articulado del instrumento internacional o manifestar sus preocupaciones frente a determinados temas que los afectan (vgr. territorio, conocimientos ancestrales, biodiversidad, recursos naturales, etc); o igualmente ser

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. “Importancia crucial en el tema de la consulta previa tiene la determinación del momento en el cual debe hacerse. Al respecto, con base en el principio de la buena fe que informa el proceso consultivo, ha dicho la Corte que la consulta debe ser oportuna, lo que quiere decir que debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada la misma, la participación de las comunidades étnicas no tendría utilidad alguna en la medida en que no podrían influir en el proceso decisorio. Se trataría no de un proceso de consulta sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido.” (...) Siendo ello así, (...) la consulta previa (...) deberá llevarse a cabo antes de que el Presidente de la República remita el tratado y su ley aprobatoria al Senado”. Corte Constitucional. Sentencia del 16 de marzo de 2011, C-187/11.

consultadas una vez se cuente con un texto aprobado, discusión que, dado el caso, podría llevar a la necesidad de renegociar el tratado”

(...)

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la consulta previa a los grupos étnicos que puedan resultar afectados directamente por un tratado, “constituye un requisito de procedimiento que debe surtirse antes del trámite legislativo respectivo”, pues, de hacerlo con posterioridad, se trataría “no de un proceso de consulta sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido”⁹⁸.

En suma, con fundamento en el artículo 330 de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia nacional, no es posible presentar directamente al Congreso de la República el Proyecto de Ley aprobatorio del Protocolo de Nagoya, pues es necesario que previamente se celebre la consulta previa con las comunidades étnicas.

Igualmente, la adopción de medidas posteriores para implementar o desarrollar el Protocolo de Nagoya puede llegar a requerir también la realización de un procedimiento de consulta previa con las respectivas comunidades. Lo anterior en virtud de lo dispuesto tanto en las normas y jurisprudencia nacional, como en las disposiciones del propio Protocolo.

4.4. El procedimiento de consulta previa

Una vez se ha establecido la necesidad de adelantar la consulta previa, la Sala considera apropiado referirse a algunos aspectos del procedimiento que debe surtirse.

En este sentido, el procedimiento de consulta previa debe:

- i) Dirigirse a lograr el consentimiento de las comunidades étnicas⁹⁹.
- ii) Permitir que estas tengan una participación oportuna, activa¹⁰⁰ y efectiva¹⁰¹.

⁹⁸Igualmente señaló: “Conforme con lo expresado, en la citada Sentencia C-615 de 2009, la Corte ratificó que, dado que ni la Constitución, ni la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, ni el Convenio 169 de la OIT aportan una solución expresa al tema de la oportunidad de la consulta previa, con fundamento en los principios de buena fe y de eficacia que deben orientar su realización, e independientemente del tipo de tratado que se discuta -bilateral o multilateral-, aquella debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional al Congreso por parte del Presidente de la República”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

⁹⁹ “La sentencia T-576 de 2014 recogió algunas de esas características. Según la Corte, conforme al artículo 6º del Convenio, las consultas deben (i) llevarse a cabo a través de procedimientos apropiados, (ii) mediante las instituciones representativas de las comunidades, (iii) de buena fe y, (iv) con el firme propósito de lograr un acuerdo y consentimiento de las medidas discutidas”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

¹⁰⁰ “Dicho en otras palabras, la institución de la consulta previa busca que las comunidades tradicionales tengan una participación oportuna, activa y eficaz en la toma de decisiones que corresponda adoptar a las autoridades, en asuntos que las involucre, cualquiera sea la materia de que se trate, en procura de que tales decisiones sean en lo posible acordadas o concertadas, desprovistas de arbitrariedad y de autoritarismo, y, en todo caso, razonables y proporcionadas al fin constitucional impuesto al Estado de proteger la diversidad étnica y cultural. Desde ese punto de vista, el proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el que se establezca, de común acuerdo entre las autoridades estatales y los representantes de los grupos étnicos, las bases del proceso participativo”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

- iii) Tener en cuenta las condiciones culturales de cada comunidad¹⁰².
- iv) Garantizar la participación de todas las comunidades afectadas¹⁰³.
- v) Desarrollarse de manera respetuosa y de buena fe, y
- vi) Como mecanismo de protección, permitir la participación de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo¹⁰⁴.

En relación a actividades concretas a adoptar dentro del procedimiento de consulta previa, resulta útil acudir a lo indicado en la sentencia T-576 de 2014 de la Corte Constitucional en la cual se ordenaron una serie de acciones a desarrollar en una consulta previa de una medida de carácter general¹⁰⁵. En este sentido, para el caso objeto de estudio podría procederse de la siguiente manera:

- i) Debe permitirse la participación de todas las comunidades étnicas que se consideren con derecho a participar en el proceso de consulta, sin importar si son rurales o urbanas, o la forma organizativa que tengan. Dicha participación debe adelantarse a través de delegados escogidos por ellas¹⁰⁶.

