

**Anuario de Derecho
Constitucional Latinoamericano**

Anuario 2019



ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Se especializa en derecho constitucional y publica también artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, derechos y garantías individuales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración.

Estos temas constituyen, además, los ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la entidad editora, la Fundación Konrad Adenauer.

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO tiene como objetivo difundir trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

Los artículos que se publican deben ser inéditos y de contenido científico. Se destina asimismo un espacio para el análisis de jurisprudencia relevante en materia constitucional.

Esta publicación se distribuye gratuitamente, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

© 2019 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+49-30) 269 96 453
Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93B No. 18-12, piso 7
Bogotá
República de Colombia
Tel.: (+57 1) 743 09 47
Fax: (+57 1) 743 09 47-7
www.kas.de/iusla
iusla@kas.de
Twitter: @KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Editora responsable

Marie-Christine Fuchs

Coordinación editorial

Magdalena Schaffler

Coordinación académica

Miguel Ángel Barboza López

Revisión de textos

Emma Ariza, María José Díaz Granados (español)
Paulo Baptista (portugués)

Traducción

Paulo Baptista (portugués)
Dieter Schonebohm (alemán)
Daniel Kaplan (inglés)
Fernando Xifré (revisión textos)

Diagramación

Marta Rojas

Cubierta

Martha Gómez

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S.

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación e-mail: iusla@kas.de

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO está registrado en el Directorio Latindex.

Contenido

<i>Presentación</i>	11
<i>Discurso del presidente de la Fundación Konrad Adenauer, Norbert Lammert</i>	19

Notas y ponencias especiales de aniversario²¹

- Andreas Voßkuhle
*Setenta años de la Ley Fundamental alemana:
la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal
sobre la libertad de prensa y de opinión a través del tiempo*23
- Christian Waldhoff
*¿Qué se debe incluir en la Constitución?
Sobre los beneficios y las desventajas de las disposiciones
constitucionales vinculantes*.....43
- Udo Steiner
Estado social sin Constitución social.....49

I. Avances y desafíos del constitucionalismo en Latinoamérica

1.1. Constitución e identidad constitucional de los países latinoamericanos

- María Isabel Urquiza (Argentina)
*El constitucionalismo en el último centenario
de la Independencia argentina (1916-2016)*.....61
- Andrés Cervantes Valarezo (Ecuador)
*Avances y desafíos del constitucionalismo ecuatoriano:
la garantía de rigidez y construcción de identidad constitucional*.....85
- Paúl Córdova Vinuesa(Ecuador)
*Nuevos derechos en viejas constituciones.
La arquitectura institucional del presidencialismo fractura
la historia del constitucionalismo en Ecuador* 115

- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)
Cambios y desafíos de las reformas constitucionales de los últimos 25 años en la República Dominicana 135
- Omar Sar Suárez (Perú)
El control concentrado de constitucionalidad de las normas con rango de ley en el Perú (1996-2018) 155
- Emerson Affonso da Costa Moura (Brasil)
30 anos depois da constitucionalização do Direito no Brasil: avanços e perspectivas na atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos fundamentais e no respeito ao princípio democrático..... 183
- Francisco Franco Soto (República Dominicana)
El Tribunal Constitucional de la República Dominicana: siete años de una nueva justicia constitucional (2011-2018)..... 201
- Agustín Grijalva Jiménez (Ecuador)
José Luis Castro-Montero (Ecuador)
Reelección presidencial indefinida y reforma constitucional en América Latina: análisis comparado de los casos de Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia..... 223

I.2. Democracia, libertad de expresión y acceso a la información pública

- Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Democracia, participación y descentralización en la consolidación del Estado democrático y social de derecho..... 245
- Pablo Roberto Toledo (Argentina)
Derecho de acceso a la información pública y transparencia activa: un modelo para armar 285
- Milton Ray Guevara (República Dominicana)
Sentencias relevantes del Tribunal Constitucional dominicano en materia de libertad de prensa y de expresión. Estudio de casos. Lecciones aprendidas y experiencia comparada 307

I.3. Progresos y desafíos en materia de derechos sociales y en la protección de grupos en situación de vulnerabilidad

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)
El derecho a la seguridad social como derecho autónomo y su impacto en las personas mayores 321

- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
Rosana Helena Maas (Brasil)
*Desafios e perspectivas do direito fundamental social
à saúde nos 30 anos da Constituição Federal brasileira:
da programaticidade à judicialização* 349
- Silvia Serrano Guzmán (Colombia)
*El principio de igualdad y no discriminación: concepciones,
tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias
emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos* 369
- María Elena Attard Bellido (Bolivia)
*Un mate de coca y unas breves reflexiones dialógicas entre la diosa
Themis y Mama Ocllo. ¿Es el Tribunal Constitucional Plurinacional
un modelo polifónico de justicia constitucional?* 409
- Juan C. Herrera (Colombia)
*Diálogo judicial y constitucionalismo transformador en América
Latina: el caso de los pueblos indígenas y afrodescendientes* 437
- Héctor Fernández Vázquez (Venezuela)
*La protección judicial de los derechos colectivos
y difusos en Venezuela* 475
- André Luiz Pereira Spinieli (Brasil)
Letícia de Paula Souza (Brasil)
*Pessoas com deficiência e o direito à cidade:
pensando a acessibilidade urbana* 501

I.4. La compleja relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno: del principio de subsidiaridad

- Andrea Desirée Rabanales de la Roca (Guatemala)
*El margen de apreciación ante casos de desacuerdo razonable.
Mecanismo dialógico entre la Corte IDH
y los tribunales constitucionales* 517
- Víctor Bazán (Argentina)
*Modalidades y praxis de control constitucional de los tratados
internacionales en algunos Estados latinoamericanos* 537
- Felipe de la Mata Pizaña (México)
Alfonso Herrera García (México)
*Carácter irreformable del derecho de acceso a la jurisdicción
en el sistema interamericano de derechos humanos* 589

- Óscar Parra Vera (Colombia)
Mónica Trespalacios Leal (Colombia)
*Desafíos para el cumplimiento de la obligación de investigar,
juzgar y sancionar emitida por la Corte Interamericana
de Derechos Humanos en casos colombianos* 609

I.5. Separación de poderes, independencia judicial y activismo jurídico

- Diana Fajardo Rivera (Colombia)
*¿Cuál es el modelo de justicia que buscamos?
Reflexiones sobre el activismo judicial y su impacto
en el sistema constitucional colombiano* 647
- Fernando B. Escobar Pacheco (Bolivia)
Alfio M. Russo (Suiza)
*Elección popular de jueces en Bolivia: aportes
del derecho constitucional comparado al debate* 657

I.6. Derecho penal y constitución

- Héctor Alberto Pérez Rivera (México)
*La muerte del derecho penal: la constitucionalización
del derecho victimal como elemento central de la reforma
del sistema de justicia mexicano del año 2008* 683
- Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski (Brasil)
Bruna de França Hungaro (Brasil)
*Prisão com condenação em segunda instância: afeta
a presunção de inocência exposta na constituição brasileira?* 699

II. Interacciones entre el derecho constitucional alemán y latinoamericano

- Juan Carlos Esguerra Portocarrero (Colombia)
La dignidad humana en la Constitución 721
- Carlos Bernal (Colombia)
Nicolás Esguerra Miranda (Colombia)
*La influencia de E.-W. Böckenförde en la jurisprudencia
de la Corte Constitucional de Colombia* 733
- Danny José Cevallos C. (Ecuador)
*El Estado constitucional de derecho en América Latina
y la Ley Fundamental de Bonn. Observaciones desde
la teoría del derecho* 755

- Jorge Benavides Ordóñez (Ecuador)
*Influencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949
sobre la Constitución ecuatoriana de 2008* 781
- Francisco J. Campos Zamora (Costa Rica)
*La interpretación de la Ley Fundamental por el Tribunal
Constitucional. ¿Modelo o advertencia para América Latina?* 795
- Carlos María Pelayo Möller (México)
*Tres ideas desarrolladas por el constitucionalismo alemán
de la segunda mitad del siglo XX y su influencia en América Latina:
la idea de renovación constitucional, la dignidad humana
y los efectos horizontales de los derechos* 811
- Jesús María Casal (Venezuela)
*Los escenarios de fundación constitucional y la génesis
de la Ley Fundamental de 1949* 829
Instrucciones para la presentación de artículos 851

Juan C. Herrera* (Colombia)

Diálogo judicial y constitucionalismo transformador en América Latina: el caso de los pueblos indígenas y afrodescendientes**

RESUMEN

Este artículo describe y analiza un ejemplo de diálogo judicial transformador entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia. Para pocos es un secreto que estos tribunales se han tomado en serio los derechos a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y afrodescendientes, motivo por el cual se estudiaron integralmente sus líneas jurisprudenciales durante 25 años sobre el tema, periodo que coincide con esta edición especial del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* relacionada con los avances, cambios y desafíos en materia constitucional de las últimas décadas. Aunque se presentan tablas detalladas con todos los casos y estadísticas, la investigación se centra en el histórico precedente de la Corte Interamericana *Saramaka vs. Suriname* (2007) y en la Sentencia T-129 de 2011 de la Corte Constitucional de Colombia, de donde ha surgido el estándar de protección más plausible en la materia. Adicionalmente, se expone la relevancia del “consentimiento vinculante” como alternativa al problemático “poder de veto”.

* Investigador posdoctoral en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg. juan.herrera@upf.edu

** Una versión más amplia del presente artículo fue publicada originalmente en inglés con el título: “Judicial dialogue and transformative constitutionalism in Latin America: The case of indigenous peoples and afro-descendants”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 43, mayo-agosto de 2019, pp. 191-233. Traducción de Carolina Ochoa Gutiérrez con revisiones posteriores del autor. Quisiera expresar mi gratitud por sus acertadas y esclarecedoras críticas a Aida Torres, Ander Errasti, Andrés del Castillo, Carlos Baquero, César Carvajal, Kehinde Balogun, Manuel Góngora, Óscar Parra, Pedro Villarreal y Roy Lee; también por sus comentarios e ideas a los participantes en los seminarios y las conferencias donde fueron discutidas versiones previas del artículo [ICON-S Conferencia Anual 2017 (Copenhague 07-07-2017), III Conferencia Internacional en Política Pública ICCP3 (Singapur 06-28-2017), MPIL Agora (Heidelberg 20-04-2017), Coloquio Internacional en Derecho y Sociedad, Universidad de Barcelona (Barcelona 09-09-2016) y seminarios de Derecho Constitucional en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona 07-0-2016)]. Investigación financiada por Colciencias.

Palabras clave: afrodescendientes, constitucionalismo transformador, Corte Constitucional de Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho a la consulta previa, libre e informada, diálogo judicial, pueblos indígenas.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag beschreibt und analysiert ein vollständiges Beispiel für den transformativen Justizdialog zwischen dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem kolumbianischen Verfassungsgerichtshof. Es dürfte weitgehend bekannt sein, dass die genannten Gerichte das Recht der indigenen Völker und der Bevölkerung afrikanischer Abstammung auf vorherige, freie und informierte Anhörung ernst nehmen. Daher erfolgte eine umfassende Untersuchung der Grundlinien ihrer Rechtsprechung über einen Zeitraum von fünfundzwanzig Jahren, das heißt über einen Zeitraum, der sich mit dieser Sonderausgabe des Jahrbuchs für Lateinamerikanisches Verfassungsrecht deckt, die sich mit den verfassungsrechtlichen Fortschritten, Änderungen und Herausforderungen in den vergangenen Jahrzehnten befasst. Die Untersuchung enthält zwar detaillierte tabellarische Darstellungen zu sämtlichen Fällen sowie Statistiken, befasst sich jedoch schwerpunktmäßig mit dem vor dem IAGMR verhandelten historischen Präzedenzfall Saramaka gegen Suriname (2007) und dem 2011 ergangenen Urteil T-129 des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs, aus denen der plausibelste Schutzstandard auf diesem Gebiet abgeleitet wurde. Darüberhinaus wird die Relevanz des „verbindlichen Einverständnisses“ als Alternative zum problematischen „Vetorecht“ dargelegt.

Schlagwörter: Transformativer Konstitutionalismus, kolumbianischer Verfassungsgerichtshof, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Recht auf vorherige, freie und informierte Anhörung, Justizdialog; indigene Völker.