¹⁰¹ “Por su parte, que el proceso de consulta sea efectivo significa que el punto de vista de las comunidades étnicas “debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas”, frente a lo cual resulta insuficiente la simple notificación del proyecto a los pueblos interesados o la celebración de reuniones puramente informativas de decisiones ya adoptadas”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de agosto de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00057-00(2290).

¹⁰² “Deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados: lo que se ha entendido como la exigencia de que el proceso consultivo tenga en cuenta las condiciones culturales de cada comunidad y brinde “un escenario efectivo de participación”. Ibídem.

¹⁰³ “En séptimo lugar, muy relacionado con lo anterior, los mecanismos de consulta deben garantizar la participación de cada comunidad afectada. Esto significa, por un lado, que el nivel de participación debe estar dado por el nivel de afectación. De este modo, si hay una afectación directa a una o varias comunidades de un municipio concreto, por ejemplo, el proceso de consulta no se puede llevar a cabo con instancias representativas del orden nacional o municipal, sino que se debe garantizar la participación de los representantes de cada una de esas comunidades (que reflejen sus intereses, costumbres, prácticas, etc.). Por el otro lado, atendiendo a los derechos de participación de las comunidades étnicas que se distinguen en varios niveles, no se aceptan como consulta previa, mecanismos que involucren a grupos poblacionales más grandes que abarquen a las comunidades étnicas (como un referendo u otros mecanismos de participación ciudadana). La consulta previa es un derecho propio de estas comunidades cuyo proceso las debe involucrar de manera independiente, exclusiva y autónoma”. Corte Constitucional. Auto del 27 de marzo de 2014, Auto 073/14.

¹⁰⁴ “Finalmente, como garantía adicional en el marco de este elemento, la Corte Constitucional aseveró la obligación de garantizar la presencia y participación de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, cuando así lo solicite la comunidad, para que dentro del ámbito de sus competencias, velen por la correcta realización del proceso consultivo y aseguren la protección de los derechos de los pueblos étnicos”. Ibídem.

¹⁰⁵ En la referida sentencia la Corte ordenó: “Dejar sin efectos, por las razones señaladas en esta providencia, la Resolución 121 de 2012, “Por la cual se convoca a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a Asambleas Departamentales y se dictan otras disposiciones” y los demás actos administrativos que se profirieron a su amparo, en especial, el Decreto 2163 de 2012, por medio del cual se conforma y se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones”. Corte Constitucional. Sentencia del 4 de agosto de 2014, T-576/14.

¹⁰⁶ “En línea con lo que aquí se ha expuesto, dicho proceso de consulta deberá permitir la participación de todas aquellas comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras que se consideren con derecho a participar en él, sean rurales o urbanas, y con independencia de la forma organizativa que hayan adoptado, siempre que, en ejercicio de su autonomía, designen a un delegado que las represente en tal escenario”. Ibídem.

ii) Con el propósito de garantizar los principios de publicidad, transparencia y buena fe, la convocatoria al proceso consultivo debe publicarse, al menos, en la página web del Ministerio del Interior, el sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y en periódicos de circulación nacional y regional¹⁰⁷.

iii) Debe indicarse en la convocatoria la fecha, hora y lugar en la que se adelantará la primera etapa del proceso consultivo (preconsulta) así como también el objeto de la misma¹⁰⁸.

iv) Igualmente, debe publicarse, a través de los medios señalados en el numeral ii) tanto el texto del Protocolo de Nagoya, como un documento explicativo que presente de forma sencilla y comprensible el contenido del Protocolo¹⁰⁹.

v) El Ministerio del Interior debe contar de forma permanente con un link de fácil visibilidad o acceso en su página web a través del cual los interesados puedan acceder a los documentos señalados en el numeral anterior, al cronograma del proceso consultivo (que deberá definirse de manera concertada en la etapa de preconsulta) y a los informes sobre los avances y acuerdos que se vayan alcanzando en el desarrollo del proceso¹¹⁰.

¹⁰⁷ “Adicionalmente, para garantizar que la convocatoria a participar en dicho proceso cumpla con los requisitos de publicidad, transparencia y buena fe que deben caracterizar este tipo de procesos, la Sala ordenará que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, el Ministerio del Interior divulgue, a través de su página de internet, del sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y de periódicos de circulación nacional y regional, la convocatoria al citado proceso consultivo, el cual, en los términos señalados en el acápite precedente”. *Ibidem*.