ABSTRACT

This article describes and analyzes a comprehensive example of transformative dialogue between the Inter-American Court of Human Rights and the Constitutional Court of Colombia. It is no secret that these courts have taken seriously the rights of indigenous and Afro-descendant peoples to prior, free and informed consultation, which is why their jurisprudential lines on the subject have been comprehensively studied for twenty-five years, a period that coincides with this special edition of the Latin American Constitutional Year-book related to the constitutional advances, changes and challenges of recent decades. Although detailed tables of cases and statistics are presented, the research is focused on the historical precedent of the Inter-American Court case of Saramaka v. Suriname (2007) and on Decision T-129 of 2011 of the Constitutional Court of Colombia, from which the most plausible standard of protection in this area has emerged. In addition, the article discusses the relevance of “binding consent” as an alternative to the problematic “veto power.”

Key words: Afro-descendants, transformative constitutionalism, Constitutional Court of Colombia, Inter-American Court of Human Rights, right to prior, free and informed consultation, judicial dialogue, indigenous peoples.

Introducción

El consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de los pueblos indígenas y afrodescendientes en asuntos que tienen el potencial de afectar sus intereses y territorios se ha convertido en una de las herramientas más poderosas que el derecho positivo y jurisprudencial ha creado en décadas recientes para proteger los derechos colectivos de estas poblaciones.¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Constitucional de Colombia (CCC) se han convertido en una especie de *faros* que irradian principios y valores supranacionales fundamentales para la consolidación del constitucionalismo transformador en la región.² En otras palabras, estos dos tribunales han establecido un diálogo supranacional por encima de preconcepciones jerárquicas o verticales.

En cuanto a la cuestión indígena en el contexto constitucional latinoamericano, Gargarella pregunta “¿cómo resolver, entonces, las cuestiones planteadas por las tensiones emergentes entre los derechos e intereses de grupos indígenas y los derechos e intereses del resto de la población?”³ Este estudio articula una respuesta a esa pregunta presentando los más relevantes y actuales estándares de jurisprudencia de acuerdo con las cortes mencionadas (secciones 1 y 2). En términos generales, esta investigación complementa y analiza críticamente la jurisprudencia y los fundamentos jurídicos del derecho al CLPI, centrándose en la cuestión del consentimiento vinculante. Por esta razón, este artículo no proporciona una revisión empírica de cómo se implementa el derecho a la consulta previa. En cambio, desarrolla una serie de argumentos y explicaciones para destacar los principales aspectos de este ejemplar diálogo judicial transformador.

En esta misma línea argumentativa, se proporcionan razones de peso para no entender la consulta previa en términos de quién veta a quién (sección 3). En la sección 4, el estudio explica las razones para considerar esta jurisprudencia como un ejemplo emblemático de diálogo y aclara algunos problemas que enfrentan el diálogo y la expansión del derecho constitucional en la región, en particular en el marco del *ius commune* latinoamericano. Finalmente, este análisis apunta a la integración

¹ Acerca del origen y el significado de la categoría consentimiento libre, previo e informado (CLPI) (FPIC - *free, prior and informed consent*), véase P. Hanna y F. Vanclay, “Human rights, indigenous peoples and the concept of free, prior and informed consent”, *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 146-157.

² Ver A. Von Bogdandy et al. *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017. Acerca de los orígenes, véase I. Klare, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal of Human Rights*, vol. 14, núm. 1, 1998, pp. 146-188, 146.

³ R. Gargarella, *Latin American constitutionalism, 1810-2010: The engine room of the constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 180-181. Las referencias en inglés también han sido traducidas y revisadas (N. del T.).

regional como una “pieza” fundamental para articular un constitucionalismo común, transformador y dialógico para la región.

1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha jugado un papel vital en la protección de los derechos de las comunidades al establecer un estándar de protección conforme con la perspectiva del constitucionalismo transformador.⁴ La jurisprudencia de la Corte exige un nivel prominente de protección y el imperativo de reconocer el CLPI. Por tanto, el espectro de protección debe

Tabla 1. Jurisprudencia de la Corte IDH en materia de consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes y de protección de sus territorios

	Caso	Año	Tema central	Decisión
1	Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua	2001	Carreteras y deforestación	Concedida
2	Yakye Axa vs. Paraguay	2005	Tierras ancestrales y desplazamiento	Concedida
3	Moiwana vs. Suriname	2005	Desplazamiento y dignidad	Concedida
4	Sawhoyamaxa vs. Paraguay	2006	Agricultura y tierras tradicionales	Concedida
5	Saramaka vs. Suriname* (Sentencia hito)	2007	Represa, deforestación y minería de oro	Concedida
6	Xámok Kásek vs. Paraguay	2010	Tierras ancestrales y reserva natural	Concedida
7	Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*	2012	Extracción de petróleo	Concedida
8	Kuna y Emberá vs. Panamá	2014	Represa y ocupación irregular	Concedida
9	Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*	2015	Ocupación ilegal de territorios y falta de protección	Concedida
10	Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*	2015	Delimitación y protección de territorios	Concedida
11	Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname*	2015	Tierras ancestrales e industrias extractivas	Concedida

Fuente: Compilación del autor a partir de la base de datos de la Corte IDH (www.corteidh.or.cr/), enero de 2018. Todos los textos están hipervinculados para consulta directa.

⁴ “El constitucionalismo transformador busca empoderar las instituciones políticas y sociales (supuestamente deficientes) de un país acercándolas a los conjuntos de principios, valores y prácticas plasmados en el texto constitucional”. (D. Landau, “A dynamic theory of judicial role”, *Boston College Law Review*, vol. 55, núm. 5, 2014, p. 1535).

considerar las particularidades de cada grupo indígena y afrodescendiente, así como sus diferentes métodos de relación con el territorio y cosmovisiones. Por ejemplo, para algunos pueblos afrodescendientes la relación con la tierra y los recursos naturales no tiene el carácter de deidad. Aclarado lo anterior, la jurisprudencia de la Corte IDH se ha ocupado de la materia en los casos ilustrados en la tabla 1.

La Corte IDH se ha pronunciado directamente sobre la consulta previa en los casos marcados con asterisco (*) en la tabla 1. Debido a las significativas consideraciones del tribunal acerca del territorio, la tabla también contiene los casos en que el tribunal estudió la protección de pueblos indígenas y afrodescendientes. Dada la estructura del sistema interamericano, contrario al que hay en Europa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) decide cuáles casos deben ser estudiados por la Corte IDH. Este “filtro” y la severidad de las violaciones pueden explicar por qué en todos los casos estudiados los jueces interamericanos han declarado la responsabilidad internacional de los Estados y han concedido la protección.

En cuanto a la esencia de la protección, la Corte del continente americano aplica el artículo 25 de la Convención en lo relacionado con el derecho a un recurso efectivo. Por otra parte, utiliza el artículo 22 relativo a la libre circulación, mientras que en los artículos 4 y 5 vincula los derechos a la vida y a la integridad física vulnerados con frecuencia. Tomando en consideración la violación de esos derechos, en especial de las garantías adquiridas por las comunidades sobre el territorio que han habitado desde tiempos inmemoriales, el sistema interamericano ha exhortado a los Estados a cambiar legislación y estatutos con el fin de proteger derechos colectivos. Además, la Corte ha enfatizado que el reconocimiento sobre la violación del derecho a la consulta previa es un mecanismo de reparación –material y simbólica– de estas comunidades afectadas.⁵

Dentro de la línea jurisprudencial de la Corte IDH sobre consentimiento,⁶ sobresale como sentencia hito⁷ la *Saramaka vs. Suriname* de 2007.⁸ Aquí, la Corte estudió su propio precedente y procedió a resolver el problema de la comunidad indígena de este Estado suramericano, el cual autorizó varias intervenciones en territorios de comunidades indígenas, como una represa, deforestación y minería. Representantes de la comunidad argumentaron que Surinam ignoró el consenso del pueblo saramaka en cuanto a intervenciones de alto impacto en sus territorios,

⁵ L. Cornejo, “New remedial responses in the practice of regional Human Rights Courts: Purposes beyond compensation”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 372-392.

⁶ Para un excelente estudio de la jurisprudencia previa al Caso Saramaka, véase J. M. Pasqualucci, “The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System”, *Human Rights Law Review*, vol. 6, núm. 2, 2006, pp. 281-322, 281.

⁷ Sobre las clases de sentencias dentro de una línea jurisprudencial y el significado de “hito”, véase D. López, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2011, pp. 161 y ss.

⁸ Corte IDH, *Caso Saramaka People vs. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172.

expresado en: a) el número de personas desplazadas en el área, b) la ausencia de indemnización para los desplazados, c) la falta de acceso a electricidad, d) las dolorosas consecuencias de la represa, e) la reducción de los recursos naturales, f) la destrucción de lugares sagrados, g) el irrespeto para con los restos de ancestros fallecidos, entre otros.

La decisión no solo se relaciona con la relevancia de la consulta previa. Adicionalmente, la Corte IDH declara que los Estados deberán: 1) proteger la participación efectiva de las comunidades de acuerdo con sus costumbres y tradiciones en el proceso de desarrollo, inversión, explotación o extracción en su territorio; 2) garantizar que las comunidades indígenas reciban los beneficios de las intervenciones en sus territorios; y 3) asegurar que no hagan concesiones en los territorios de comunidades protegidas, a menos que tenga lugar un plan social y medioambiental previo. Sin embargo, la parte más novedosa de la decisión determinó que: 4) estas condiciones serían aplicadas en todos los casos que involucren inversiones a gran escala, las cuales tienen el mayor impacto dentro del territorio de poblaciones protegidas. Por tal razón, de acuerdo con las costumbres y tradiciones específicas, es deber del Estado no solo consultar con las comunidades, sino también obtener su *consentimiento libre, previo e informado*.⁹

En conclusión, en ocasiones los pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina deben abordar intervenciones con profundos desafíos sociales y económicos. Entre ellos están: la pérdida de sus territorios tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de los recursos y la destrucción y contaminación de su entorno tradicional. El caso Saramaka señaló un camino integral para la protección jurisprudencial que ha sido confirmada en casos subsiguientes.¹⁰ En el Caso Xámok Kásek vs. Paraguay (2010), la Corte IDH se refirió al precedente de Saramaka en catorce ocasiones; en Sarayaku vs. Ecuador (2012) y en Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras (2015), citó la decisión de Saramaka cerca de veinte veces. Incluso, en litigios más recientes, el Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname (2015), efectuó más de setenta referencias directas al caso Saramaka y ha determinado profundamente la relevancia del consentimiento para proteger con efectividad los derechos involucrados.

Saramaka es un caso emblemático que estableció una protección sistemática de la autonomía y el autogobierno indígena, conforme a una perspectiva multicultural.¹¹ Desde la publicación de este precedente, las decisiones de las comunidades no deben ser solo “consideradas” o “socializadas”, sino que reafirman la existencia de “un

⁹ *Ibid.*, párrs. 133-137.

¹⁰ Véase J. Schönsteiner, A. Beltrán y Puga, y D. A. Lovera, “Reflections on the Human Rights Challenges of Consolidating Democracies: Recent Developments in the Inter-American System of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 11, núm. 2, 2011, pp. 362-389, 382-383.

¹¹ ¿Cuáles roles ha jugado el concepto de multiculturalismo en el discurso de los derechos humanos? Una respuesta poderosa se puede encontrar en D. McGoldrick, “Multiculturalism and its Discontents”, *Human Rights Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2005, pp. 27-56, 27.

derecho a la consulta, y donde sea aplicable, un deber de obtener consentimiento”.¹² Los efectos de este precedente van incluso más allá de la región latinoamericana y es posible ver el surgimiento de un diálogo entre los sistemas regionales de derechos humanos y el sistema internacional de derechos humanos.

De este modo, se ha señalado un refuerzo mutuo entre el sistema interamericano y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples - UNDRIP) y la dirección del Relator Especial de las Naciones Unidas, quien también contempla el requisito del CPLI en la mencionada declaración. De hecho, se puede decir que es la adopción de la UNDRIP lo que ha impulsado la transición hacia un mayor reconocimiento del CPLI dentro de mecanismos y cortes internacionales, regionales y nacionales.¹³ Por otra parte, en el sistema africano, su Comisión y su Corte se han basado en algunos precedentes interamericanos para precisamente fundamentar casos relacionados con grupos indígenas y tribales en esa región.¹⁴

2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

2.1. Contextualización

Académicos del derecho público han mostrado un creciente interés por el *proactivismo* de la Corte Constitucional de Colombia¹⁵ y el papel transformador de algunos de sus precedentes.¹⁶ De hecho, la consulta previa y los derechos indígenas son uno

¹² Para un análisis detallado del caso, véase E. Olivares, “Indigenous Peoples’ Rights and the Extractive Industry: Jurisprudence from the Inter-American System of Human Rights”, *Gottingen Journal of International Law*, vol. 5, núm. 1, 2013, pp. 187-204, 187.

¹³ Véase L. Rodríguez, *The Inter-American System and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Mutual Reinforcement*, en S. Allen y A. Xanthaki (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Londres, Hart Publishing, 2011, pp. 457-484; M. Barelli, “Free, Prior and Informed Consent in the Aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Developments and Challenges Ahead”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 16, núm. 1, 2012, pp. 1-24.

¹⁴ Véase, entre otros, B. Saul, *Indigenous Peoples and Human Rights: International and Regional Jurisprudence*, Londres, Bloomsbury, 2016, p. 163; o la reciente oportunidad perdida en el Caso African Commission on Human and Peoples’ Rights vs. Republic of Kenya, Aplicación 006 de 2012, Sentencia del 26 de mayo de 2017.

¹⁵ D. Landau, “The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America”, *George Washington International Law Review*, vol. 37, núm. 3, 2005, pp. 687-744, 736.

¹⁶ R. Uprimny, “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en R. Gargarella y T. Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 127.

de los ejemplos en los que es posible encontrar un buen referente de compromiso vigoroso con el constitucionalismo transformador.¹⁷

En Colombia, antes de la Constitución de 1991, los grupos y las personas de las poblaciones indígena, afrocolombiana, isleña raizal, palenquera y Rom estaban “por fuera de la Constitución”.¹⁸ Después de la(s) independencia(s), estas comunidades fueron obligadas voluntaria o involuntariamente a residir en áreas periféricas como la región del Amazonas en el sur, la costa del Pacífico en el occidente y el Caribe en el norte. Asimismo, el proceso de “desarrollo” reforzado y comandado por ciudades principales –como Bogotá, con más de ocho millones de habitantes en el centro del país; Medellín, con 3,7 millones en el noreste; Cali, con 2,9 millones en el sur; o Barranquilla, con 1,8 millones en el norte– representa una amenaza directa para los grupos mencionados.¹⁹

En los últimos cincuenta años, se han visto avances y desarrollos cada vez más rápidos en centros urbanos y de producción industrial tanto en la esfera nacional como internacional. La sobrepoblación y otros factores vinculados al desarrollo han creado un problema de al menos dos aristas principales. Por un lado, actores nacionales e internacionales están explorando y explotando los recursos naturales en áreas donde estas comunidades han vivido durante siglos. Por otro lado, la violencia cíclica del país en algunos casos y la influencia *occidental* en otros están presionando a grupos y a familias a desplazarse de pequeñas comunidades rurales hacia áreas urbanas.²⁰ Estos cambios dramáticos a menudo resultan en una calidad de vida inadecuada y en algunos casos están llevando a estos grupos vulnerables al borde de la indigencia o la mera supervivencia.²¹

¹⁷ M. J. Cepeda y D. Landau, *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*, Nueva York, Oxford University Press, 2017, p. 241.

¹⁸ R. Gargarella, “‘We the People’ outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances”, *Current Legal Problems*, vol. 67, núm. 1, 2014, pp. 1-47.

¹⁹ La población total de Colombia para 2005 fue de 42.888.592 habitantes; la proyección 2017 estaba en alrededor de 49.000.000. Las comunidades indígenas son aproximadamente 3,43% del total de la población, 10,62% son afrocolombianos, 0,01% son Rom y el 85,94% clasificamos como sin etnia (DANE, *Colombia, una nación multicultural, su diversidad étnica*, Bogotá, DANE, 2007).

²⁰ Cerca de 50% de los pueblos indígenas latinoamericanos se ha desplazado a centros urbanos. Véase World Bank, *Indigenous Latin America in the Twenty-First Century: The First Decade*, Washington, World Bank Group, 2015, pp. 17-27.

²¹ Por ejemplo, el caso de la comunidad nukak makú. Más del 50% de su población ha sido desplazada de sus territorios nómadas tradicionales debido al conflicto armado o por las acciones de colonos. La población es estimada en 450-550 sobrevivientes (R. Stavenhagen, *Peasants, Culture and Indigenous Peoples: Critical Issues*, Heidelberg, Springer-Colegio de México, 2013, pp. 151-152).

2.2. Protección legal y constitucional²²

La Constitución de Colombia de 1991 tiene disposiciones que directamente protegen a los pueblos indígenas y contemplan la plataforma perfecta para los derechos de participación de estos grupos, que históricamente han estado sujetos a discriminación. Las disposiciones más relevantes son: el artículo 7 (diversidad étnica y cultural), el artículo 10 (lenguas), el artículo 40 (participación ciudadana), el artículo 171 (circunscripción especial para comunidades indígenas en el Senado) y los artículos 246, 286, 287, 329 y 330 (sobre territorios indígenas como entidades administrativas, y sobre facultades, gestión, jurisdicción judicial y desarrollo de políticas). La elevación a rango constitucional de los artículos mencionados fue equivalente a una pequeña revolución, en la medida en que en tiempo récord desarrolló estratégicamente aspectos relevantes del Convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Tabla 2. Consulta previa y derechos de los pueblos indígenas en la Constitución Política de Colombia (art. 330)

(i)	Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
(ii)	Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
(iii)	Promover inversiones públicas en sus territorios y asegurar su debida ejecución.
(iv)	Percibir y distribuir sus recursos.
(v)	Velar por la preservación de los recursos naturales.
(vi)	Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
(vii)	Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno nacional.
(viii)	Representar a los territorios ante el Gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren.
(ix)	Las que les señalen la Constitución y la ley.
(x)	Propiciar la participación de las comunidades en materia de explotación de recursos sin perjuicio de la integridad de estos.

Fuente: Compilación del autor.

²² Las referencias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia serán identificadas con el estilo usado por el tribunal. Por ejemplo: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011. Los precedentes son fáciles de encontrar en la página de la Corte (www.corteconstitucional.gov.co) y están hipervinculadas en las tablas 3 y 4 del Apéndice de este artículo.

El artículo 330 constitucional es la principal fuente de conexión entre la consulta previa y los derechos de los pueblos indígenas. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas están gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y las costumbres de sus comunidades y ejercen las funciones señaladas en la tabla 2.

Como parte esencial del núcleo de protección, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 estableció el siguiente mandato:

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 a dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

La constitucionalización de las garantías descritas introdujo un importante instrumento de protección y un mecanismo de legitimación para pueblos indígenas y afrodescendientes. En parte, como forma de reparar siglos de violaciones sistemáticas de sus derechos y territorios. Desde entonces, por primera vez, Colombia reconoció constitucionalmente su realidad nacional y regional, que en términos jurídicos se ha traducido en la configuración de un Estado multicultural.

En materia de reformas legales, el debate más relevante en la actualidad es sobre la regulación de la consulta previa como derecho fundamental. Para discutir esto, se requiere la expedición de una Ley Estatutaria, la cual exige una mayoría absoluta y que sea discutida en el periodo legislativo de un año. Además, la legislación aprobada está sujeta a revisión obligatoria por la Corte Constitucional.

El Gobierno colombiano, el sector privado y varias organizaciones civiles y de liderazgo están tratando de discutir un borrador que, paradójicamente, está estancado, dada la falta de consulta previa. Sin embargo, la solución no es la regulación *per se*.²³ En las siguientes secciones, esta investigación mostrará los elementos básicos o los estándares que deben ser considerados en legislaciones futuras en Colombia y, por qué no, en otros países o sistemas. Siguiendo la propuesta del *ius constitutionale commune en América Latina*,²⁴ en el presente artículo recopiló y explico los resul-

²³ Las conclusiones que han llegado de Perú sobre la implementación de una ley de esta tipología no son las mejores: “Hemos encontrado que la influencia real ejercida por los grupos consultados acerca del contenido de la ley y el decreto fue en exceso limitada” (A. Schilling-Vacaflor y R. Flemmer, “Conflict Transformation through Prior Consultation? Lessons from Peru”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 47, núm. 4, 2015, pp. 811-839, 835). En cuanto al contexto, véase C. Wright, “Indigenous Mobilisation and the Law of Consultation in Peru: A Boomerang Pattern?”, *The International Indigenous Policy Journal*, vol. 5, núm. 4, 2014.

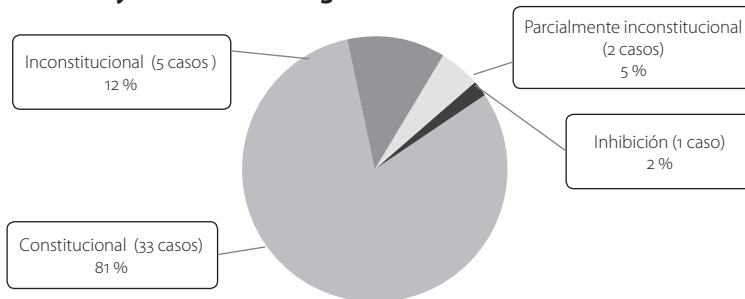
²⁴ El *ius commune* en América Latina (ICCAL) “cree en el potencial transformador del derecho si se integra adecuadamente en procesos sociales más amplios. Además, se fundamenta y reconstruye en la actividad judicial con una agenda transformadora” (A. von

tados principales de la jurisprudencia de la Corte colombiana y de la Corte IDH. El objetivo es demostrar cómo y por qué se ha desarrollado este diálogo judicial y, a su vez, precisar por medio del ejemplo por qué puede ser considerado como el estándar más equilibrado en materia de protección de la consulta previa.

2.3. Revisión constitucional de medidas legislativas (control abstracto)

El control abstracto es complejo debido a la dificultad que conlleva la revisión de legislación en abstracto y, en efecto, precisar exactamente qué debía ser consultado con las comunidades en materia de regulaciones. Una lista completa de los casos en los que la CCC revisó la legislación puede encontrarse en la tabla 3 del Apéndice de este estudio. La figura 1 muestra solo dos casos, de 41 (5%), en los que la Corte Constitucional anuló apartes de la legislación que afectaban directamente el derecho a la consulta previa, y en solo 5 casos (12%) la totalidad de la regulación fue declarada inconstitucional.

Figura 1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes (25 años). Control abstracto y revisión de la legislación



Fuente: Elaboración del autor a partir de la base de datos de la Corte Constitucional (www.corteconstitucional.gov.co). Ver detalles en el Apéndice (tabla 3).

Contrario a las críticas que consideran que la consulta previa es un tema problemático para el modelo de “desarrollo” y el “interés general”,²⁵ en más del 80% de los asuntos revisados (33 casos) la Corte declaró la constitucionalidad de la legislación estudiada (figura 1). En solo una ocasión, la “inhibición” fue el mecanismo para rechazar el estudio de fondo debido a la ineptitud de la demanda (2%). La Sentencia

Bogdandy et al., *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 19).

²⁵ *El Espectador*, “La satanización de la consulta previa”, Editorial, 25 de febrero de 2016.

C-030 de 2008 se destaca claramente como el precedente más importante en relación con el control abstracto de leyes y la consulta previa.²⁶ En palabras de la propia Corte:

... es la sentencia C-030 de 2008 la que re-conceptualiza la línea jurisprudencial y avanza en el establecimiento de los requisitos y características de la consulta. Esto es, se erige en el precedente principal en esta materia, ya que consolida el parámetro de control que consiste en la realización de la consulta previa en el proceso de formación de las leyes, como garantía de la realización del derecho de dichas comunidades de participar en las decisiones que las afectan directamente.²⁷

Para interpretar el contenido y el alcance de las medidas legislativas en casos específicos, en la Sentencia C-030 se distinguió entre el impacto directo en los pueblos indígenas y afrodescendientes y el impacto en la sociedad colombiana en general. Por ejemplo, la regulación minera afecta o atañe a todos los ciudadanos colombianos. Sin embargo, ante un capítulo o artículo que menciona o que afecte exclusivamente a los pueblos indígenas y afrodescendientes, la CCC revisa si las comunidades protegidas fueron consultadas durante el proceso legislativo.

Para este fin, la Corte ha implementado varios métodos hermenéuticos: 1) la interpretación textual del cuerpo jurídico; 2) la interpretación sistemática; 3) la interpretación histórica; 4) la interpretación contextual, incluyendo los precedentes y las controversias alrededor del proceso de reglamentación; y 5) la interpretación teleológica, entre otras. En resumen, el elemento clave exigido por la Corte es el impacto directo de la regulación en los intereses de la comunidad. En los casos en que es posible probar o encontrar falta de consulta previa, la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad de algunos artículos o de toda la ley, que, valga repetirlo, no ha superado el 17% de la totalidad de los asuntos revisados en el periodo 1992-2017.

En los casos marcados con asterisco (*) en la tabla 3 (Apéndice), la Corte ha declarado la constitucionalidad estableciendo especificaciones adicionales a ser consideradas en la implementación o dado el marco de la interpretación fijado por los precedentes en materia de tutela. La Sentencia C-389 de 2016, la última del periodo jurisprudencial estudiado en materia de control abstracto, es un excelente ejemplo para explicar la vigencia y consolidación de lo que he denominado “consentimiento vinculante”. Esta decisión recapituló los principales precedentes en materia de control abstracto y reafirmó las subreglas establecidas por la CCC en la Sentencia T-129 de 2011, y las demás decisiones relacionadas con las intervenciones directas en los territorios de las comunidades (es decir, por medio de acciones de tutela). La Sala

²⁶ Algunos casos específicos son explicados en la Sección 4.4.3 de la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-196 de 2012. Para un resumen en inglés, véase Cepeda y Landau, *op. cit.*, pp. 264-270.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-253 de 2013, considerando 6.3.5.

Plena de la Corte, en la Sentencia C-389 2016, determinó que en las intervenciones directas en los territorios protegidos resulta fundamental tener en cuenta que:

... las comunidades étnicas deben ser consultadas con relación a los proyectos de minería susceptible de afectarlas directamente (C-371 de 2014, T-129 de 2011, T-769 de 2009, entre muchas otras). Y [hacerlo] si, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, las decisiones que afecten directa e intensamente sus derechos sólo se implementan en caso de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades.²⁸

En resumen, la CCC ha mantenido un compromiso firme con el objetivo de establecer un estándar balanceado de protección frente a las comunidades nativas y sus derechos. En paralelo, ha establecido un diálogo judicial con la Corte IDH y los instrumentos internacionales, especialmente con el esquema de protección fijado por el Caso *Saramaka vs. Suriname* de 2007 y recogido a partir de las sentencias T-769 de 2009 y T-129 2011, así como las muchas otras que refuerzan y solidifican lo que D. Bonilla apropiadamente ha acuñado como “modelo multicultural pluralista”.²⁹

2.4. Sentencias de tutela o amparo (control concreto)

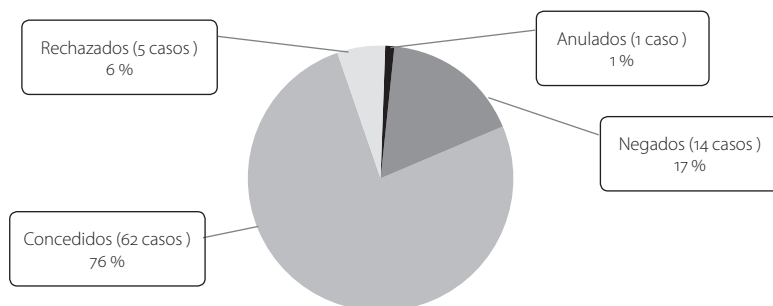
En varias ocasiones, la Corte Constitucional ha estudiado situaciones en las que los pueblos indígenas y afrodescendientes han alegado la violación de sus derechos o la explotación de recursos naturales en sus territorios. De entrada, es posible afirmar que, una vez que la CCC decide seleccionar un asunto de tutela para revisión, existirá una alta probabilidad de que la cuestión sea fallada a favor de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. La tabla 4 del Apéndice muestra la jurisprudencia relativa a intervenciones directas (control concreto) en territorios protegidos por la consulta previa, cuyo resumen está ilustrado en la figura 2.

En el 76% de las sentencias estudiadas, la Corte determinó que existió la violación del derecho a la consulta previa y ordenó la protección. Por su parte, en el 24% de los otros asuntos no accedió a la solicitud de protección, a saber: en catorce casos, denegados por no configurarse la violación (17%); en cinco casos, rechazados por existir otros mecanismos de defensa o más apropiados (6%); y un solo asunto, en el que la Corte anuló la decisión debido a la integración indebida del contradictorio (1%).

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-389 de 2016.

²⁹ “Este modelo apela por una estructura pluralista del Estado, así como de igualdad intercultural, la justicia correctiva, los derechos de autogobierno y la integridad cultural para justificar y dar contenido al derecho a la consulta previa” (D. Bonilla, *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, p. 35).

Figura 2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes (25 años). Control concreto



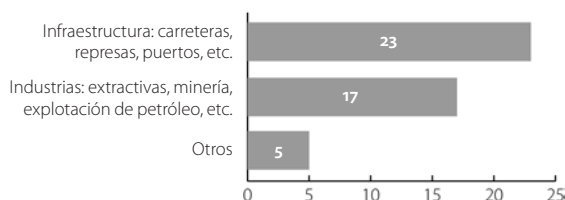
Fuente: Compilación del autor a partir de la base de datos de la Corte Constitucional (www.corte-constitucional.gov.co/). Ver detalles en el Apéndice (tabla 4).

Igualmente importante, este estudio separa las macro y microintervenciones para mostrar las diferentes escalas de situaciones que los pueblos protegidos por el Convenio 169 de la OIT han enfrentado en Colombia. La línea divisoria entre las categorías proviene de la escala o el impacto de las intervenciones (ver figuras 3 y 4).

Así, despertaron la atención de la Corte 23 veces (ver figura 3) distintas interferencias en proyectos de infraestructura o intervenciones relacionadas con carreteras, represas, puertos y proyectos a gran escala. De otra parte, las industrias extractivas fueron la razón para que la Corte interviniera en 17 ocasiones. Adicionalmente, en 5 casos se revisaron asuntos relacionados con la construcción de una base y torres militares o para el uso de la tutela, con el fin de interrumpir el proceso legislativo. En total, se dictaminaron 45 sentencias relacionadas con macrointervenciones.

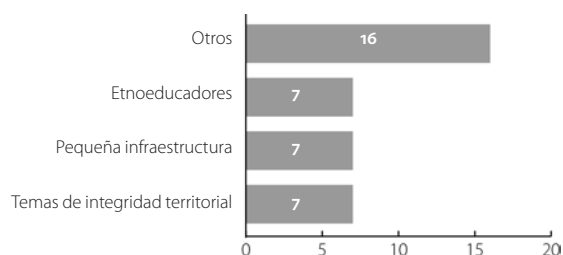
En materia de las “micro”, la Corte estudió 37 asuntos (ver figura 4). Entre ellas revisó construcciones de pequeña infraestructura, como un desagüe o un balneario de lujo en la isla de Providencia (siete casos similares). Además, siete casos de etnoeducadores que operaban en zonas de resguardo sin la autorización de las

Figura 3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes (25 años). Macrointervenciones y control concreto



Fuente: Compilación del autor a partir de la base de datos de la Corte Constitucional (www.corte-constitucional.gov.co/). Ver detalles en el Apéndice (tabla 4).

Figura 4. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes (25 años). Microintervenciones en control concreto



Fuente: Compilación del autor a partir de la base de datos de la Corte Constitucional (www.corteconstitucional.gov.co). Ver detalles en el Apéndice (tabla 4).

comunidades para enseñar en sus territorios. En los otros casos, se trató de la reubicación de un vendedor informal en una playa privada o de una estación de radio móvil en territorios indígenas (dieciséis casos diferentes). Esta división de macro y microintervenciones muestra que la CPLI de las comunidades debe ser verificada sin importar la escala de la intervención, de acuerdo con los argumentos que se exponen a continuación.

3. Principales desarrollos de la jurisprudencia colombiana

Este artículo no proporciona una revisión empírica sobre la implementación de la consulta previa. Sin embargo, esta sección del estudio complementa y anota críticamente la aproximación doctrinaria de D. Bonilla para construir y reforzar la comprensión de la jurisprudencia colombiana. Bonilla considera que la jurisprudencia de la Corte en materia de consulta previa ha atravesado tres etapas principales: 1) de *monismo liberal intercultural*, en la que la Corte separa el consentimiento y la consulta (SU-039 de 1997); 2) de *monismo liberal procesal*, cuya jurisprudencia sitúa la consulta previa dentro de una estructura monista del Estado y argumenta que la CPLI no es un componente de este derecho (por ejemplo, C-030 de 2008, C-615 de 2009 y C-175 de 2009, entre otras); y 3) de *pluralismo liberal multicultural*, en la cual la integridad cultural y el autogobierno están relacionados con el derecho al veto, y este derecho está vinculado con una interpretación pluralista *pro homine* (iniciada por la Sentencia T-769 de 2009 y explicada ampliamente en la T-129 de 2011).³⁰

³⁰ De las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia emitidas después de la publicación de la T-129 de 2011, 44 de 64 (en control concreto) y 6 de 23 (en control abstracto) han citado o aplicado los estándares derivados de ese precedente histórico hasta finales de 2016: cfr. Sentencias de 2011: T-601, T-693, T-698, C-882; de 2012: T-376, C-395, T-513, T-514Z, C-641, T-680, T-693, T-993, T-1080; de 2013: T-049, C-068, T-245, T-172, T-300, T-657, T-858;

En el momento de la publicación de su libro en 2013, Bonilla había estudiado veintitrés casos. En el presente estudio (ver tablas 3 y 4 del Apéndice), se examinan 82 decisiones de tutela y 41 relativas a revisión de la legislación, para un total de 123 casos. Sin embargo, las categorías siguen siendo válidas con las modificaciones que este análisis presenta y aclara al respecto. En especial, las incluidas por la SU-133-17, de 2017, que confirmó y fusionó las decisiones de control concreto y abstracto que la CCC ha desarrollado en un cuarto de siglo de jurisprudencia y protección del derecho de los pueblos indígenas y afrodescendientes a la consulta previa e informada. Este precedente confirmó la *ratio decidendi* del caso C-389 de 2011 y la Sentencia T-129 de 2011 y de los otros asuntos que desarrollaron sus principios. Valga aclarar que el principal mensaje detrás de este tipo de sentencia de unificación (SU) es aclarar y corregir contradicciones en casos específicos.³¹ Adicionalmente, una razón objetiva para establecer un límite temporal a la presente investigación.

3.1. ¿Por qué la Sentencia T-129 de 2011 es transformadora?

El asunto de la Sentencia T-129 involucró una mezcla de problemas relacionados con la comunidad emberá katío, que está ubicada cerca de la frontera con Panamá. El pueblo indígena mencionado estaba enfrentando la construcción de la vía Panamericana, proyectos mineros de oro, instalación de torres eléctricas y la apropiación sistemática de sus territorios por parte de colonos.³² La Corte estudió los estándares desarrollados para las decisiones enlistadas en el Apéndice (ver tablas 4 y 5) e incluyó otros a partir de un diálogo ejemplar con la Corte IDH en el caso de *Saramaka vs. Surinam* de 2007.

Para la jurisprudencia colombiana, la consulta previa constituye un derecho fundamental. Esta categoría es enteramente producto de la elaboración jurisprudencial, dadas las múltiples conexiones con varias garantías esenciales.³³ El estándar fijado por la Corte (ver tabla 5 del Apéndice) señala que el proceso de consulta debe ser estudiado por las autoridades usando una estrategia de enfoque diferencial. Además, deben tenerse en cuenta las tradiciones específicas de los grupos involucrados, incluyendo la duración del proceso de consulta y los ingredientes de cada caso concreto. Aparte de esto, el precedente determina la relevancia de una licencia medioambiental y un plan de gestión arqueológica antes de la intervención en territorios protegidos.

Con la Sentencia T-129 se introdujo un concepto elemental en la línea jurisprudencial con el objetivo de entender que la consulta previa no solo abarca la etapa

de 2014: T-204, T-294, T-353, C-371, T-384A, T-396, T-461, T-462A, T-646, T-800, T-849, T-969; de 2015: T-247, T-256, T-438, T-485, T-550, T-660, T-661, T-766, T-005; de 2016: T-197; de 2016: C-389, T-213, T-226, T-288A, T-436, T-475, T-530 y T-704.

³¹ Las sentencias de unificación (SU) se discuten extraordinariamente en la Sala Plena del Tribunal.

³² Para más detalles sobre los hechos del caso, véase Cepeda y Landau, *op. cit.*, pp. 268-270.

³³ Por esta razón, la regulación debe hacerse por medio de una ley especial o Ley Estatutaria.

“previa”, sino que, de acuerdo con revisiones posteriores, puede ser “antes”, “durante” o “después” de la intervención. En adición, se especificaron tres situaciones en las que es obligatorio seguir la CPLI:

1. Cuando involucre el traslado o el desplazamiento de las comunidades.
2. Cuando involucre el almacenamiento o el vertido de residuos tóxicos.
3. Cuando represente un alto impacto social, cultural y medioambiental en la comunidad que pueda poner en peligro su existencia y continuidad.³⁴

En el caso de estar frente a alguna de las situaciones descritas, si la entidad interesada en intervenir en los territorios protegidos no logra obtener la aprobación de la comunidad, primará el principio de interpretación *pro homine* en favor de los derechos fundamentales de la comunidad involucrada y, en consecuencia, se podrá rechazar la intervención.³⁵

3.2. ¿Existe un poder de veto?

¿Es plausible sostener que en las situaciones descritas la interpretación *pro homine* es un tipo de poder de veto? Bonilla considera que la Corte declaró que “el derecho a la consulta incluye el poder de veto para las minorías culturales en ciertas circunstancias”.³⁶ Según este autor, la Sentencia T-129 constituye la piedra angular de un nuevo modelo de enfoque llamado “pluralista”, en contraste con la interpretación “monista” utilizada en decisiones anteriores, aquello que en este artículo denomino “consentimiento vinculante”.³⁷

No obstante, otros expertos consideran lo contrario. Por ejemplo, Abello señala: “Infortunadamente, el último fallo que está siendo revisado (T-129/11) establece que la consulta previa no es un derecho de veto, lo cual contradice los postulados de la decisión”.³⁸ Otra crítica establece que “es cierto que la consulta es un derecho

³⁴ La Corte aceptó las recomendaciones formuladas por el Relator Especial de la ONU James Anaya acerca de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, hechas el 26 de mayo de 2011 después de la promulgación de la ley de consulta previa en Perú.

³⁵ El principio *pro homine* “relativiza la protección absoluta de derechos en conflicto [...] por lo tanto crea una circunstancia abierta para lograr un equilibrio apropiado más favorable a personas en cuanto a la sustancia de la cuestión” (Y. Negishi, “The *Pro Homine* Principle’s Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control”, *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 2, 2017, pp. 457-481, 479-480).

³⁶ “Introduce un elemento que contradice la interpretación que la Corte ha articulado sobre la consulta previa en las dos etapas anteriores: el derecho al veto [...]. Si ningún acuerdo es alcanzado, la minoría tendría el derecho al veto; [...] la Corte indica que las minorías culturales tienen derecho al veto” (Bonilla, *op. cit.*, pp. 243 y 290, respectivamente).

³⁷ “Consentimiento vinculante” como menos problemático y disímil que “veto”.

³⁸ C. J. Abello, “Consulta previa en casos de minería para comunidades indígenas y tribales”, *Trans-pasando Fronteras*, núm. 2, 2012, pp. 111-124, 122.

fundamental; sin embargo, no constituye un derecho al veto [...] la participación no implica el veto [...] [y] el derecho a la participación podría confundirse en el imaginario popular con un derecho al veto –y que, dicho sea de paso, este pueda ejercerse de mala fe o pretenda obstaculizar o retardar”.³⁹

De acuerdo con Yriart, para la CCC “la doctrina del no veto está por fuera del cuerpo jurídico que la Corte ha desarrollado sobre el tema”.⁴⁰ En contraste, F. Vallejo afirma que, sin ser un derecho de veto, se “deben tener en cuenta las consideraciones hechas por las comunidades tradicionales durante el proceso de consulta”.⁴¹

Sobre la base de lo expuesto, resulta evidente que, según algunos intérpretes académicos de la jurisprudencia constitucional, se configuró un poder de veto para algunos casos, mientras que otros opinan lo contrario. Como exfuncionario de la CCC, tuve la oportunidad de sustanciar la Sentencia T-129 con la supervisión y bajo las órdenes del exmagistrado Jorge I. Palacio. La cuestión del “poder de veto” fue una de las principales preocupaciones, así como lo fueron el resto de las innovaciones introducidas por la sentencia.⁴² Aclarado lo anterior, resulta clave precisar que ningún pasaje de la sentencia afirma expresamente que se haya instituido un poder de veto. De hecho, en el apartado 7.1 la Corte preguntó: “¿Es el derecho al consentimiento libre, previo e informado un poder de veto?” y la sentencia respondió enfatizando que el problema no tenía por qué ser resuelto en términos de “quién veta a quién”.⁴³

Como bien señala Padilla, la CCC sugiere mirar más allá del veto y considera que la consulta es un ejercicio y una experiencia de formación democrática cultural. Sin embargo, “en casos de una respuesta negativa de un pueblo indígena a una iniciativa que considera que lo lesiona gravemente, lo que se ejerce es el derecho a la libre determinación y no, como se pretende llamar, alguna forma de derecho de veto”.⁴⁴

Dejando a un lado las interpretaciones de fuentes secundarias, respecto a cuestión del veto la propia CCC en nueve sentencias de Sala Plena afirmó en *dicta* con

³⁹ C. E. Salinas, “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, vol. 1, núm. 27, 2011, pp. 235-259, 241.

⁴⁰ M. Yriart, “Jurisprudence in a Political Vortex. The Right of Indigenous Peoples to Give or Withhold Consent to Investment and Development Projects - The Implementation of *Saramaka v. Suriname*”, en Y. Haeck, O. Ruiz-Chiriboga y C. Burbano (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 502.

⁴¹ F. Vallejo, “El proceso de consulta previa en los fallos de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 2, 2016, p. 169.

⁴² Especialmente, con Mauricio Dueñas y asesores de otros despachos como Clara E. Reales, Aquiles Arrieta y Armin Sattler.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11, Sección 7.

⁴⁴ G. Padilla Rubiano, “Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales. Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado”, en C. Steiner (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 19, Bogotá, Universidad del Rosario y Konrad Adenauer-Stiftung, 2013, p. 365.

escasa elaboración que “no existe un poder de veto debido al hecho de que ningún derecho es absoluto”.⁴⁵ De estos precedentes, la Sentencia C-641 de 2012 fue la única en sugerir “la imposibilidad de trazar una regla uniforme a este respecto”.⁴⁶ Por fortuna, la Sentencia C-389 de 2016 que cerró el periodo de los magistrados de los años 2009-2017 aclaró posibles dudas acerca del tema.⁴⁷ De acuerdo con la Corte, la implementación de una medida que directa e intensamente afecta los derechos fundamentales de los pueblos indígenas “es inadmisibles sin su consentimiento, no por la discusión hoy en día obsoleta en torno a la existencia o no de un derecho al veto, sino porque es abiertamente irrazonable y desproporcionada”.

La expresión “veto” genera la impresión de una barrera arbitraria, que no requiere razones para imponerse frente a otros puntos de vista y vías de acción y, por lo tanto, no parece responder adecuadamente al sentido que inspira la consulta, concebida como un diálogo de buena fe, entre iguales, y destinado a alcanzar acuerdos que tomen en consideración los impactos ambientales, sociales y económicos de una medida, en un intento de conciliar concepciones de desarrollo diversas.⁴⁸

En términos generales, la reconstrucción doctrinaria y filosófica de Bonilla todavía continúa jugando un papel importante. La Sentencia T-129, complementada por la T-326 de 12,⁴⁹ establece claramente que la interpretación y la aplicación de la Constitución tiene que acoplarse a los principios *pro homine* y de proporcionalidad en materia de consulta previa.⁵⁰ En algunos casos, las consecuencias pueden incluir la interrupción o congelación del proceso de intervención. No obstante, resulta fundamental aplicar estos principios y subreglas a los ingredientes específicos de cada caso concreto. Por ejemplo, tal y como aconteció en la Sentencia T-129, en el evento de que sea posible reubicar una carretera sin afectar directamente a una comunidad, no habrá lugar a que proceda el efecto del consentimiento vinculante y la autodeterminación del pueblo. Por el contrario, si el impacto de un proyecto minero específico afecta a la comunidad en términos de desplazamiento, residuos

⁴⁵ Véanse, por ejemplo, de la Corte Constitucional de Colombia, los casos de las providencias C-882 de 2011, C-366 de 2011, C-367 de 2011, C-937 de 2011, C-331 de 2012, C-540 de 2012, C-068 de 2013, C-253 de 2013 y C-371 de 2014.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-641 de 2012, considerando 4.

⁴⁷ Estos criterios también pueden encontrarse en Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-530 de 2016 y T-704 de 2016, entre otras.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-389 de 2016.

⁴⁹ La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-376 de 2012 hace un señalamiento en el caso T-129 de 2011 aplicando el principio de proporcionalidad para aclarar y equilibrar la participación de las comunidades en el proceso de consulta. Véanse las consideraciones 25-31 de la Sentencia T-376 de 2012.

⁵⁰ En especial el Poder Ejecutivo.

tóxicos y/o alto impacto que implique poner en peligro su existencia y continuidad, habrá lugar a un consentimiento vinculante y ejercicio de la autodeterminación.⁵¹

4. Un ejemplo emblemático de diálogo judicial y constitucionalismo transformador

El término *diálogo* denota el intercambio de argumentos para alcanzar un acuerdo. De igual modo, la noción se traduce en conversación, discusión o discurso, terminología y práctica ampliamente difundidas en el contexto supranacional europeo. La relación dialógica puede ser descriptiva o explicativa o puede dar lugar a argumentos que proporcionen un entendimiento común del derecho.⁵² En otras palabras, la comunicación entre tribunales se deriva del deber y hasta de la obligación de “tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio derecho”.⁵³ En América Latina, es posible encontrar un entendimiento similar en materia del diálogo entre tribunales e incluso entre más instituciones.⁵⁴ En especial, por medio de diferentes actores o de la participación ciudadana en la revisión de la legislación y en la comprensión de los derechos.⁵⁵

Considerando dichas nociones, esta investigación está enfocada en las nociones de diálogo entre tribunales, aunque llamando a un entendimiento más amplio del diálogo y los mecanismos dialógicos. En cuanto a la primera noción de diálogo, M. Morales precisamente resalta la relación “emblemática” entre la Corte Constitucional de Colombia y la Corte IDH en su referencia al Caso Saramaka y la Sentencia T-129. En palabras de Morales, es necesario “explorar cómo otros tribunales nacionales van adoptando los estándares del sistema interamericano, lo que representa esencialmente la base del *ius constitutionale commune* en los derechos fundamentales

⁵¹ Debates en relación con el poder de veto también se están abordando en foros internacionales y en otras jurisdicciones. Véase C. Doyle, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The Transformative Role of Free, Prior and Informed Consent*, Londres, Routledge, 2015, pp. 161-167.

⁵² A. Torres, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 106.

⁵³ R. Bustos, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, pp. 13-63, 21.

⁵⁴ P. A. Acosta, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

⁵⁵ “El primer tribunal en comprometerse con este tipo de prácticas dialógicas fue la Corte colombiana [...]. Los tribunales latinoamericanos han demostrado una enorme creatividad en materia del diseño y la implementación de mecanismos dialógicos” (R. Gargarella, “Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism”, en T. Bustamante y B. Gonçalves (eds.), *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, Ginebra, Springer, 2016, pp. 119-120).

desarrollado jurisprudencialmente”.⁵⁶ Además, Góngora señala la “coevolución” y la “convergencia” en la jurisprudencia de ambas cortes.⁵⁷ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoce que la CCC ha estado cumpliendo un rol de importancia significativa y destaca el hecho de que el tribunal colombiano ha desarrollado una “rica y progresiva jurisprudencia”, en particular, respecto al derecho al consentimiento libre, previo e informado.⁵⁸

Los precedentes introducidos por la Corte Constitucional colombiana, especialmente en la Sentencia T-129, establecieron varios avances en el estándar de protección de la consulta previa en la jurisprudencia nacional e incluso se ampliaron en comparación con la jurisprudencia interamericana. Por un lado, paradójicamente, la CCC removió la concepción de consulta del ámbito de lo “previo”. En otras palabras, el Convenio 169 de la OIT siguió limitando la consulta a esta etapa, desestimando el derecho y reduciendo la voz de las comunidades a lo largo del proceso de intervención. Por otro lado, complementó el diálogo con el refuerzo de las ventajas *pro homine* en las intervenciones más peligrosas que impliquen la desaparición de la comunidad.⁵⁹

La idea de consulta previa en varios casos fue considerada dentro de una especie de proceso informativo y de socialización o en lugar de un escenario real de consulta. De hecho, una vez agotado el proceso de consulta, la opción para alegar o reclamar queda en manos de un largo proceso de responsabilidad administrativa o privada, escenario en el cual abogados y consultores en exceso bien remunerados defienden los intereses de actores privados o públicos retrasando discusiones o posponiendo la decisión a expensas del desplazamiento de pueblos indígenas, la deforestación y/o polución de ríos.

Grandes corporaciones o instituciones públicas realizan un análisis de costo-beneficio de los daños colaterales relacionados con la explotación de recursos naturales o de pueblos versus la indemnización por destruir un río o una tradición oral de una comunidad indígena. Sin embargo, hay cuestiones que el dinero no puede comprar, y por ello resulta clave recordar que cada modelo de desarrollo implica

⁵⁶ M. Morales, “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*”, en A. von Bogdandy, H. Fix-Fierro y M. Morales (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM y MPIL, 2014, p. 283.

⁵⁷ “La tendencia convergente de estos procesos tiene un enorme potencial para desarrollar jurisprudencialmente un derecho constitucional interamericano” (M. Góngora, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en E. Ferrer, A. von Bogdandy y M. Morales (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. II, México, MPIL e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 403).

⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Protección de los Derechos Humanos en el Contexto de la Extracción, la Explotación y el Desarrollo de Actividades, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015.

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011, Sección 8.

respetar ciertos límites morales.⁶⁰ Los principios y valores que han sido explicados por los tribunales estudiados son de lejos más relevantes que el modelo arquetípico occidental de “desarrollo”. El llamado de la CCC y de la Corte IDH en su jurisprudencia está orientado a empoderar la voz de los pueblos indígenas y afrodescendientes, porque permite que sus voces y su consentimiento vinculante sean escuchados *antes, durante y después* de las intervenciones en sus territorios.

La Corte nacional reformuló el precedente interamericano del Caso Saramaka aplicando una técnica de solución similar, pero implementando una cláusula basada en las recomendaciones del Relator Especial de la ONU sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas junto con el principio *pro homine*. En consecuencia, el consentimiento vinculante en casos en que los grupos protegidos: 1) están amenazados con el desplazamiento, 2) están involucrados en el uso de sustancias tóxicas que amenacen la vida o 3) ante la posibilidad de alto impacto social, cultural y/o medioambiental que puede poner en peligro la existencia de las comunidades.

En estas situaciones, es necesario que las partes externas persigan el CPLI, en el cual las comunidades tienen la posibilidad de escoger la *alternativa menos lesiva*. Sin embargo, una vez exploradas las opciones menos lesivas y dicho proceso concluya que todas son perjudiciales o que se demuestre que la intervención llevaría a la desaparición de las comunidades, entonces la solución deberá asegurar que prevalezcan los derechos de las poblaciones protegidas conforme a los principios *pro homine* y de proporcionalidad. En otras palabras, en estas circunstancias específicas se dictaminó un consentimiento vinculante. De este modo, el diálogo jurisprudencial presentado en esta investigación puede ser categorizado conforme a la propuesta de Nogueira como:⁶¹

1. *Receptivo*: en los casos T-769 de 2009 y T-129 de 2011, la CCC citó y abrazó la *ratio decidendi* con respecto al CPLI. En varias secciones de la sentencia colombiana es posible verificar cómo y por qué la Sentencia T-129 y subsiguientes se basaron en el Caso Saramaka. De hecho, la CCC siguió el estilo de la Corte IDH e incluso ordenó como reparación simbólica la traducción de varios apartes de la sentencia a la lengua emberá.
2. *Innovador*: la interpretación de la Constitución nacional y de la Convención ofrece una manera más amplia y transformadora de proteger los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Como prueba de ello está el consentimiento vinculante de las poblaciones antes, durante y después de las

⁶⁰ Véase M. Sandel, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Nueva York, FSG, 2012.

⁶¹ H. Nogueira, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en C. Steiner (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 19, Bogotá, Universidad del Rosario y Konrad Adenauer-Stiftung, 2013, pp. 531-540.

intervenciones, y no solo un “derecho abstracto a la consulta, y cuando sea procedente, un deber a obtener consentimiento”.⁶²

3. *Correctivo*: sin mucha argumentación, la sentencia *Saramaka vs. Surinam* de la Corte IDH determinó que el consentimiento debe ser perseguido por los Estados en casos de inversión o intervenciones “a gran escala”. ¿Es plausible este requerimiento? La figura 4 muestra el tipo de “microintervenciones” que la CCC estudió después de la Sentencia T-129, en las que por fortuna se corrigió el error. De acuerdo con la CCC, *sin importar su escala*, todas las intervenciones en territorios de poblaciones protegidas por el Convenio 169 de la OIT deben ser consultadas y consentidas.⁶³
4. *Extensivo*: siguiendo en parte el concepto de *extensivo* de Nogueira, este análisis argumenta que la CCC ha hecho avanzar el precedente de *Saramaka* y la interpretación de la Corte IDH como la primera consideración de este tipo de diálogo. Sin embargo, es pertinente destacar que en los últimos casos revisados por la Corte IDH en materia de consulta previa (*Sarayaku vs. Ecuador* 2012), el tribunal citó dos veces el precedente T-129 y las sentencias SU-039 de 1997, C-169 de 2001, C-030 de 2008 y T-235 de 2011 de la Corte colombiana entre otras de la región.

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia estudiada en los dos tribunales está abordando una paradoja. Los desarrollos están modelados para el mundo de los conceptos y las ideas, pero son difíciles de aplicar sin la cooperación de los otros poderes y actores externos. La tarea de una jurisprudencia rica en conceptos ha sido alcanzada tanto en el nivel interamericano como en el nivel nacional en Colombia. Esta primera etapa de tribunales diseñada para ganar legitimidad ha sido aprobada y me parece que es el momento apropiado para reforzar las soluciones en la esfera de la integración económica, política y social. En otras palabras, en la idea de un *ius commune* latinoamericano más amplio.⁶⁴ Los derechos fundamentales son un aspecto clave para alcanzar la integración regional, pero para poder consolidar un sistema jurídico regional *commune* se requiere profundizar en la integración regional que permita precisamente ayudar a materializar los estándares jurisprudenciales.⁶⁵

⁶² Véase *Saramaka vs. Suriname*, cit., pp. 40-41.

⁶³ Véase Sentencia T-129/11, Sección 7.II, y tabla 5 del Apéndice.

⁶⁴ Con respecto a la integración supranacional en la región, véanse J. C. Herrera, “Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica”, *Colombia Internacional*, núm. 86, 2016, p. 165; “La cláusula latinoamericana de integración en Colombia: entre el ‘lazo de la unión’ y la tautología de la ‘camisa de fuerza’”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 37, 2016, pp. 127-163, 127.

⁶⁵ Los desarrollos explicados intentan complementar las críticas y anotaciones formuladas por A. Schettini, “Toward a New Paradigm of Human Rights Protection for Indigenous Peoples: A Critical Analysis of the Parameters Established by the Inter-American Court of Human Rights”, *SUR-International Journal on Human Rights*, vol. 9, núm. 17, 59-86; y por G.

Aunque el problema de la efectividad de los estándares sobre la consulta previa va más allá del ámbito del derecho positivo, resulta imposible desconocer que existen complejas violaciones de los derechos fundamentales relacionadas con la consulta previa. La Corte IDH y la CCC en el papel ofrecen un balanceado estándar de protección. No obstante, alcanzar ese nivel de protección en la realidad sigue siendo un reto. Esto se debe, en cierta medida, a la debilidad de las instituciones públicas y a la falta de gobernabilidad democrática. A lo que se suma el fuerte poder privado nacional e internacional con intereses directos en los territorios de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Independientemente de este hecho, es posible concluir que al menos el poder judicial (CCC y Corte IDH) ha cumplido su función.

Precisado este aspecto, resulta fundamental recordar que la solución está en manos del poder ejecutivo. No obstante, en sistemas *hiperpresidencialistas*, que controlan casi todo, varios desarrollos o ejemplos emblemáticos de constitucionalismo transformador como los mencionados están confinados a publicaciones y foros académicos. La doctrina especializada ha señalado la relevancia de un proceso deliberativo y colectivo lejos de un “monólogo” o “soliloquio” para encontrar una solución compartida que sea mutuamente aceptable.⁶⁶

Junto a otros académicos de la región, también entiendo el diálogo judicial como un intercambio que permite a los tribunales nacionales en distintos niveles y a la Corte IDH “ser participantes activos de un mutuo dar y recibir en la definición del contenido de los derechos fundamentales en la región”.⁶⁷ Esta comprensión del diálogo se construye sin tener en cuenta enfoques jerárquicos que son propios de la etapa inicial del Estado-nación. En la construcción y consolidación de una estructura supranacional, no podemos esperar un paraíso perfecto sin conflictos ni tensiones en la comprensión del derecho.

La uniformidad y la diversidad son una cuestión “omnipresente y probablemente eterna”, en la que “un modelo de diálogo no determina de antemano un resultado particular”.⁶⁸ Sin embargo, algo está claro en el caso latinoamericano: si hoy hemos visto más allá y hemos alcanzado un estándar equilibrado de protección en varios asuntos comunes, es porque nos hemos apoyado en los hombros de la Corte IDH.⁶⁹

Aguilar Cavallo, “Emergence of a Common Constitutional Law? Indigenous Peoples’ Case, Part I and Part II”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 25-26, pp. 41 y 51, respectivamente.

⁶⁶ “El objetivo perseguido no es la identidad, es la compatibilidad; no la uniformidad en otras palabras para armonizar” (A. Saiz, “La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo”, en A. Saiz, J. Solanes y J. E. Roa (eds.), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 31).

⁶⁷ P. G. Carozza y P. González, “The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Contesse”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 436-442, 440.

⁶⁸ Véase Torres, *op. cit.*, p. 183.

⁶⁹ Véase Schönsteiner, Beltrán y Lovera, *Reflections on the Human Rights Challenges of Consolidating Democracies*, *op. cit.*, p. 8.

Conclusiones: ¿rumbo a un consentimiento vinculante?

En los últimos veinticinco años se ha dado un desarrollo jurisprudencial amplio del derecho a la consulta previa por parte de la Corte IDH y la Corte Constitucional de Colombia. Ambos tribunales han hecho eco de un diálogo judicial creativo. En especial, el tribunal nacional ha potenciado la voz y el autogobierno de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Otras cortes y la academia deberían considerar estos precedentes constitucionales y ejemplos arquetípicos de *ius commune transformador* en América Latina.

El denominado “Norte global” debería prestar atención a estos avances. En especial el autoproclamado “mundo desarrollado” (por ejemplo, Canadá, EE.UU. o Australia) que, conforme a los principios y valores nacionales e internacionales, tiene el deber de proteger a los pueblos indígenas y afrodescendientes de sus países y la responsabilidad de sus inversiones y acciones en todo el mundo.⁷⁰ Esto lleva a responder a la pregunta: ¿deberían los Estados y la comunidad internacional exigir la ratificación del Convenio 169 de 1989 de la OIT o de instrumentos medioambientales para permitir inversiones que literalmente implican la explotación de recursos naturales y personas en áreas protegidas? La respuesta es Sí. Una era de inversiones globales exige compromisos globales.

Para materializar el CPLI en los casos estudiados, la CCC propone aplicar el principio *pro homine* en casos particulares y reconceptualizar la noción de “previo” por el principio del antes, durante y después de la intervención. Además, la jurisprudencia del tribunal colombiano ha señalado las razones por las cuales es inviable establecer un término específico para adelantar un proceso de consulta. En esta misma línea, el CPLI debe ser tenido en cuenta en todo tipo de intervención “micro” o “macro” (ver figuras 3 y 4). En la actualidad, la oportunidad de participar en este diálogo judicial está en manos de la Corte IDH y del resto de tribunales que conforman el poder judicial, así como de gobiernos, parlamentos, académicos y demás actores nacionales y regionales.

En este artículo se plantean serios cuestionamientos a la relevancia del “consentimiento vinculante” en lugar del mal llamado “poder de veto” en las manos exclusivas de ninguna de las partes. En consecuencia, los parlamentos y los tribunales nacionales deberían considerar las observaciones que han sido explicadas y cuidadosamente

⁷⁰ Por ejemplo, véanse las desconsideradas notas 1 y 2 al pie de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2016) que muestran el nivel de compromiso que tienen los países “desarrollados” en el norte de América con los pueblos indígenas y afrodescendientes del hemisferio: “Estados Unidos ha expresado de manera persistente sus objeciones al texto de esta Declaración Americana, que en sí mismo no es vinculante y, por lo tanto, no da lugar a una nueva legislación”; “Canadá no ha participado de manera sustancial en los últimos años en las negociaciones de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por ahora no está en capacidad de adoptar una posición sobre el texto propuesto de esta declaración”.

elaboradas a lo largo de las últimas décadas. Es esta una contribución al *ius commune* en la región y a la idea de un todo que es más que la suma de sus partes.

Este estudio ha demostrado la forma en que se ha construido un equilibrado nivel de protección en la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Corte Constitucional de Colombia en materia de consulta previa, libre e informada. Resulta fundamental que los Estados latinoamericanos no establezcan diferencias abismales entre los estándares aquí explicados, precisamente porque se trata de comunidades que históricamente se han enfrentado a factores comunes de discriminación. Tomemos, por ejemplo, el caso de los pueblos indígenas de la cuenca del Amazonas. Un estándar para Brasil, Venezuela o Perú y otro para Ecuador o Colombia es injusto. Esta atomización es en sí misma una causa de desigualdad e ineficiencia. En especial para grupos ancestrales, para los que conceptos como *frontera* o *propiedad* en términos occidentales son bastante extraños.

Para avanzar, es importante anotar que hay una necesidad de reformular las fronteras entre los ordenamientos jurídicos en América Latina. Esta cuestión incluye la integración supranacional y la idea de un *ius constitutionale commune* más amplio. Por tal razón, la ejecución de un desafío constitucional de este tipo implica ir más allá de la mera protección de derechos fundamentales. Por tanto, una reformulación dirigida al cuarto de máquinas de la Constitución es obligatoria y la consulta del CPLI se ha convertido en un ejemplo para probar que la utopía es realizable.

El constitucionalismo dialógico es un método importante, pero no es un objetivo en sí mismo. Por lo tanto, la solución debería venir de la suma de los intereses nacionales en un enfoque sistémico y funcional. ¿Por qué no en el ámbito de la integración supranacional económica, política y social? ¿Por qué no inspirarse en la idea de una unión cada vez más cercana?

Apéndice

Tabla 3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la revisión de legislación y la consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes. Control abstracto

Caso	Regulación	Decisión
1. C-169/01	Circunscripción electoral para las comunidades negras. Proyecto de Ley 028 de 1999 del Senado y 217 de 1999 de Cámara de Representantes.	Parcialmente inconstitucional
2. C-418/02	Código de Minas. Ley 685 de 2001, art. 122.	Constitucional*
3. C-891/02	Código de Minas. Ley 685 de 2001, arts. 2, 3 y otros.	Constitucional*
4. C-620/03	Ley de Salinas de Manaure. Ley 773 de 2002, art. 1.	Constitucional*
5. C-245/04	Administración de bienes expropiados. Ley 785 de 2002.	Constitucional*
6. C-208/07	Ley de Profesionalización de la Docencia. Decreto Ley 1278 de 2002.	Constitucional*
7. C-921/07	Servicios de educación y salud.	Constitucional*
8. C-030/08	Ley General Forestal. Ley 1021 de 2006.	Sentencia hito inconstitucional
9. C-461/08	Plan Nacional de Desarrollo (2006-2010). Ley 1151 de 2007.	Constitucional*
10. C-750/08	Acuerdo de Libre Comercio, Colombia y Estados Unidos. Ley 1143 de 2007.	Constitucional*
11. C-175/09	Ley de Desarrollo de Zonas Rurales. Ley 1152 de 2007.	Inconstitucional
12. C-615/09	Desarrollo integral y asistencia básica a la comunidad wayúu. Ley 1214 de 2008.	Inconstitucional
13. C-063/10	Modificación en el Sistema Nacional de Salud. Ley 1122 de 2007, art. 14.	Constitucional*
14. C-608/10	Tratado de Libre Comercio, Colombia y Canadá.	Constitucional*
15. C-702/10	Apoyo a los candidatos indígenas. Acto Legislativo 01 de 2009 (apartado 8 del artículo), que reforma el artículo 108 de la Constitución. Cuestiones electorales.	Inconstitucional
16. C-915/10	Acuerdo Ambiental entre Colombia y Canadá.	Constitucional*
17. C-941/10	Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y algunos países de la Unión Europea.	Constitucional*
18. C-027/11	Cooperación Técnica y Científica entre Colombia y Guatemala.	Constitucional
19. C-187/11	Acuerdo de Derechos Fundamentales entre Colombia y Canadá en materia de TLC. Ley 1411 de 2010.	Constitucional
20. C-490/11	Ley Orgánica 190 de 2010. Organización y funcionamiento de los partidos políticos. Varios artículos.	Parcialmente inconstitucional

Caso		Regulación	Decisión
21.	C-196/12	Convenio Internacional de Maderas Tropicales. Ley 1458 de 2011.	Constitucional*
22.	C-317/12 C-318/12	Sistema General de "Regalías" y Compensaciones. Acto Legislativo 05 de 2011, arts. 360 y 361 de la Constitución.	Constitucional*
23.	C-366/11	Código Minero. Ley 1382 de 2010 y Ley 685 de 2001. Ratificada en las sentencias C-367 de 2011 y C-027 de 2012.	Inconstitucional
24.	C-882/11	Acto Legislativo 02 de 2009, que reforma el artículo 49 de la Constitución. Sobre la hoja de coca.	Constitucional*
25.	C-937/11	Ley General de Educación. Ley 115 de 1994.	Inhibición
26.	C-051/12	Acuerdo de Libre Comercio, Protocolo de Modificación (México, Colombia y Venezuela). Ley 1457 de 1911.	Constitucional*
27.	C-293/12	Red Internacional de Bambú y Ratán. Ley 1461 de 2011.	Constitucional*
28.	C-331/12 C-398/12	Plan Nacional de Desarrollo (2010-2014). Ley 1450 de 2011, arts. 106 y 276.	Constitucional*
29.	C-395/12	Código Minero. Ley 685 de 2001, arts. 11, 35 y otros. Ley 99 de 1993, art. 76. Cuestiones medioambientales.	Constitucional*
30.	C-540/12	Actividades de inteligencia y contrainteligencia.	Constitucional
31.	C-641/12	Sistema Nacional de Salud. Ley 1438 de 2011.	Constitucional*
32.	C-765/12	Reforma del Sistema de Salud. Ley 1438 de 2011.	Constitucional
33.	C-767/12	Convenio sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. Ley 1516 de 2012.	Constitucional*
34.	C-822/12	Convenio "Metre". Ley 1512 de 2012.	Constitucional
35.	C-943/12	Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Ley 3573 de 2011.	Constitucional
36.	C-068/13	Sistema General de Regalías y Compensaciones. Ley 1530 de 2012, art. 156.	Constitucional
37.	C-194/13	Código Penal. Ley 1482 de 2011.	Constitucional
38.	C-253/13	La expresión "Negro" en la Ley 70 de 1993.	Constitucional
39.	C-371/14	"Zonas de reserva campesina". Ley 160 de 1994.	Constitucional*
40.	C-501/14	Variedades de verduras. Ley 599 de 2000, art. 306.	Constitucional
41.	C-389/16	Código Minero. Varios artículos.	Constitucional*

* Con especificaciones respecto a la implementación en situaciones concretas.

Nota: Las decisiones están hipervinculadas para la versión digital.

Fuente: Compilación del autor a partir de la base de datos de la corte Constitucional (www.corte-constitucional.gov.co/).

Tabla 4. Jurisprudencia de las tutelas de la Corte Constitucional de Colombia sobre intervenciones directas en territorios protegidos por la consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes. Control concreto

Caso		Tema central	Decisión
1.	T-428/92	Construcción de la vía Andes-Jardín.	Concedida
2.	T-405/93	Radar y base aérea en comunidades indígenas de la Amazonia Media.	Concedida
3.	SU-039/97	Explotación petrolera en los territorios u'wa.	Concedida
4.	T-652/98	Represa de Urrá.	Concedida
5.	T-634/99	Ampliación de un municipio y otros mecanismos de protección.	Negada
6.	SU-383/03	Fumigación de plantaciones ilegales en la región amazónica.	Concedida
7.	T-955/03	Explotación forestal en territorios de comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica.	Concedida
8.	T-737/05	Reconocimiento legal de una comunidad yanacona.	Concedida
9.	T-382/06	Tutela contra Ley General Forestal 25 de 2004.	Rechazada
10.	T-880/06	Explotación petrolera en los territorios del pueblo Motilón Barí El Progreso.	Concedida
11.	T-154/09	Construcción de un distrito de riego y temporalidad de tutela.	Negada
12.	T-769/09	Proyecto minero Mandé Norte de la compañía Muriel Mining Corporation.	Concedida
13.	T-547/10	Puerto polivalente Brisa en la Sierra Nevada.	Concedida
14.	T-745/10	Mejoramiento de una carretera en los territorios afrodescendientes de Barú.	Concedida
15.	T-1045A/10	Minería de oro en Cauca, la Toma Suárez.	Concedida
16.	T-116/11	Etnoeducadores para la comunidad gaitana.	Concedida
17.	Sentencia hito	Construcción de carretera interamericana, minería de oro, torres de electricidad y ocupación ilegal en territorios emberá katío.	Concedida
18.	T-235/11	Prevención y asistencia en caso de desastres. El caso del río Pepitas.	Concedida
19.	T-379/11	Etnoeducadores para la comunidad de Quillasinga.	Concedida
20.	T-474/11	Corporación minera contra órdenes de tutela.	Rechazada
21.	T-601/11	Renovación ilegal de autoridades en la comunidad de San Lorenzo.	Concedida
22.	T-693/11	Permiso ambiental para la construcción de un oleoducto en Campo Rubiales sin consultar a la comunidad de Turpial.	Concedida
23.	T-698/11	Licencia para construir una estación base de telecomunicaciones en los territorios de Cañamomo-Lomapieta.	Concedida

Caso		Tema central	Decisión
24.	T-376/12	"Playa privada" versus trabajador informal afrocolombiano de la comunidad de La Boquilla.	Concedida
25.	T-477/12	Autorización gubernamental que permitió a una empresa privada comercializar la marca "Coca indígena".	Concedida
26.	T-513/12	Autorización gubernamental que reconoce la existencia de una nueva organización comunal debido a la separación religiosa.	Concedida
27.	T-514/12	Etnoeducador en la institución Kwe'sx nasa Ksxa Wnxi.	Concedida
28.	T-680/12	Titulación colectiva de tierras para los afrocolombianos en la isla de El Rosario.	Concedida
29.	T-693/12	Construcción de una carretera Loboguerrero-Mediacanoa.	Concedida
30.	T-823/12	Elecciones de representantes ante las autoridades nacionales y locales (comunidades afrodescendientes de La Plata, Bahía Málaga).	Concedida
31.	T-993/12	Construcción de la variante El Guamo.	Concedida
32.	T-1080/12	Regulación de los arroyos que atraviesan los territorios de Dujos Tamás-Páez.	Concedida
33.	T-049/13	Etnoeducadores de varios grupos yanacona.	Concedida
34.	T-245/13	Plan de Desarrollo Municipal que fue consultado.	Negada
35.	T-172/13	Puerto polivalente en la isla de Barú y participación de afrocolombianos de la zona.	Concedida
36.	T-300/13	Erradicación de la palma africana sin daño específico.	Concedida
37.	T-390/13	Etnoeducadores para la comunidad de Yascual.	Concedida
38.	T-657/13	Planificación de la carretera Mulaló-Loboguerrero.	Concedida
39.	T-795/13	Estación de radio móvil del Ejército que transmite música y promueve el reclutamiento de indígenas para participar en el conflicto interno.	Concedida
40.	T-858/13	Cantera de materiales de construcción y uso inadecuado de tutela.	Rechazada
41.	T-871/13	Etnoeducadores de la comunidad de Pijao en la región del Tolima.	Concedida
42.	T-117/14	Derechos políticos de los candidatos al Congreso de la República.	Concedida
43.	T-204/14	Minería artesanal sin autorización.	Negada
44.	T-294/14	Vertedero Cantagallo en los territorios de la comunidad de Venado.	Concedida
45.	T-353/14	Plan de Desarrollo Municipal de Palermo, Huila.	Concedida
46.	T-355/14	Etnoeducadores para la comunidad de Candelaria.	Concedida
47.	T-384A/14	Resolución por la que se declaran reserva natural y límites en el parque natural Yaigojé-Apaporis.	Negada

Caso		Tema central	Decisión
48.	T-396/14	Carretera en el parque arqueológico San Agustín.	Rechazada
49.	T-461/14	Problema de fronteras entre los territorios de una comunidad indígena y los pueblos afrodescendientes.	Concedida
50.	T-462A/14	Represa de Salvajina en la región del Cauca.	Concedida
51.	T-576/14	Reconocimiento y adjudicación de territorios para comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras.	Concedida
52.	T-646/14	Tutela contra la Ley de Aduanas.	Negada
53.	T-800/14	Balneario en la isla de Providencia que afecta a la comunidad raizal.	Concedida
54.	T-849/14	Concesión minera en los territorios de la Sierra Nevada de los arhuacos, dentro de la llamada línea negra.	Concedida
55.	T-857/14	Proyecto de pequeña represa en jurisdicción de los emberá.	Negada
56.	T-969/14	Saneamiento emisario submarino en comunidad de afrodescendientes cerca de Cartagena.	Concedida
57.	T-247/15	Los pueblos mapayerri y la reforma del registro catastral sin consulta previa.	Concedida
58.	T-256/15	Contaminación por la emisión de partículas de carbono en los territorios de afrocolombianos de Barrancas en La Guajira.	Concedida
59.	T-359/15	Explotación petrolera en los territorios de los pueblos indígenas awá ubicados en la región del Putumayo.	Concedida
60.	T-438/15	Minería artesanal e informal de oro en la histórica y emblemática ciudad de Marmato, Caldas.	Anulada
61.	T-485/15	Comunidad afrodescendiente de la isla de Barú, cerca de Cartagena. Planeación y ejecución de un proyecto hotelero.	Concedida
62.	T-550/15	Paseo turístico en Buenaventura en la costa del Pacífico.	Rechazada
63.	T-597/15	Restricción temporal para trabajar en una playa.	Negada
64.	T-660/15	Línea ferroviaria que transporta carbono en los territorios de la comunidad afrodescendiente de Suto Gende Ase Ngande.	Concedida
65.	T-661/15	Clanes wayúus en conflicto por decisión administrativa que adjudicó territorios en disputa y proyectos de infraestructura.	Concedida
66.	T-764/15	Explotación petrolera en los territorios de la comunidad de Pirirí (Puerto Gaitán).	Concedida
67.	T-766/15	El caso de alto impacto de las áreas estratégicas mineras en todo el país.	Concedida
68.	T-005/16	Base militar y torres de telecomunicaciones en los territorios arhuacos.	Concedida
69.	T-041/16	Licencia ambiental para la extracción de petróleo en los territorios de los indígenas Corozal Tapaojo.	Negada

Caso		Tema central	Decisión
70.	T-110/16	Tutela contra proyecto de ley para la organización territorial especial Zidres.	Negada
71.	T-197/16	Construcción y operación del oleoducto Loop San Mateo-Mamonal en territorios indígenas de Pasacaballos.	Concedida
72.	T-213/16	Tutela contra la Ley 223 de 2015 por la organización territorial especial Zidres.	Negada
73.	T-226/16	Comunidad afrodescendiente La Boquilla y cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012.	Negada
74.	T-288A/16	La comunidad indígena Guatavita Tua y la construcción de un oleoducto hacia el océano Pacífico.	Concedida
75.	T-313/16	La comunidad de Pijao y un problema de superposición de territorios.	Negada
76.	T-436/16	El pueblo zenú contra la construcción de una carretera.	Concedida
77.	T-475/16	Plan para la primera infancia que no fue consultado con una comunidad afro.	Concedida
78.	T-530/16	Delimitación de territorios de emberá chamí y de comunidad afro en la región de Caldas.	Concedida
79.	T-605/16	Oleoducto San Mateo-Mamonal en territorios indígenas de Maisheshe La Chivera.	Concedida
80.	T-704/16	Ampliación de un puerto y derechos de los pueblos de Media Luna Dos.	Concedida
81.	T-730/16	Explotación petrolera en los territorios del Putumayo de los pueblos Naza.	Concedida
82.	SU-133/17	Minería artesanal e informal de oro en la histórica y emblemática comunidad de Marmato, Caldas.	Concedida

Nota: Las decisiones están hipervinculadas para la versión digital.

Fuente: Compilación del autor a partir de la base de datos de la Corte Constitucional (www.corte-constitucional.gov.co).

Tabla 5. Estándares de la Corte Constitucional de Colombia en materia de intervenciones directas en territorios protegidos por la consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes.

Control concreto (Sentencia T-129 de 2011)

1.	La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.
2.	No se admiten posturas adversas o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.
3.	No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.
4.	Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.
5.	Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.
6.	Es obligatorio definir el procedimiento en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso preconsultivo y/o posconsultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no solo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.
7.	Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas. (Complementado por el principio de proporcionalidad conforme a la Sentencia T-376 de 2012.)
8.	Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que lleve a poner en riesgo la existencia de la misma. En todo caso, en el evento de que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría el aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas de conformidad con el principio de interpretación <i>pro homine</i> .
9.	Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

10.	Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.
11.	Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la nación.

Fuente: Sentencia T-129 de 2011.

Referencias

- ABELLO, C. J., “Consulta previa en casos de minería para comunidades indígenas y tribales”, *Trans-pasando Fronteras*, núm. 2, 2012, pp. 111-124.
- ACOSTA, P. A., *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- AGUILAR, G., “Emergence of a Common Constitutional Law? Indigenous Peoples’ Case, Part I and Part II”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 25-26.
- ANAYA, J. S., “International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move toward the Multicultural State”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 21, núm. 1, 2004.
- BARELLI, M., “Free, Prior and Informed Consent in the Aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Developments and Challenges Ahead”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 16, núm. 1, 2012, pp. 1-24.
- BONILLA, D., *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013.
- BUSTOS, R., “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, pp. 13-63.
- CAROZZA, P. G. y P. GONZÁLEZ, “The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Contesse”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 436-442.
- CEPEDA, M. J. y D. LANDAU, *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*, Nueva York, Oxford University Press, 2017.
- CORNEJO, L. “New Remedial Responses in the Practice of Regional Human Rights Courts: Purposes beyond Compensation”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 372-392.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), *Colombia, una nación multicultural, su diversidad étnica*, Bogotá, DANE, 2007.
- DOYLE, C., *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The Transformative Role of Free, Prior and Informed Consent*, Londres, Routledge, 2015.

- El Espectador*, “La satanización de la consulta previa”, Editorial, 25 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/satanizacion-de-consulta-previa-articulo-618787>
- _____, “Santos dice que consultas previas y audiencias públicas ‘son un dolor de cabeza’”, *Política*, 16 de agosto de 2013. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/santos-dice-consultas-previas-y-audiencias-publicas-son-articulo-440645>
- GARGARELLA, R., *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- _____, “‘We the People’ outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances”, *Current Legal Problems*, vol. 67, núm. 1, 2014, pp. 1-47.
- _____, “Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism”, en T. BUSTAMANTE y B. GONÇALVES (eds.), *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, Ginebra, Springer, 2016.
- GÓNGORA, M., *Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas*, en E. FERRER, A. VON BOGDANDY y M. MORALES (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. II, México, MPIL e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- HANNA, P. y F. VANCLAY, “Human Rights, Indigenous Peoples and the Concept of Free, Prior and Informed Consent”, *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 146-157.
- HERRERA, J. C., “Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica”, *Colombia Internacional*, núm. 86, 2016.
- _____, “La cláusula latinoamericana de integración en Colombia: entre el ‘lazo de la unión’ y la tautología de la ‘camisa de fuerza’”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 37, 2016, pp. 127-163.
- _____, “Judicial dialogue and transformative constitutionalism in Latin America: The case of indigenous peoples and afro-descendants”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 43, mayo-agosto de 2019, pp. 191-233. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n43.08>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), “Human Rights Protection in the Context of Extraction, Exploitation, and Development Activities”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015. Disponible en: www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/ExtractiveIndustries2016.pdf (24.1.2018).
- LANDAU, D., “The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America”, *George Washington International Law Review*, vol. 37, núm. 3, 2005, pp. 687-744.
- _____, “A Dynamic Theory of Judicial Role”, *Boston College Law Review*, vol. 55, núm. 5, 2014.

- McGOLDRICK, D., "Multiculturalism and its Discontents", *Human Rights Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2005, pp. 27-56.
- MORALES, M., "El Estado abierto como objetivo del ius constitutionale commune", en A. VON BOGDANDY, H. FIX-FIERRO y M. MORALES (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM y MPIL, 2014.
- NEGISHI, Y., "The Pro Homine Principle's Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control", *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 2, 2017, pp. 457-481.
- NOGUEIRA, H., "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos", en C. STEINER (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 19, Bogotá, Universidad del Rosario y Konrad Adenauer-Stiftung, 2013, pp. 531-540.
- OLIVARES, E., "Indigenous Peoples' Rights and the Extractive Industry: Jurisprudence from the Inter-American System of Human Rights", *Göttingen Journal of International Law*, vol. 5, núm. 1, 2013, pp. 187-204.
- PADILLA, G., "Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales. Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado", en C. STEINER (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 19, Bogotá, Universidad del Rosario y Konrad Adenauer-Stiftung, 2013, pp. 364-365.
- PASQUALUCCI, J. M., "The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System", *Human Rights Law Review*, vol. 6, núm. 2, 2006, pp. 281-322.
- SAIZ, A., "La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo", en A. SAIZ, J. SOLANES y J. E. ROA (eds.), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- SANDEL, M., *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Nueva York, FSG, 2012.
- SALINAS, C. E., "Prior Consultation as a Mandatory Requirement within Administrative Content Can Directly Affect Indigenous and Tribal Communities in Colombia", *Revista Derecho del Estado*, núm. 27, 2011.
- SAUL, B., *Indigenous Peoples and Human Rights: International and Regional Jurisprudence*, Londres, Bloomsbury, 2016.
- SCHETTINI, A., "Toward a New Paradigm of Human Rights Protection for Indigenous Peoples: A Critical Analysis of the Parameters Established by the Inter-American Court of Human Rights", *SUR-International Journal on Human Rights*, vol. 9, núm. 17, pp. 59-86.
- SCHILLING-VACAFLOR, A. y R. FLEMMER, "Conflict Transformation through Prior Consultation? Lessons from Peru", *Journal of Latin American Studies*, vol. 47, núm. 4, 2015, pp. 811-839.

- SCHÖNSTEINER, J., A. BELTRÁN y D. A. LOVERA, "Reflections on the Human Rights Challenges of Consolidating Democracies: Recent Developments in the Inter-American System of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 11, núm. 2, 2011, pp. 362-389.
- STAVENHAGEN, R., *Peasants. Culture and Indigenous Peoples: Critical Issues*, Heidelberg, Springer-Colegio de México, 2013.
- TORRES, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- UPRIMNY, R., "The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates", en R. GARGARELLA y T. ROUX (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006.
- VALLEJO, F., "Prior Consultation Process in the Judgments of the Constitutional Court of Colombia", *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 14, 2016.
- VON BOGDANDY, A. et al., *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- WORLD BANK, *Indigenous Latin America in the Twenty-First Century: The First Decade*, Washington, World Bank Group, 2015. Disponible en: openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/23751/IndigenosoLatoyootheofirstodecade.pdf;sequence=1 (18.1.2018).
- WRIGHT, C., "Indigenous Mobilisation and the Law of Consultation in Peru: A Boomerang Pattern?", *The International Indigenous Policy Journal*, vol. 5, núm. 4, 2014.
- YRIART, M., "Jurisprudence in a Political Vortex. The Right of Indigenous Peoples to Give or Withhold Consent to Investment and Development Projects – The Implementation of *Saramaka v. Suriname*", en Y. HAECK, O. RUIZ y C. BURBANO (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015.

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, de la Fundación Konrad Adenauer, presenta la vigesimoquinta edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, que para este año recoge 36 artículos de diversos autores de más de 13 países de la región. Dichos textos han sido compilados en dos grandes partes: Avances y desafíos del constitucionalismo latinoamericano en los últimos 25 años e interacciones entre el derecho constitucional alemán y latinoamericano. Adicionalmente, al comienzo del libro se incluye un apartado con notas y ponencias especiales con ocasión de los 25 números del *Anuario*.

Los textos publicados son el resultado de un minucioso proceso de selección y curaduría efectuado por el Comité Editorial del *Anuario*, para reflejar los diversos debates, alcances, tensiones y límites del desarrollo del derecho constitucional en el continente durante el último año. A su vez, la edición incluye varias ponencias presentadas por algunos magistrados que participaron en el XXV Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales de América Latina, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y celebrado en Cartagena de Indias del 18 al 21 de septiembre de 2019.