¹⁰⁸ “La convocatoria deberá sujetarse a las siguientes reglas: i) se dirigirá a todas aquellas comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras que se consideren con derecho a participar en dicho proceso, sean rurales o urbanas, y con independencia de la forma organizativa que hayan adoptado, siempre que, en ejercicio de su autonomía, designen a un delegado que las represente en tal escenario; ii) deberá indicar de forma precisa la fecha, la hora y el lugar en el que se realizará la primera etapa del proceso consultivo, esto es, la de preconsulta, la cual, por razones logísticas, deberá llevarse a cabo en el marco de asambleas departamentales y iii) deberá especificar que el objeto del referido proceso consultivo es la integración de la instancia de participación con la cual se consultarán, en adelante, las medidas de amplio alcance que puedan afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”. *Ibidem*.

¹⁰⁹ “Cuarto.- Ordenar al Ministerio del Interior que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, divulgue, a través de su página de internet, del sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y de periódicos de circulación nacional y regional la “Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas” aprobada en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero que se llevó a cabo en la ciudad de Quibdó, Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto de 2013. El ministerio deberá informar que dicha propuesta será el punto de referencia para el trámite del proceso de consulta en el curso del cual se definirán las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales. La divulgación del documento deberá presentar, de forma sencilla y comprensible, el contenido de cada uno de los siete puntos definidos en la propuesta de protocolo, destacando, especialmente, el contenido del punto v), relativo a “los participantes del proceso de consulta”, por ser este, en últimas, el que se debatirá en el marco del proceso consultivo al que se refiere esta sentencia”. *Ibidem*.

¹¹⁰ “Sexto.- Ordenar que, como garantía de transparencia del proceso de consulta previa mediante el cual se definirán las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, el Ministerio del Interior deberá publicar un vínculo de fácil visibilidad y acceso en su página web en el que, además de mantener a disposición de los interesados la “Propuesta de Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas” y la propuesta que eventualmente formule el gobierno sobre el particular, informe sobre el cronograma del proceso consultivo (que deberá definirse de manera concertada en la etapa de preconsulta), y sobre los avances y acuerdos que se vayan alcanzando en el curso del mismo.

vi) Se debe contar con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación¹¹¹. Igualmente, si se considera apropiado, podría invitarse a la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

La Sala RESPONDE:

1. “Teniendo en cuenta los dos fallos mencionados, para el caso de la Ley aprobatoria del Protocolo de Nagoya considera el Consejo de Estado que el Ministerio de Relaciones Exteriores, conjuntamente con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, puede proceder a presentar directamente el Proyecto de Ley aprobatorio del Protocolo del Congreso? En caso afirmativo, considera el Consejo de Estado que debe adelantarse consulta previa para el desarrollo de la legislación interna encaminada a la implementación del Protocolo en Colombia?”

El Protocolo de Nagoya afecta directamente a las comunidades étnicas, pues: i) modifica su estatus al otorgarles un nuevo derecho o prerrogativa; ii) concierne a la explotación de recursos naturales en sus territorios, actividad regulada en el artículo 15 del Convenio de 169 de la OIT y sobre la cual tienen el derecho constitucional a ser consultadas (artículo 330 de la Constitución Política); y iii) contiene disposiciones de gran interés y significado para ellas.

Por lo tanto, con fundamento en el artículo 330 de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia nacional, no es posible presentar directamente al Congreso de la República el Proyecto de Ley aprobatorio del Protocolo de Nagoya, pues es necesaria la celebración de consulta previa con las comunidades étnicas.

Por otro lado, la adopción de medidas posteriores para implementar o desarrollar el Protocolo de Nagoya puede llegar a requerir también la realización de un procedimiento de consulta previa con las respectivas comunidades. Lo anterior en virtud de lo dispuesto tanto en las normas y la jurisprudencia nacional, como en las disposiciones del propio Protocolo.

Dicho vínculo, que deberá publicarse, también, en la página web del Programa Presidencial para la formulación de estrategias y acciones para el desarrollo integral de la Población Afrocolombiana, Negra y Raizal de la Presidencia de la República, deberá incluir posteriormente la información definitiva sobre las reglas que determinarán el funcionamiento de la respectiva instancia de consulta, identificar a sus integrantes y divulgar los procesos de consulta previa de medidas de amplio alcance en los que participen, para conocimiento de todas las comunidades interesadas”. Ibídem.

¹¹¹ “Por último, la Sala le solicitará a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que, a través de sus seccionales o delegadas, y en el marco de sus funciones legales y de su misión institucional, acompañen el desarrollo del proceso de consulta previa de las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales, y ejerzan las labores tendientes a lograr el pleno cumplimiento de este fallo. Igualmente, dispondrá que el contenido de la presente decisión se comunique al representante de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con el objeto de que, en ejercicio de las funciones que se inscriben en el marco de su mandato, acompañe el cumplimiento de la presente decisión y realice las observaciones y recomendaciones que estime pertinentes”. Ibídem.

Remítase al Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

ÁLVARO NÁMEN VARGAS
Consejero de Estado

GERMÁN BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala