

Sentencia C-882/11

REFORMA CONSTITUCIONAL INTRODUCIDA AL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCION POLITICA-No requería la realización de consulta previa a las comunidades indígenas

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-REQUISITOS/CONCEPTO DE VIOLACION- CARACTERÍSTICAS/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes

El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad. Concretamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición legal debe indicar con precisión el objeto demandado, el concepto de violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. Estos tres elementos, desarrollados en el texto del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 y por la Corte en sus decisiones, hacen posible un pronunciamiento de fondo. En la sentencia C-1052 de 2001, la Corte precisó las características que debe reunir el concepto de violación formulado por el demandante. De acuerdo con este fallo, las razones presentadas por el actor deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. La claridad se refiere a la existencia de un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se basa. El requisito de certeza exige al actor formular cargos contra una proposición jurídica real y existente, y no simplemente contra una deducida por él sin conexión con el texto de la disposición acusada. La especificidad demanda la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto. Argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos o globales que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan, impiden a la Corte llevar a cabo un juicio de constitucionalidad. La pertinencia se relaciona con la existencia de reproches de naturaleza constitucional, es decir, fundados en la confrontación del contenido de una norma superior con el del precepto demandado. Un juicio de constitucionalidad no puede basarse en argumentos de orden puramente legal o doctrinario, ni en puntos de vista subjetivos del actor o consideraciones sobre la conveniencia de las disposiciones demandadas. Finalmente, la suficiencia guarda relación, de un lado, con la exposición de todos los elementos de juicio -argumentativos y probatorios- necesarios para iniciar un estudio de constitucionalidad; y de otro, con el alcance persuasivo de la demanda, esto es, el empleo de argumentos que despierten una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

DERECHO A LA INTEGRIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Contenido y alcance/DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL DE LA NACION-Reconocimiento y protección/DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL-Contenido y alcance/CULTURA-Definición/CULTURA-Pilar fundamental que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado/PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION-Contenido

PATRIMONIO CULTURAL MATERIAL E INMATERIAL-Concepto

DERECHO DE LAS COMUNIDADES A LA IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL-Jurisprudencia constitucional/DERECHO DE LAS COMUNIDADES A LA IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL-Instrumentos internacionales

DECLARACION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Contenido

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Puede ejercerse no solamente en los territorios indígenas sino en todo el territorio nacional

El derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas puede ejercerse no solamente en los territorios indígenas sino en todo el territorio nacional. La Corte afirmó: “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es un derecho que se proyecta más allá del lugar donde esta ubicada la respectiva comunidad. Esto obedece a que el principio de diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que es un principio definitorio del estado social y democrático de derecho. Es este un principio orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias. Concluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado y único lugar del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad (artículos 7 y 70 C.P.). La opción de decidir si es conveniente o no dicha proyección y sobre el momento, la forma y los alcances es de cada pueblo indígena en virtud del principio de autodeterminación”.

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Prerrogativas

El derecho a la identidad cultural otorga a las comunidades indígenas prerrogativas como las siguientes: (i) tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no se objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; y (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole.

HOJA DE COCA-Uso ancestral en las comunidades indígenas/**COMUNIDADES INDIGENAS**-Uso ancestral de la hoja de coca como manifestación de su derecho a la identidad cultural/**USO ANCESTRAL DE LA HOJA DE COCA EN LAS COMUNIDADES INDIGENAS**-Jurisprudencia constitucional sobre la necesidad de consulta previa

La hoja de coca es un elemento fundamental desde el punto de vista cultural, religioso, medicinal, alimenticio, entre otros, para varias comunidades indígenas del país; por esta razón, varios instrumentos normativos y la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los usos ancestrales de esta planta se encuentran amparados por nuestra Carta, en particular, por el derecho a la identidad cultural y autonomía de dichas comunidades. A nivel internacional, este reconocimiento puede observarse, por ejemplo, en el artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena en 1988, la cual prevé que las Partes adoptarán medidas adecuadas para evitar y erradicar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, con pleno “respeto de los derechos humanos fundamentales, y teniendo en cuenta los usos tradicionales lícitos de dichos cultivos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente”. A nivel nacional, el reconocimiento de la relación entre las tradiciones indígenas y la hoja de coca se puede hallar en el artículo 7 de la Ley 30 de 1986, el cual indica que “[e]l Consejo Nacional de Estupefacientes reglamentará los cultivos de plantas de las cuales se produzcan sustancias estupefacientes y el consumo de éstas por parte de las poblaciones indígenas,

de acuerdo con los usos y prácticas derivadas de su tradición y cultura”. La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha reconocido que las prácticas y tradiciones de las comunidades indígenas ligadas a la hoja de coca, en tanto manifestación cultural, están amparadas no solamente por el artículo 7 superior, sino también por las disposiciones que reconocen su derecho a la autonomía, lo que significa que tales prácticas no pueden ser limitadas sino por razones poderosas desde el punto de vista constitucional. Por ejemplo, en la sentencia C-176 de 1994, al examinar la constitucionalidad de la Ley 67 de 1993, por medio de la cual se aprobó la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas" de 1988, la Corte recordó, de un lado, que no pueden confundirse la hoja de coca y la cocaína, ni la planta puede ponerse en el mismo plano que los usos ilícitos que se hacen de ella. Al respecto, expresó la Corporación: “[n]o se puede colocar en el mismo plano la planta coca y los usos lícitos y legítimos que de ella se han hecho y se pueden hacer, y la utilización de la misma como materia prima para la producción de cocaína”; y de otro lado, indicó que, como han señalado varios expertos, “(...) el ancestral consumo de coca en nuestras comunidades indígenas no tiene efectos negativos”. Con fundamento en estas consideraciones, concluyó que los usos ancestrales de las comunidades indígenas de la hoja de coca se encuentran amparados por el artículo 7 de la Constitución, “(...) por lo cual la persecución del narcotráfico no puede traducirse en un desconocimiento de la identidad cultural de las comunidades indígenas, protegida por la Constitución”. Por esta razón, la Corte encontró ajustada a la Carta la declaración formulada por el Congreso en el sentido de que “Colombia entiende que el tratamiento que la Convención da al cultivo de la hoja de coca como infracción penal debe armonizarse con una política de desarrollo alternativo, tomando en cuenta los derechos de las comunidades indígenas involucradas y la protección del medio ambiente (...)”. Posteriormente, en la sentencia SU-383 de 2003, al revisar los fallos de instancia dictados con ocasión de la demanda formulada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC contra la Presidencia de la República, el Consejo Nacional de Estupefacientes y otras entidades del Gobierno nacional, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, existencia comunitaria, ambiente sano y participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, entre otros, por ordenar la aspersión aérea de herbicidas en la región de la amazonía para la erradicación de cultivos ilícitos, sin surtir el procedimiento de consulta previa y ocasionando un daño ambiental considerable en sus territorios, la Corte recordó que la hoja de coca está ligada a las creencias y tradiciones de varias comunidades indígenas de la amazonía, lo que significa que la aspersión aérea podía poner en riesgo sus prácticas ancestrales ligadas a la planta. En efecto, con fundamento en los informes técnicos allegados al expediente y en documentos académicos, la Corporación observó que para algunas comunidades de la Amazonía, la hoja de coca cumple un papel de medio de cambio. Al respecto, indicó la Corporación: “El profesor Roberto Pineda Camacho, por su parte, en referencia a la cosmovisión del pueblo Wuitoto, realiza un estudio de la cacería de danta, dada la importancia del

procedimiento y la significación del mismo para los pueblos indígenas, y advierte que para el indígena “[l]a danta, como los hombres tiene un carácter, una personalidad que moldea considerablemente nuestra relación con ella, aun en el rol de cazadores”. Resalta los rituales, creencias y prácticas sociales derivadas de tal actividad, entre los que se cuentan la necesidad de que los “abuelos” obtengan el permiso para la cacería de los dueños de los animales a contraprestación de “coca y ambil”, porque quien se adentra en el salado - lugar privilegiado para la caza, pero embrujado- sin observar los rituales se somete al poder de la danta y puede traspasar “el umbral de la vida de los animales”. Además, con el siguiente extracto, la Corte reconoció las características místicas asociadas al cultivo de la planta de coca en la Amazonía, especialmente en el bajo Caquetá: “Indican [los investigadores Carlos A. Rodríguez y María Clara Van Der Hammen] que el indígena realiza la distribución espacial de los cultivos en la chagra utilizando criterios simbólicos, de manera que cada cultivo ocupa el lugar que según la connotación indígena ocupa el rol que el cultivo representa en la organización social indígena. Así los principales productos que se cultivan en el área en estudio -Bajo Caquetá-, la coca y la yuca, se siembran en el centro y en la periferia respectivamente, simbolizando lo femenino y lo masculino”. Por estas razones, la Corte indicó que la consulta previa era indispensable antes de la fumigación, precisamente para establecer en qué medida las prácticas ancestrales de las comunidades tutelantes se verían afectadas con ella y de qué forma podrían las comunidades mantener las plantaciones de coca, por la cual concedió la tutela.

DERECHO A LA LIBRE DETERMINACION O AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Ámbitos de protección/PARTICIPACION DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS EN LA TOMA DE CUALQUIER DECISION QUE PUEDA CONCERNIRLES-Formas/COMUNIDADES INDIGENAS-Consulta previa frente a cualquier decisión susceptible de afectarles directamente/PARTICIPACION DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS EN LA TOMA DE DECISIONES POLITICAS-Fundamento/DERECHO AL AUTOGOBIERNO DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Fundamento

El derecho a la libre determinación comprende al menos tres ámbitos de protección ligados a distintos factores de interacción de las comunidades étnicas, como precisó la Corte en la sentencia T-973 de 2009. En el primer ámbito se encuentra el derecho general de las comunidades a participar en la toma de cualquier decisión que pueda concernirles. Así, la participación se convierte en un vehículo que les permite expresar los valores e intereses culturales que las diferencian de la cultura mayoritaria predominante, a fin de que sean tenidos en cuenta a la hora de adoptar decisiones que les incumban, en desarrollo del objetivo constitucional de proteger su integridad cultural. Esta primera prerrogativa –participación- se manifiesta a su vez de al menos dos formas: (i) en el derecho a la consulta previa de todas las decisiones que les

conciernan directamente y (ii) en un derecho general de participación respecto de otras decisiones que les afecten indirectamente. En primer lugar, en relación con la consulta previa, el literal a) del artículo 6 del Convenio 169 dispone la obligación de los estados de “a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. A su turno, el artículo 7-1 del Convenio prevé que las comunidades tienen derecho a: “(...) decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.” Por su parte, el parágrafo del artículo 330 de la Constitución señala que el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en la toma de decisiones relacionadas con la explotación de los recursos naturales de sus territorios. Para el caso de las comunidades afrocolombianas y en desarrollo de los mandatos constitucionales de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, la Ley 70 prevé la realización de consultas en cuatro eventos: (i) para la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades afrodescendientes que desarrollen prácticas tradicionales (artículo 22); (ii) para la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (artículo 38); (iii) para la conformación de la “unidad de gestión de proyectos” que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (artículo 58); y (iv) para el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere la ley. Estos preceptos reconocen entonces el derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa frente a cualquier decisión susceptible de afectarles directamente. El contenido de este derecho será desarrollado más adelante. En segundo lugar, respecto del derecho de las comunidades étnicas a participar en la toma de otras decisiones que puedan afectarlas indirectamente, el artículo 7-3 del mismo Convenio prevé la obligación de los estados parte de “(...) velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas” (negrilla fuera del texto). Así, esta disposición estipula que respecto de las decisiones que conciernen indirectamente a las comunidades étnicas, éstas tienen derecho a participar en los respectivos estudios para

determinar su incidencia, lo que supone que, por lo menos, deben ser informadas de los planes, proyectos u otras decisiones que se pretenda tomar. El segundo ámbito de protección de la libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a participar en la toma de decisiones políticas. Este ámbito de protección se fundamenta, entre otras disposiciones, en el literal b) el artículo 6 del Convenio 169, según el cual los estados parte tienen la obligación de “b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”. A nivel nacional, el derecho a la participación en las decisiones políticas se concreta, como se indicó en la sentencia C-030 de 2008, en ámbitos como los siguientes: “(...) (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.” Adicionalmente, este ámbito de protección comprende la posibilidad de participar a través de los representantes elegidos según las tradiciones y prácticas de cada comunidad, y ejercer derechos políticos de conformidad con las reglas del derecho propio y las tradiciones culturales, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional. Finalmente, el tercer ámbito de protección se refiere al derecho al autogobierno de las comunidades étnicas. Esta prerrogativa se fundamenta, por ejemplo, en el literal c) del artículo 6 del Convenio 169, de acuerdo con el cual los estados deben “c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.” A nivel nacional, este ámbito de protección se concreta, por ejemplo, en el artículo 246 superior, que permite a las autoridades indígenas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial; en el artículo 286, según el cual los territorios indígenas son entidades territoriales; y en el artículo 330, que indica que los territorios indígenas deben ser gobernados por consejos conformados según los usos y costumbres de la respectiva comunidad.

DERECHO DE LAS COMUNIDADES A ADMINISTRAR JUSTICIA EN SUS TERRITORIOS-Jurisdicción especial indígena/**EJERCICIO DE JURISDICCION SOBRE ASUNTOS PROPIOS**-Es un derecho fundamental de las comunidades indígenas que puede ser protegido incluso mediante la acción de tutela/**FUERO DE JURISDICCION**-No solamente obra como una garantía para los

miembros de las comunidades, sino que su ejercicio puede ser reclamado como una manifestación de autonomía por la propias comunidades

Una de las manifestaciones más importantes de la autonomía de las comunidades indígenas es su derecho a ejercer funciones jurisdiccionales en su territorio y respecto de sus miembros. En efecto, el artículo 246 de la Constitución reconoce la autonomía de las comunidades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. Aunque la parte final de esta disposición asigna al Legislador la obligación de regular las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema de justicia nacional, la Corte Constitucional ha entendido que ello no significa que la aplicación del artículo 246 quede en suspenso hasta que el Congreso expida la respectiva ley de coordinación. La Corte ha precisado que el artículo 246 superior tiene efectos normativos directos, “(...) de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo.” El ejercicio de jurisdicción sobre los asuntos propios es un derecho fundamental de las comunidades indígenas que puede ser protegido incluso mediante la acción de tutela. Esto significa que el fuero de jurisdicción no solamente obra como una garantía para los miembros de las comunidades, sino que su ejercicio puede ser reclamado como una manifestación de autonomía por las propias comunidades. No obstante lo anterior, la disposición constitucional genera al menos tres preguntas que han tenido que ser resueltas por la Corte Constitucional para darle aplicación al artículo 246: (i) ¿cuáles son las normas y procedimientos propios de las comunidades indígenas? es decir, ¿qué es el derecho propio?, (ii) ¿en qué casos las comunidades indígenas pueden administrar justicia?, y (iii) ¿cuáles son los límites del ejercicio de jurisdicción por las comunidades?.

DERECHO PROPIO-Noción/DERECHO PROPIO-Ampliación del concepto

AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Reiteración de jurisprudencia en relación con los criterios para solución de conflictos/CULTURA-Carácter dinámico/COMUNIDADES INDIGENAS-Posibilidad de que inicien procesos de recuperación cultural en los que involucren elementos que han asimilado de la cultura mayoritaria

COMUNIDADES INDIGENAS-Criterios para determinar en que casos pueden administrar justicia/JURISDICCION INDIGENA ESPECIAL-Alcance/JURISDICCION INDIGENA ESPECIAL-Criterios para determinar la competencia

En relación con el alcance de la jurisdicción especial indígena, la Corte se ha enfocado en la definición de los casos en los que las comunidades pueden ejercer jurisdicción y los límites del ejercicio de jurisdicción. Sobre la primera cuestión, es decir, los casos en los que las comunidades pueden ejercer jurisdicción, la Corte ha acudido a los tres criterios tradicionales empleados en el derecho para determinar la competencia: (i) el criterio personal, (ii) el criterio territorial y (iii) el criterio objetivo o de la materia. En cada caso es necesario examinar la presencia de alguno o varios de estos criterios –aunque no es necesario que siempre concurran los tres- y la importancia que el factor cultural tiene. Con el factor personal se determinan los sujetos de juzgamiento y de la relación procesal, activa y pasiva. La Corte ha señalado que las comunidades indígenas deben ocuparse del juzgamiento de sus propios integrantes. Es más, para la Corte, la pertenencia a una comunidad otorga a sus miembros un fuero especial conforme al cual deben ser juzgados por sus propias autoridades y según el derecho propio. El fuero de jurisdicción garantiza el respeto por la particular cosmovisión de las comunidades indígenas. No obstante, es necesario aclarar en relación con este elemento, que no es suficiente con que el sujeto haga parte de la comunidad, es preciso además que esté integrado a ella y viva según sus usos y costumbres. El factor territorial, de otra parte, permite que cada comunidad juzgar las conductas cometidas en su ámbito territorial y aplicar su sistema jurídico dentro del mismo. La jurisprudencia ha considerado que este elemento se refiere de manera concreta a la existencia de una comunidad indígena organizada, con vocación de pertenencia sobre la tierra que ocupa y con su convivencia regida por su cultura. El factor objetivo, finalmente, hace referencia a las materias sobre las que versan las controversias que deben ser dirimidas. La Corte ha sostenido que las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia que suscite la aplicación de su derecho propio. Sin embargo, estos criterios no son absolutos; por ejemplo, (i) en casos de conductas realizadas en el territorio de una comunidad, pero que causan daños a terceros ajenos, es posible que el asunto deba ser juzgado por la jurisdicción ordinaria. (ii) De igual forma, como en el caso analizado en la sentencia T-496 de 1996, es posible que pese a que una conducta reprochada por una comunidad haya sido cometida por uno de sus miembros dentro de su territorio, el caso deba ser remitido a la jurisdicción nacional debido a la no pertenencia de la víctima a la comunidad y al grado de integración del infractor a la cultura mayoritaria. (iii) También es posible, como en el caso examinado en la sentencia T-1238 de 2004, que una falta que tuvo lugar fuera del territorio, deba ser sometida a la jurisdicción de la comunidad por haberse realizado contra un miembro de la misma.

JURISDICCION INDIGENA ESPECIAL-Límites/LIMITES AL EJERCICIO DE LA JURISDICCION INDIGENA-Jurisprudencia constitucional/TEORIA DE MINIMOS EN TERMINOS DE DERECHOS HUMANOS-No pueden librarse a la autonomía de los pueblos indígenas/NUCLEO DURO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES-Jurisprudencia constitucional/EJERCICIO DE

**LA JURISDICCION POR LAS COMUNIDADES INDIGENAS-
Jurisprudencia constitucional/BIENES MAS PRECIADOS POR EL
HOMBRE-Representan el limite de la jurisdicción especial
indígena/VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS A MIEMBROS
DE COMUNIDADES INDIGENAS-Jurisprudencia
constitucional/SANCIONES IMPUESTAS POR LAS
COMUNIDADES INDIGENAS-Jurisprudencia
constitucional/CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y
NUCLEO DURO DE LOS DERECHOS HUMANOS-Distinción**

En relación con los límites de la jurisdicción especial indígena, la Corte ha adoptado varios criterios: En primer término, ha defendido una teoría de mínimos en términos de derechos humanos que no pueden librarse a la autonomía de los pueblos indígenas. Estos mínimos también han sido denominados núcleo duro de los derechos humanos. Una de las primeras oportunidades en las que la Corte se pronunció sobre tales mínimos fue en la sentencia T-349 de 1996, al revisar la tutela interpuesta por un miembro de la comunidad indígena embera-chamí contra las autoridades del cabildo, por imponerle una pena de 20 años por el homicidio de otro indígena, en su concepto, con desconocimiento del debido proceso. La Corte consideró en este fallo que la jurisdicción especial indígena y la posibilidad de gobernarse por leyes propias encuentran límites en “(...) lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.” En el caso bajo revisión, la Corte estimó que la comunidad había excedido sus facultades jurisdiccionales y desconocido el debido proceso del actor -uno de los derechos mínimos que limitan la jurisdicción especial indígena- por imponerle una sanción no prevista de antemano por el derecho propio de la comunidad, es decir, una sanción no previsible. Reiterando la sentencia T-349 de 1996, en la SU-510 de 1998, cuyos antecedentes ya fueron reseñados, la Corte precisó que aquellos bienes más preciados para el hombre y que representan el límite de la jurisdicción especial indígena están constituidos “(...) por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29).” Al respecto, la Corte explicó: “En efecto, como lo ha manifestado la Corte, (1) sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; (2) los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado (Pacto de Derechos Civiles y Políticos [Ley 74 de 1968], artículo 4-1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos [Ley 16 de 1972], artículo 27-1 y 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3º; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las "normas y

procedimientos" de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas." La Corte ha tutelado en varias ocasiones este núcleo duro de derechos humanos vulnerados a miembros de comunidades indígenas. La jurisprudencia ha sido particularmente numerosa en materia de debido proceso. Por ejemplo, en la sentencia T-048 de 2002, la Corte conoció de un caso en el que el tutelante era un indígena de la comunidad Los Ángeles - Las Vegas del municipio de Natagaima, quien alegaba que el Cabildo le había vulnerado su derecho al debido proceso al expulsarlo de la comunidad a raíz de un proceso que nunca conoció y en el que no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa. La Corte determinó que el Cabildo había vulnerado su derecho al debido proceso, ya que "(...) lo sancionó i) sin seguir el procedimiento que para el efecto prevé su propio reglamento interno-requerimiento, amonestación y decisión unánime de la asamblea-por su inasistencia a las reuniones y los trabajos comunitarios-, ii) sin investigar las nueve acusaciones que le fueron formuladas, por faltas que habría cometido en ejercicio de su cargo de gobernador del cabildo, y iii) sin haberle dado la oportunidad de explicar su conducta." La Corte reiteró las reglas ya establecidas sobre los límites a la jurisdicción indígena, en cuanto al respeto a la legalidad de los procedimientos internos de cada comunidad. Posteriormente, en la sentencia T-811 de 2004, la Corte revisó el caso de un indígena que alegaba que se le había vulnerado su derecho al debido proceso, ya que –aseguraba- había sido condenado por el homicidio de otro indígena, pese a que su conducta, empezar una riña, no constituía un delito penalizado ni en su comunidad ni en la jurisdicción ordinaria. La Corporación encontró que las autoridades sí habían violado el derecho al debido proceso al condenar al tutelante por un acto que no cometió y reiteró que el derecho a la legalidad de los procedimientos constituyó un límite al ejercicio de la jurisdicción indígena. No obstante, en materia de debido proceso, la Corte también ha establecido que no puede exigirse al derecho propio de las comunidades estructurarse igual que el derecho nacional en términos de las exigencias de los principios de tipicidad, legalidad del procedimiento y la sanción, y juez natural. Para la Corte, estos principios se garantizan si las conductas sancionables, el procedimiento y las sanciones a imponer son previsibles. Por ejemplo, en la sentencia T-552 de 2003, la Corte conoció la tutela que el Gobernador del Resguardo de Caquiona (etnia Yanacona) de Cauca interpuso contra el Consejo Superior de la Judicatura, bajo el argumento de que había violado los derechos al debido proceso, al juez natural, a la igualdad y a la diversidad étnica y cultural de la comunidad, al dirimir un conflicto de competencias a favor de la justicia ordinaria en el proceso que se seguía contra un miembro de la comunidad por los delitos de porte ilegal de armas y homicidio. El Consejo Superior de la Judicatura consideró que la jurisdicción competente era la ordinaria, a pesar de que el sindicado era indígena, el delito se había cometido contra otro indígena y en territorio de la comunidad, debido a que la comunidad no contemplaba en su derecho propio esas conductas como delitos ni tenía un procedimiento establecido de antemano para juzgarlas. La Corte consideró que dicha decisión constituía una vía de hecho por indebida

aplicación de la ley. Luego, en la sentencia T-009 de 2007, la Corte precisó que no es necesario que las comunidades tengan jueces especializados –como los jueces laborales– para dirimir las controversias que se suscitan a su interior. En este fallo, la Corte conoció el caso de un indígena que laboró como conductor de un camión de la comunidad y que a la finalización de su contrato interpuso una demanda contra la misma por el pago de las acreencias laborales. El Tesorero del Cabildo propuso un conflicto de jurisdicciones para que el asunto fuera remitido a la Jurisdicción Especial Indígena. La petición fue negada por el juez de instancia y se ordenó continuar con el trámite del proceso, por cuanto consideró que la comunidad no contaba con una jurisdicción laboral especial. La Corte afirmó que la posición del juzgado de reprochar que en el Cabildo no existieran jueces especializados en lo laboral para dirimir el conflicto ni tampoco tribunales autónomos y con independencia de la asamblea de la comunidad, imponía la visión jurídica occidental, al igual que las formas de organización y control occidentales. En relación con la prohibición de tortura y de penas y tratos crueles e inhumanos, la jurisprudencia constitucional ha sido restringida y se ha inclinado por proteger la autonomía de las comunidades para fijar sanciones. En pocas ocasiones se han concedido tutelas por violación de esta garantía. Por ejemplo, en la sentencia T-254 de 1994, la Corte tuteló los derechos de un indígena de la Comunidad de El Tambo y su familia, quienes habían sido condenados a expulsión por la “supuesta” comisión del delito de hurto por el primero, y despojados de una parcela adjudicada por la misma comunidad. A juicio de la Corte, un límite constitucional explícito al ejercicio de la potestad punitiva por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, lo constituye la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. Luego, en la sentencia T-030 de 2000, la Corte tuteló el derecho de dos niños gemelos de la comunidad U’WA, quienes habían sido entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por sus padres porque los U’WA repudian los nacimientos múltiples, ya que consideran que “contaminan” su comunidad. La Corte ordenó a la institución de protección familiar continuar el proceso de definición de la situación de los niños. En la mayoría de los casos, la Corte ha avalado las sanciones impuestas por las comunidades a sus miembros. En la sentencia T-1294 de 2005, la Corte conoció el caso de un indígena de la comunidad de Pioyá que había sido condenado por la comunidad a 40 años de prisión por el delito de homicidio. El tutelante consideraba que se le había violado su derecho a una pena justa y razonable al no imponérsele una pena que se encontrara dentro de los límites de la legislación colombiana. La Corte reiteró el principio de maximización de la autonomía y de minimización de las restricciones, y consideró que la pena impuesta por el Cabildo no había vulnerado derecho fundamental alguno del demandante y que su actuación se encontraba ajustada a los límites impuestos al ejercicio de la jurisdicción indígena, al igual que a los usos y costumbres de la comunidad. En segundo término, la Corte también ha indicado que constituye un límite de la jurisdicción especial indígena “la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales

de los miembros de la comunidad.” Como se indicó en la sentencia T-514 de 2009, el concepto de derechos fundamentales es distinto al de “núcleo duro de los derechos humanos”, que son solamente los delimitados en las sentencias antes analizadas. El límite que ahora se explora se refiere a los contenidos que no pueden ser limitados de todos los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas. La definición de los contenidos no limitables depende de la ponderación que se lleve a cabo en cada caso, como se explicó en la sentencia citada en líneas anteriores: “Los derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía. En estos conflictos, sin embargo, los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, prima facie, en virtud al principio de ‘maximización de la autonomía’”.

AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y OTROS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES-Criterios para resolver tensiones/PRINCIPIO DE MAXIMIZACION DE LA AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Reiteración de jurisprudencia/PRINCIPIO DE MAYOR AUTONOMIA PARA LA DECISION DE CONFLICTOS INTERNOS-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO A MAYOR CONSERVACION DE LA IDENTIDAD CULTURAL, MAYOR AUTONOMIA-Jurisprudencia constitucional

El reconocimiento del derecho colectivo de las comunidades indígenas a la autonomía o libre determinación no ha sido del todo pacífico; su garantía ha generado tensiones frente a los derechos individuales subjetivos de corte liberal reconocidos también por la Constitución, así como frente al principio de unidad. La Corte Constitucional ha desarrollado varios criterios dirigidos a resolver esta tensión entre la diversidad y la unidad en los casos concretos, como a continuación se analiza: En primer lugar, la Corte ha señalado que los conflictos deben resolverse a favor del principio de maximización de la autonomía, es decir, los jueces y las demás autoridades deben favorecer el derecho de las comunidades a la autonomía, salvo cuando (i) esté de por medio un derecho fundamental de uno de sus miembros u otro principio constitucional que adquiera mayor peso en la ponderación que se lleva a cabo en el caso concreto o (ii) la restricción de la autonomía constituya la medida menos gravosa posible. En este sentido, en la sentencia T-349 de 1996, la Corte explicó que este criterio se basa en la premisa de que “sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”. Posteriormente, al aplicar específicamente este principio en un conflicto entre la autonomía de las comunidades indígenas y la libertad religiosa, en la sentencia SU-510 de 1998, la Corporación sostuvo que solamente principios de valor superior al de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural pueden justificar una limitación de la autonomía de dichos pueblos. La Corte explicó: “En

efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P., artículo 4°) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última, como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, 'resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía'. En relación con los valores de mayor monta que pueden dar lugar a la limitación de la autonomía de los pueblos indígenas, la Corte ha señalado que son, entre otros, el derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la responsabilidad individual por los actos y la proporcionalidad de la pena a la gravedad de la falta. Al respecto, en la sentencia SU-510 de 1998, la Corte explicó: "Según la jurisprudencia de la Corte, en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos "a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre." En primer lugar, tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29). En efecto, como lo ha manifestado la Corte, (1) sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; (2) los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado (Pacto de Derechos Civiles y Políticos [Ley 74 de 1968], artículo 4-1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos [Ley 16 de 1972], artículo 27-1 y 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3°; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas. En segundo término, la Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad." En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional ha defendido el principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos, según el cual el respeto por la autonomía debe ser

mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad, que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes. En esta última hipótesis deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión, es decir, la jurisprudencia ha invitado a establecer un dialogo intercultural. Por último, la Corte ha defendido el principio a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía. Según este principio, en el caso concreto debe sopesarse el grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena involucrada respecto de la cultura mayoritaria. Al respecto, en la sentencia T-349 de 1996, la Corte sugirió que en cada caso el juez debe examinar las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgan la misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos. Posteriormente, en la sentencia T-496 de 1996, la Corporación agregó que “el procedimiento de solución de conflictos entre unidad y autonomía debe atender a las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria (...)”. Más recientemente, en la sentencia T-514 de 2009, la Corte precisó que la idea de que las comunidades indígenas que se han asimilado en mayor medida a la cultura mayoritaria, deben también regirse en mayor medida por las leyes de la República en virtud del principio de unidad, debe tomarse como “una constatación descriptiva y no como un precepto normativo”. La Corte Constitucional explicó las razones de esta afirmación como sigue: “A juicio de esta sala, la segunda parte de la formulación debe entenderse como una constatación descriptiva y no como un precepto normativo, pues es claro que la pérdida de ciertos aspectos de la cultura tradicional, usos y costumbres, modos de producción, formas de relacionarse con el ambiente, visiones religiosas por parte de una comunidad indígena, no puede servir de fundamento para disminuir su capacidad de decidir autónomamente sobre sus asuntos. Esa posibilidad sería incompatible con los principios constitucionales de no discriminación e igual respeto por la dignidad de todas las culturas. La decisión de una comunidad indígena, con un grado escaso de conservación de sus tradiciones, en el sentido de iniciar un proceso de recuperación cultural debe ser respetada, de la misma forma y en el mismo grado que la decisión de otra comunidad, con alta conservación de sus tradiciones, de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria. En conclusión, si de acuerdo con las consideraciones recién expuestas, el principio reiterado se interpreta integralmente como una constatación descriptiva, constituye una pauta interpretativa de gran utilidad para la ubicación y el acercamiento a casos concretos, pues expresa un hecho social que se proyecta en la labor del intérprete: Las culturas con menor grado de conservación han incorporado categorías cognitivas y formas sociales propias de la cultura mayoritaria, así que el intérprete puede establecer el diálogo intercultural con mayor facilidad; por el contrario, cuando el intérprete se acerque a una cultura con un alto grado de conservación, requerirá establecer con mayor cautela este diálogo pues se enfrentará a formas de regulación social que pueden diferir sustancialmente de su concepción y formación jurídica”.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Contenido

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-No deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos

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

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-Alcance/CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Tipos de decisiones que se deben consultar/CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Materias en que dicha consulta tienen carácter obligatorio/DECISIONES QUE SE DEBEN CONSULTAR-Jurisprudencia constitucional

En relación con los alcances del derecho de consulta de las comunidades étnicas previsto en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, en sentencia T-769 de 2009 la Corte reiteró los aspectos fijados en la sentencia C-030 de 2008, en los siguientes términos: “i) La consulta, resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Igualmente, precisó que no todo lo concerniente ‘a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población’. De lo anterior, se concluyó que ‘en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios’. De manera que cuando se adopten medidas en aplicación del artículo 6 del Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de estos pueblos: “(...) el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que

debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta”. De lo anterior se desprende que existen varios tipos de decisiones que se deben consultar: 1. Decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros. Sobre la naturaleza de este tipo de decisiones a consultar, la jurisprudencia ha tenido una evolución importante. Parte importante de la jurisprudencia en la materia se ha concentrado en medidas administrativas –especialmente licencias ambientales y contratos de obra o concesión- ligadas a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas, particularmente decisiones que permiten la explotación o el aprovechamiento de recursos naturales ubicados en sus territorios. 2. Presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional. De acuerdo con la sentencia C-461 de 2008, la consulta previa también debe realizarse antes de la elaboración de los presupuestos y la ejecución de proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional que afecten directamente a las comunidades indígenas. Por ello la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 1151 de 2007 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, “en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional”. 3. Decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades. La jurisprudencia constitucional también ha precisado, de la mano con la “Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT”, que las decisiones relacionadas con la prestación del servicio público de educación dentro de los territorios de las comunidades étnicas deben someterse a consulta previa. Así, en la sentencia T-116 de 2011, la Corte tuteló los derechos a la consulta previa y a la cultura, entre otros, de la comunidad indígena Páez de la Gaitana, departamento del Cauca, por cuanto la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes, la cual atendía un porcentaje importante de miembros de la comunidad, había sido declarada establecimiento educativo oficial por el Decreto 0591 de 2009 y, por tanto, excluida de la política de etnoeducación, sin que se consultara previamente a la comunidad. En este caso el Ministerio de Educación –una de las entidades demandadas- alegaba que el colegio no se ubicaba dentro del territorio de la comunidad y que por ello no era necesaria la consulta. La Corte, por el contrario aclaró que “al tenor del artículo 6 del Convenio 169 de OIT, la obligación de adelantar la consulta previa se activa en presencia de cualquier medida que afecte directamente a una comunidad étnica y no solamente con aquellas que se ejecuten en su territorio” (negrilla fuera del texto). 4. Medidas legislativas. A partir del año 2001, la Corte comenzó a

discutir si el deber de consulta previa se extendía a los proyectos de ley. En un comienzo la Corte adoptó una postura restringida y aseguró que dado que ni la Constitución ni la ley orgánica que regula el procedimiento legislativo exigen la consulta previa en el procedimiento de aprobación de un proyecto ley, la consulta no es necesaria en estos casos. Así, en la sentencia C-169 de 2001, en la que se analizó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria por el cual se creó una circunscripción electoral especial para que las comunidades afrocolombianas, la Corte consideró que la omisión de consulta no viciaba la constitucionalidad de la ley. En pronunciamientos más recientes, la Corte abandonó esta posición. En efecto, en la sentencia C-030 de 2008, la Corporación declaró inexecutable la Ley Forestal –Ley 1021 de 2006 – por no haber sido consultada a las comunidades afrocolombianas e indígenas antes de su aprobación legislativa, pese a que ninguna ley o decreto ordenaba la consulta de manera explícita. La Corte expresó: “En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley”. Posteriormente, en la sentencia C-175 de 2009, la Corte declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007, “por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones” por no haberse surtido la consulta previa. En esa oportunidad, se precisó: La Ley 1152 de 2007 configura una regulación integral y sistemática sobre el desarrollo rural y el uso y aprovechamiento de la propiedad agraria, régimen jurídico que debió someterse al trámite de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, en razón de la especial connotación que el territorio tiene para estos pueblos, al igual que por la existencia de disposiciones particulares y concretas en el EDR que los afectan directamente. Sin embargo, de conformidad con los argumentos de índole fáctica recopilados en esta sentencia, la Corte pudo comprobar que las actividades desarrolladas por el Gobierno Nacional no cumplieron con las condiciones constitucionales de la consulta. En especial, los procesos de acercamiento fueron realizados de forma inoportuna, cuando el trámite legislativo ya se encontraba en curso, circunstancia incompatible con la vigencia del principio de buena fe en los procesos de consulta previa. Adicionalmente, no se comprobó que fuera adelantado un procedimiento preconsultivo con las comunidades tradicionales, tendiente a definir las reglas de deliberación del proceso de consulta previa. De este modo, resulta desacertado sostener que dichos acercamientos extemporáneos suplen el requisito de consulta previa, puesto que fueron ejecutados luego de haberse iniciado el trámite legislativo y en escenarios propios de éste. En ese sentido, responden a formas de participación democrática de carácter general, los cuales difieren de las modalidades concretas de incidencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes a las que se refiere el artículo 6° del Convenio 169 de la

OIT, las cuales corresponde a un procedimiento sustantivo de índole constitucional, dirigido a satisfacer el derecho fundamental a la consulta previa, del cual son titulares las comunidades indígenas y afrodescendientes. Debido a la pretermisión del requisito de consulta previa, la norma acusada deviene inexecutable en su integridad. Ello debido a que, en razón de constituir, por expreso mandato del Legislador, un régimen general y sistemático en materia de uso y aprovechamiento de los territorios rurales, (i) no resulta viable diferenciar entre las normas que afectan directamente a las comunidades y aquellas que no tienen ese efecto, amén de la posibilidad que en casos concretos cualquier disposición del EDR contraiga esa afectación; y (ii) la exclusión, en virtud de su inexecutableidad, de las normas que hagan referencia nominal a los pueblos indígenas y tribales, generaría un régimen discriminatorio en contra de los mismos, puesto que contribuiría a un déficit de protección jurídica, contrario a los derechos que la Constitución reconoce a dichas minorías étnicas.” . Más recientemente, en la sentencia C-702 de 2010, la Corte extendió esta doctrina a los actos reformativos de la Constitución y declaró inexecutable el inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 01 de 2009, “Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”. A juicio de la Corte, el concepto de medida legislativa cubre los actos legislativos pues, en primer lugar, la finalidad que animó la expedición del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT fue la de asegurar la preservación de la cultura de las comunidades étnicas, a través de un mecanismo de participación eficaz. Así las cosas, la expresión “medidas legislativas” utilizada por el artículo 6° del Convenio 169, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cubra todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. En segundo lugar, de acuerdo con una interpretación pro homine, la exégesis de la expresión “medidas legislativas” que debe ser escogida es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho fundamental de las comunidades étnicas. Por último, en el derecho constitucional colombiano, la palabra ley no tiene un sentido unívoco y, por lo tanto, el adjetivo legislativo tampoco lo tiene. La expresión “medidas legislativas” no puede entenderse que concierne exclusivamente a las leyes en sentido formal; a la hora de hacer la exégesis de dicha expresión para determinar el alcance del derecho de consulta previa, es menester escoger la interpretación que permita hacer realidad el deber estatal de reconocimiento, garantía y promoción de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, así como lograr la efectividad del derecho a la consulta. En resumen, de acuerdo con el Convenio 169, el mecanismo de consulta allí previsto debe surtirse no solamente cuando se trate de la explotación de recursos naturales existentes en territorios pertenecientes a las comunidades étnicas, sino también cuando involucre decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o comprometan intereses propios de dichas comunidades.

CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS- Finalidad

La Corte ha precisado que la consulta previa tiene la finalidad de (i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto. Es por ello que en reciente jurisprudencia se ha resaltado que con la consulta previa se debe busca el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas frente a las medidas que puedan afectar directamente sus intereses. Tal consentimiento es además indispensable cuando las medidas, entre otros casos extremos, “(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”. En estos casos, dada la gravedad de sus posibles consecuencias, el deber de las autoridades de llevar a cabo procesos de concertación con las comunidades étnicas se refuerza, sin que ello signifique en modo alguno que se dote a las comunidades de un poder de veto.

CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS- Características del procedimiento

El Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra ese instrumento y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de buena fe, “lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a

adoptar.”Teniendo en cuenta la finalidad de la consulta previa, la Corte ha resaltado las siguientes características que debe tener el proceso que se adelanta con las comunidades étnicas: En primer lugar, en la sentencia SU-039 de 1997, la Corte dejó claro que no puede tener el valor de consulta previa “(...) la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica” (negrilla fuera del texto original). Por eso, en el caso que dio lugar a dicho pronunciamiento, la Corte estimó que una reunión de divulgación de un proyecto en la que no se brinda oportunidad a los representantes de las comunidades de pronunciarse, no puede hacer las veces de una consulta previa. En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-175 de 2009, al indicar que las audiencias públicas en el trámite legislativo no agotan el requisito de consulta. En segundo lugar, como se indicó en la sentencia C-461 de 2008, antes de llevar a cabo la consulta previa en estricto sentido, se deben realizar conversaciones preliminares –una especie de preconsulta- con la comunidad o comunidades concernidas, cuya finalidad es identificar las instancias de gobierno local y los representantes de la comunidad, así como socializar el proyecto, y concertar la metodología de la consulta. Al respecto se indicó lo siguiente en la sentencia citada: “La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: ‘el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo’.” En tercer lugar, la consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que se comience el proyecto de explotación (incluso desde la formulación del proyecto y antes del inicio de las actividades de prospección) o se tome la decisión normativa que concierne a las comunidades directamente. La Corte precisó en la sentencia SU-039 de 1997 que actuaciones posteriores a la adopción de la decisión no pueden subsanar el vicio que se genera por la ausencia de consulta previa. En el mismo sentido se manifestó la Corte en la sentencia C-702 de 2010, en la que afirmó que la omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier medida legislativa. En cuarto lugar, la Corte ha precisado que el proceso de consulta debe regirse por el mutuo respeto y la buena fe entre las comunidades y las autoridades públicas. El que la consulta se rija por el principio de buena fe significa que los procesos de consulta no deben ser manipulados y que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el

proceso, para lo cual es necesario que las comunidades sean dotadas de información suficiente y oportuna. En quinto lugar, con miras a lograr que las comunidades étnicas estén plenamente informadas de la propuesta y sus implicaciones, y puedan tomar decisiones informadas, las autoridades que dirigen el proceso consultivo deben velar por que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los respectivos grupos. En sexto lugar, para la Corte, la consulta debe tener efectos sobre la decisión a adoptar. La efectividad de la consulta se refiere entonces al deber de las autoridades de dar valor a la palabra de las comunidades. Así las cosas, para que la consulta previa cumpla con su finalidad y sea un mecanismo eficaz y útil de participación, es necesario que en su realización se adopten procedimientos apropiados que permitan la creación de espacios de negociación y de intervención de las instituciones representativas indígenas, que contribuya al desarrollo y a la resolución efectiva de los diferentes desafíos asociados con el respeto de los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de estos pueblos.

PROHIBICION DEL PORTE Y CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTROPICAS ESTABLECIDA EN EL ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2009-Excepción

PROHIBICION DE PORTE Y CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTROPICAS-Interpretación del precepto

La Sala observa que, en principio, una interpretación textual y aislada del precepto censurado confirmaría la afirmación del demandante y los intervinientes que lo acompañan. Sin embargo, acudiendo a los criterios de interpretación histórico, teleológico y sistemático, la Sala concluye que el precepto debe ser interpretado de una manera diferente, esta es: (i) el acto legislativo solamente proscribe el uso y consumo de sustancias estupefacientes y sicoactivas con el fin de prevenir y atacar la drogadicción como enfermedad y problema de salud pública; y (ii) en todo caso, la prohibición no es aplicable dentro de los territorios indígenas ni a los miembros de las comunidades cuando el porte y consumo está asociado con prácticas ancestrales, pues el artículo 49 superior, sobre el derecho a la salud y en el que se insertó la reforma, no hace parte de los derechos que limitan la autonomía de las comunidades indígenas, en los términos de la jurisprudencia constitucional

PROHIBICION DE PORTE Y CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTROPICAS-Interpretación histórica, sistemática, teleológica y literal del precepto/ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2009-Desarrolla el deber del cuidado integral de la salud/AUTONOMIA Y TRADICIONES DE LAS COMUNIDADES ETNICAS-No pueden ser limitadas por normas legales e incluso

constitucionales, salvo cuando la finalidad de la limitación persiga realizar un valor o principio de mayor monta que el principio de respeto y protección

ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2009-No afecta directamente a las comunidades indígenas y por tanto no requería de consulta previa

Con fundamento en una interpretación histórica, teleológica y sistemática del Acto Legislativo 02 de 2009, la Corte concluye que no afecta directamente a las comunidades indígenas y, en consecuencia, no era necesario que les fuera consultado previamente. La conclusión de la Sala sobre la no afectación directa se basa en las siguientes razones: 1. En primer lugar, la Sala observa con fundamento en los antecedentes legislativos y en la ubicación de la reforma en el texto constitucional, que el Acto Legislativo 02 de 2009 prohíbe el porte y consumo de sustancias estupefacientes –incluida la hoja de coca- y sicoactivas con el propósito exclusivo de atacar la drogadicción como un problema de salud pública. Por tanto, esta prohibición, desde el punto de vista teleológico y sistemático, no es aplicable a las comunidades indígenas, pues el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en estas comunidades no está asociado a la drogadicción ni conlleva problemas de salud para sus miembros. Como se explicó en apartes previos, el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en las comunidades indígenas hace parte de sus costumbres ancestrales, es decir, es una práctica protegida por los derechos a la identidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas y, por tanto, amparada por el principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural. En consecuencia, afirmar que los indígenas “son adictos o contribuyen al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes como causa de la drogadicción” sería desconocer el valor cultural de la práctica y constituiría un atentado directo contra sus derechos a la identidad étnica y cultural y a la autonomía. Por estas razones, debe concluirse que el Acto Legislativo no es aplicable a las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas ligadas a la hoja de coca. 2. En segundo lugar, desde el punto de vista sistemático, el acto legislativo censurado debe leerse en conjunto con los preceptos constitucionales que introducen y desarrollan el principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural, así como los derechos de los pueblos indígenas a la integridad étnica y cultural y a la autonomía. Estas últimas disposiciones constitucionales, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, implican que las prácticas, costumbres y decisiones autonómicas de las comunidades indígenas solamente pueden ser limitadas por valores y principios constitucionales de mayor monta. En este caso, las preocupaciones de salud pública que inspiraron el acto legislativo para la Sala no son suficientes para limitar las prácticas culturales de nuestros pueblos indígenas, puesto que (i) como ya se explicó, el uso de la hoja de coca en las comunidades indígenas no constituye un problema de drogadicción y (ii) ni existe evidencia de que contribuya al tráfico ilícito de la planta como causa del mismo problema a nivel más general. 3. En este orden de ideas, en tanto la prohibición no es oponible a las comunidades indígenas

ni es susceptible de limitar o restringir sus prácticas tradicionales ligadas a la hoja de coca, la Sala concluye que el Acto legislativo 02 de 2009 no debía serles consultado antes del trámite legislativo respectivo.

Referencia: expedientes D-8387 y D-8395

Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 2 de 2009 “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”

Actores: Julián Martín Berrío Gómez y otro

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil once (2011).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Juan Carlos Henao Pérez -quien la preside, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Sierra Porto y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes

1. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Fernando Plaza Calero (expediente D-8386), Julián Martín Berrío Gómez (expediente D-8387), Fabio Roche Ballén (expediente D-8389) y Cesar Augusto Luque Fandiño (expediente D-8395) demandaron apartes del Acto Legislativo 2 de 2009 “Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política”.

En sesión de la Sala Plena del 26 de enero de 2011, se resolvió acumular los expedientes D-8387, D-8389 y D-8395 al expediente D-8386.

Mediante auto del 10 de febrero de 2011, y después de verificar la oportunidad de la presentación de las demandas de conformidad con el artículo 379 de la Carta, el Magistrado Sustanciador **inadmitió las demandas D-8386 y D-8389** por no cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 2°

del Decreto 2067 de 1991; especialmente, a juicio del Despacho, los cargos formulados pretendían un control material del acto legislativo a partir de su confrontación con varias disposiciones constitucionales, labor para la que la Corte no tiene competencia. Por otra parte, **las demandas D-8387 y D-8395 fueron admitidas.**

Cumplido el término concedido para subsanar las **demandas D-8386 y D-8389** y teniendo en cuenta que los errores no fueron corregidos, fueron **rechazadas** mediante auto del 25 de febrero de 2011.

1.1. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada; se subrayan los apartes acusados:

“ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2009
(Diciembre 21)

Diario Oficial No. 47.570 de 21 de diciembre de 2009
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política.

EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:

ARTÍCULO 1o. **El artículo 49** de la Constitución Política quedará así:

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

ARTÍCULO 2o. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación.

El Presidente del honorable Senado de la República,

JAVIER CÁCERES LEAL.

El Secretario General del honorable Senado de la República,
EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,
EDGAR ALFONSO GÓMEZ ROMÁN.

El Secretario General de la honorable Cámara de
Representantes,
JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO.”

1.2. ARGUMENTOS DE LAS DEMANDAS

1.2.1. Expediente D-8387

El ciudadano Julián Martín Berrio Gómez solicita a la Corte Constitucional declarar inexecutable los dos últimos incisos del artículo 1° del Acto Legislativo 02 de 2009, ya que asegura que el Congreso

incurrió en un vicio de procedimiento en su aprobación, este es, **omitió consultar previamente a las comunidades indígenas** del país. Sustenta su solicitud en los siguientes argumentos:

1.2.1.1. Recuerda que el Convenio 169 de 1989 de la OIT establece la obligación de los estados de consultar a los pueblos indígenas y tribales “(...) cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Indica que de conformidad con el artículo 93 de la Constitución, este mandato hace parte del bloque de constitucionalidad, como lo reconoció la propia Corte en las sentencias SU-383 de 2003, C-208 de 2007 y C-461 de 2008, de modo que es obligatorio.

1.2.1.2. También sostiene que la omisión de la consulta previa desconoce el artículo 7 superior, según el cual el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación.

1.2.1.3. Explica que el acto legislativo acusado **es una medida legislativa que afecta directamente a las comunidades**, por cuanto, (i) como se precisó en la sentencia C-702 de 2010, los actos legislativos son una especie del género “medidas legislativas”; y (ii) la prohibición afecta directamente a dichas comunidades, ya que pese a que tiene un alcance general, **impacta de forma directa sus costumbres y tradiciones, específicamente debido a que entre sus excepciones no alude a los usos tradicionales de las sustancias sicotrópicas**. Al respecto, el actor manifiesta:

“El artículo 1 del Acto Legislativo No. 02 de 2010, al prohibir el porte y consumo de sustancias sicotrópicas, desconoció el uso y consumo de estas sustancias como parte de las tradiciones de las comunidades indígenas, y por lo tanto impuso una restricción que evidentemente afecta ámbitos propios de estos grupos, en particular la afectación del derecho a la identidad cultural. Se trata entonces de una medida legislativa que afecta directamente las comunidades indígenas, y, por esa razón, era necesario que se realizar la consulta previa.”

1.2.1.4. A continuación, señala varios instrumentos legales que, en su sentir, evidencian que la prohibición de porte y consumo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas concierne de manera directa a los pueblos indígenas. Por ejemplo, indica que el artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas “(...) prevé que las Partes adoptarán medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, así como para erradicar aquellas que cultiven ilícitamente en su territorio, con pleno *‘respeto de los derechos humanos fundamentales, y teniendo en*

cuenta los usos tradicionales lícitos de dichos cultivos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente’.” (énfasis original) También cita la Ley 30 de 1986, cuyo artículo 7 faculta al Consejo Nacional de Estupefacientes para reglamentar el cultivo de plantas a partir de las cuales se produzcan estupefacientes, así como su consumo por las comunidades indígenas, “(...) de acuerdo con los usos y prácticas derivadas de su tradición y cultura”. A juicio del demandante, estas disposiciones “(...) tienen en común que establecen un espacio para el respeto a los usos tradicionales protegidos, con lo cual se demuestra que las medidas legislativas contra el uso y consumo de sustancias psicotrópicas afectan de forma directa a los grupos indígenas”.

- 1.2.1.5.** El demandante también cita la sentencia C-176 de 1994, en la que la Corte, con fundamento en un concepto del Instituto Indigenista Interamericano, afirmó que “(...) el ancestral consumo de coca en nuestras comunidades indígenas no tiene efectos negativos”; y precisa que **no pueden confundirse la coca y la cocaína.**

Al respecto, explica que varios pueblos indígenas de Colombia, como los pueblos Ika -cuya cultura alrededor de la hoja de coca fue examinada en la sentencia SU-510 de 1998, Nassa y Arahuko, consideran la hoja de coca un factor constitutivo de su identidad. Agrega que “[d]e hecho diversos estudios antropológicos han mostrado el uso tradicional de la hoja de coca, el yagé, la ayahuasca y cómo estas sustancias se vinculan con instituciones culturales y espirituales propias como el Chamán.”

- 1.2.1.6.** Con fundamento en estas consideraciones, concluye que “(...) si bien la prohibición de porte y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es una medida de carácter general, tiene una afectación directa sobre los pueblos indígenas la cual tiene la entidad suficiente de afectar su identidad cultural, vaciar de contenido su espiritualidad y prácticas religiosas, así como desconocer los derechos de participación reconocidos a través de la consulta previa.”

1.2.2. Expediente D-8395

Por otra parte, el ciudadano Cesar Augusto Luque Fandiño solicita a la Corte declarar inexecutable la totalidad del Acto Administrativo 02 de 2009, por cuanto se presentaron vicios insubsanables en su formación. En particular, el demandante afirma que durante el trámite legislativo se violaron los artículos 375 de la Constitución y 225 de la Ley 5° de 1992, ya que el título del proyecto de acto legislativo y la intención de reformar la Carta Política no fueron votados en segundo debate de la segunda vuelta por el número de representantes que exige la Carta. Sus argumentos se resumen a continuación:

1.2.2.1. Afirma que 4 representantes a la Cámara que tenían suspendido su derecho al voto por decisión del partido al que pertenecían, estos son, Luis Felipe Barrios Barrios, José Ignacio Bermúdez, Felipe Orozco Vivas y María Violeta Niño, participaron en la votación en segunda vuelta. Señala que teniendo en cuenta que los votos de estos representantes no son válidos, **el proyecto no alcanzó las mayorías necesarias para convertirse en una reforma constitucional.** El actor explica:

“Si bien a primera vista se puede observar que el proyecto de acto legislativo, reformativo del artículo 49 de la Constitución Política, alcanzó en la sesión plenaria de la Cámara de Representantes la votación suficiente, a la luz de la ley y los mandatos constitucionales no se cumplió con la misma, por lo que realmente, en derecho, el proyecto no fue aprobado por la mayoría requerida en segunda vuelta, por lo que no debió haber seguido el trámite, porque de esa forma quedaba archivado.

(...)

Si bien es cierto en las dos votaciones aparentemente se alcanzó el número de votos necesarios para que fuera aprobado el texto del acto legislativo, en la realidad, y de acuerdo a lo que hasta entonces se había dado en la Cámara de Representantes, no fue así, ya que en ambas votaciones, votaron a favor, tanto del articulado, como de el querer de que se reformara la Constitución Política, los representantes Luis F. Barrios Barrios, José Ignacio Bermúdez, Felipe Orozco Vivas y María Violeta Niño, todos elegidos en las elecciones de 2006, por el Partido Cambio Radical, en diferentes circunscripciones electorales, que habían sido sancionados por el partido al que pertenecían, el que los dejó sin derecho al voto, mucho antes de la sesión en que se voto este proyecto, decisión que oportunamente fue comunicada a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, hecho que ya se discutió, y tuvo respuesta por parte de la Corte Constitucional dentro de la sentencia C-141 de 2010, por la que fue declarada inexecutable la ley que convocaba a un referendo para reformar la Constitución.

Siendo que ellos no tenían derecho al voto, el que dieron a favor del proyecto de acto legislativo deberá ser restado, para quedar entonces, respecto del articulado no 90, tal como quedó consignado en el acta, sino 86 votos a favor de la aprobación, descontando los votos de aquellos que no podían votar, mientras que respecto de la pregunta hecha a los miembros de

la Corporación si querían aprobar el título del proyecto, y que se convertiría en una reforma de la Constitución, la votación que quedó en el acta fue de 87, pero haciendo la resta de aquellos votos espurios el resultado es de 83 votos, los que de acuerdo al artículo 375 constitucional no son suficientes para aprobar en segunda vuelta un proyecto de reforma constitucional.

(...)

Es de resaltar que el Consejo de Control Ético del Partido Cambio Radical, por conductas que atentaban contra la aplicación de la ley de bancadas dentro de sus representantes, sancionaron a los representantes ya citados, decisión que fue notificada a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes el día 1° de septiembre de 2009, es decir, mucho antes de la aprobación en segundo debate en la Cámara de Representantes, en segunda vuelta, representantes que para eludir la sanción, usando la transición establecida en el Acto Legislativo No. 1 de 2009 se pasaron al Partido Social de Unidad Nacional, conocido como el Partido de la U.”

1.2.2.2. Agrega que los representantes Luis Felipe Barrios y María Violeta Niño perdieron su investidura por decisión del Consejo de Estado, el primero precisamente con ocasión de su paso del partido Cambio Radical al Partido de la U, y la segunda por haber incurrido al momento de su elección en causal de inhabilidad.

1.2.2.3. Por último, explica que la falta de mayoría en la votación del título del proyecto no es un problema menor, pues “(...) es obligatorio aprobarlo por las mismas mayorías establecidas de manera global para que se convierta en una reforma constitucional”.

1.3. PRUEBAS ENVIADAS A LA CORPORACIÓN

1.3.1. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República allegó a la Corporación los siguientes documentos:

1.3.1.1. Un CD que contiene copia del estudio nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Colombia 2008 –Informe Final, elaborado por el Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de la Protección Social y la Dirección Nacional de Estupefacientes, con el apoyo de la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (UNODC), la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la Organización de Estados Americanos (OEA) y

la Embajada de Estados Unidos. La Secretaría Jurídica indica que este estudio contiene la información estadística en la que se fundamentó la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo 285 de 2009 Cámara.

- 1.3.1.2.** Certificado suscrito por el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en el que se informa que “(...) revisados los archivos que reposan en el Grupo (...), no se identificó que se haya efectuado proceso de consulta previa a las comunidades indígenas y tribales en el marco del Acto Legislativo 02 de 2009”.

1.3.2. Comisión Primera del Senado

Mediante oficio del 17 de marzo de 2011, el Secretario General de la Comisión primera de Senado certificó que en el trámite legislativo del proyecto de acto legislativo “(...) no se realizó consulta previa a las comunidades indígenas y tribales”.

1.3.3. Ministerio de Relaciones Exteriores

El Ministerio informó que Colombia ha suscrito varios tratados y convenios bilaterales relacionados con la lucha contra el tráfico de estupefacientes, entre ellos se destacan:

- 1.3.4.** “Convención de 1961 sobre estupefacientes” suscrita en Nueva York, el 30 de marzo de 1961. La Convención fue enmendada por un protocolo modificadorio, adoptado en Ginebra el 25 de marzo de 1972.
- 1.3.5.** “Convenio de las Naciones Unidas sobre sustancias psicoactivas”, suscrito en Viena el 21 de febrero de 1971 e incorporado mediante la Ley 43 de 1980.
- 1.3.6.** “Convenio de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988, incorporado mediante la Ley 67 de 1993 y declarado exequible en la sentencia C-176 de 1994.
- 1.3.7.** “Acuerdo sudamericano sobre estupefacientes y sicotrópicos”, suscrito en Buenos Aires el 7 de mayo de 1973 e incorporado mediante la Ley 66 de 1979.
- 1.3.8.** “Convenio Rodrigo Lara Bonilla entre los países miembros del Acuerdo de Cartagena, sobre cooperación para la prevención del uso indebido y la represión del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, suscrito en Lima el 30 de abril de 1986 e incorporado mediante la Ley 58 de 1987.

1.4. INTERVENCIONES

1.4.1. Ministerio de la Protección Social

El Ministerio informa que se remitía a los argumentos que esgrimiera el Ministerio del Interior.

1.4.2. Ministerio del Interior

El Ministerio del Interior solicita que la disposición se declare **exequible**, por las siguientes razones:

- 1.4.2.1. En primer lugar, asegura que en este caso la consulta previa a las comunidades étnicas no era necesaria, pues “(...) no se trata de una medida legislativa que las afecte directamente”. En su concepto, no se dan las condiciones necesarias para que la consulta previa sea obligatoria, pues “(...) como se desprende del texto mismo y de los antecedentes legislativos (...), la prohibición del porte y consumo de estupefacientes allí consagrada **se refiere es al consumo de estupefacientes como adicción y al porte en cuanto tenga como fin la distribución de la droga o la inducción a su consumo**, lo cual no es característico de las comunidades indígenas o afrodescendientes” (negrilla original).

Además, explica que específicamente respecto de la prohibición de consumo, el acto legislativo solamente permite la adopción de “(...) **medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico**, para las personas que consuman sustancias estupefacientes o psicotrópicas no prescritas por el respectivo profesional de medicina y con la restricción de que **tales medidas y tratamientos sólo podrán aplicarse con el consentimiento expreso o informado del adicto**” (negrilla original) y proscribire la introducción de sanciones penales; mientras que respecto al porte, “(...) **la prohibición está encaminada a que su desarrollo legal se oriente a sancionar e manera drástica a quienes distribuyen la droga o inducen** a los demás, especialmente si son menores de edad, a consumir” (énfasis original), conductas que a su juicio no hacen parte de las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y afrocolombianas.

En síntesis, sostiene que el acto legislativo demandado “(...) no tiene como objetivo la regulación específica de una situación que afecte a la población indígena o afrodescendiente porque, en primer lugar, el sujeto pasivo de la regulación acusada son las personas adictas que requieren tratamiento terapéutico o profiláctico, por una parte, y por otra, las personas que porten los estupefacientes con fines de distribución o inducción al consumo, lo cual no afecta directamente a las minorías étnicas porque no es de su esencia ni la adicción, ni el

porte de estupefacientes con los fines señalados”. Agrega que el precepto solamente establece los lineamientos de una política pública encaminada a proteger la salud pública y que, en todo caso, las medidas específicas que se adopten en desarrollo de tal política deberán respetar la esfera de los derechos culturales y la autonomía de las comunidades étnicas.

- 1.4.2.2.** En segundo lugar, en cuanto al cargo por violación de los requisitos de mayorías en la votación, afirma que no está llamado a prosperar, ya que “(...) el hecho de que no se hubieren alcanzado las mayorías necesarias en la aprobación del título del proyecto en discusión y en las preguntas de si quieren los honorables representantes que ese proyecto se convirtiera en reforma de la Constitución Política, no vicia de inconstitucionalidad en trámite en esa instancia porque, en primer lugar, (...) el contenido del articulado sí fue aprobado por las mayorías necesarias y, en segundo lugar, en dicho contenido está expreso el texto sustancial del título del proyecto (...), con lo cual implícitamente se está expresando la voluntad de que el proyecto tenga por objeto la modificación de la mencionada disposición constitucional”.

También aduce que las preguntas que se formulan durante el trámite legislativo sobre la voluntad de aprobar el título de un proyecto y de que se convierta en una reforma de la Constitución, “(...) no son más que rigorismo formales de carácter legal, no constitucional, que en nada afectan la aprobación sustancial del proyecto en discusión, de tal manera que tampoco afectan el principio democrático (...)”.

1.4.3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Este ministerio solicita que la disposición acusada sea declarada constitucional, con fundamento en los siguientes argumentos:

- 1.4.3.1.** En relación con el cargo de omisión de la consulta previa a las comunidades étnicas, en particular a las indígenas, asevera que en tanto el acto legislativo demandado es una medida general que no las afecta directamente, no requería ser consultado antes o durante el trámite legislativo. Agrega que la prohibición de porte y consumo de estupefacientes prevista en el Acto Legislativo 02 de 2009 “**(...) se refiere al consumo de estupefacientes como adición y al porte en cuanto tenga como fin la distribución de la droga o la inducción a su consumo,** no al trato ancestral que, con motivos religiosos o místicos, dan a algunas especial botánicas las comunidades indígenas o afrodescendientes” (énfasis original). Finalmente, sostiene que “(...) lo que afecta a las comunidades indígenas es que los narcotraficantes aprovechen el cultivo de sustancias que posteriormente van a ser procesadas en sustancias psicotrópicas, no que el Estado dedique especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia”.

1.4.3.2. Respecto al segundo cargo, reitera los argumentos del Ministerio del Interior y con fundamento en ellos concluye que no está llamado a prosperar.

1.4.4. Comisión Colombiana de Juristas

Esta organización solicita que se declare **inexequible** al acto legislativo demandado, por cuanto asegura que “(...) el AL 02 de 2009 no garantizó el derecho a la consulta previa con pueblos indígenas, a pesar de que su contenido afecta sustancialmente sus intereses y derechos derivados del uso tradicional de la hoja de coca, una de las sustancias que se encuentran contempladas por la prohibición del AL”. Su tesis se fundamenta en tres premisas: “(1.) el AL 02 de 2009 prohíbe el porte y consumo de la hoja de coca; (2.) la hoja de coca hace parte de la identidad y cultura de los pueblos indígenas de Colombia; y (3.) la prohibición de porte y consumo de hoja de coca afecta derechos fundamentales y colectivos de los pueblos indígenas”.

1.4.4.1. En relación con la **primera premisa**, explica que del texto del acto legislativo se desprende una prohibición irrestricta de porte y consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que solamente admite una excepción, esta es, el uso médico terapéutico, lo que significa que no cobija los usos culturales tradicionales de las comunidades indígenas.

En efecto, señala que la definición de tales sustancias se encuentra en la Ley 30 de 1986, la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes y la Convención de 1971 sobre sustancias sicotrópicas. Indica que en la lista anexa I de Convención Única de 1961 se incluye la hoja de coca, razón por la cual el Estado colombiano –parte de dicho instrumento– está obligado a “(...) ejercer todas las medidas de fiscalización y restricción contenidas en el instrumento internacional señalado”. En este orden de ideas, afirma que “(...) si el AL 02 de 2009 contempla la restricción absoluta del porte y consumo de sustancias estupefacientes, y en el ordenamiento jurídico se entiende que la hoja de coca según lo preceptuado por la Convención Única es una de esas sustancias, entonces el porte y consumo de la hoja de coca se encuentra restringida conforme a lo establecido por dicho acto legislativo”.

Manifiesta que la disposición solamente establece como excepción el uso médico de las sustancias aludidas, a pesar de que, como el propio Estado y la jurisprudencia constitucional han reconocido, el consumo tradicional de hoja de coca por las comunidades indígenas también es legítimo y está amparado por el derecho a la diversidad étnica y cultural.

1.4.4.2. Sobre la **segunda premisa**, afirma que la hoja de coca “(...) configura y determina la identidad y cultura de algunos pueblos indígenas que encuentran asiento en el territorio colombiano” y que su consumo ancestral “(...) ha desempeñado un rol trascendental en la medida que su uso tiene una connotación especial en la construcción de relaciones sociales, el desarrollo de actividades económicas y la subsistencia de su cultura e historia”. En particular, resalta que existe una estrecha relación entre comunidades como los Uitotos, Boras, Muinanes, Okainas, Andoques y Nonuyas y la hoja de coca que “(...) se ha materializado en significaciones propias de su uso que, en el plano social, tienen una importante relevancia por cuanto adquiere la característica de código colectivo de conducta mediante el cual sus miembros exteriorizan su arraigo al pueblo del cual son pertenecientes”. Además, asevera que para estas comunidades, el consumo de hoja de coca representa “(...) los valores propios de una sociedad como lo son la verdad, la justicia y el bienestar general”.

También describe otras funciones que cumple la hoja de coca: en primer lugar, afirma que tiene un papel místico y religioso, pues el *mambeo* es un momento de “(...) naturaleza litúrgica donde se compenentran todos los valores que comparten los miembros pertenecientes a determinados pueblos indígenas”; en segundo lugar, indica que para culturas como la Uitota, la hoja de coca junto al tabaco se relacionan con el desarrollo de la tradiciones orales, en particular, “(...) desempeñan un rol fundamental para el relato de la génesis del hombre y la mujer”; en tercer lugar, la Comisión explica que la hoja de coca tiene funciones medicinales y nutricionales para las comunidades que la consumen, como el propio acto legislativo y la OMS lo reconocen; y por último, asevera que en pueblos como el Yucuna, la hoja de coca es un objeto de intercambio, es decir, tienen un importante rol en la economía de las comunidades.

1.4.4.3. Finalmente, respecto de la **tercera premisa** y como consecuencia de las anteriores consideraciones, la Comisión aduce que el acto legislativo acusado desconoce varios derechos de las comunidades indígenas, de modo que las afecta directamente y, por tanto, debía ser consultado previamente. En primer término, vulnera su **derecho a la diversidad étnica y cultural**, toda vez que afecta el desarrollo y pervivencia de sus instituciones, al punto de poner en riesgo su supervivencia cultural; en segundo término, lesiona su **derecho a la autonomía**, ya que “(...) una decisión de la organización estatal se encuentra superponiéndose a las consideraciones que pueden tener los pueblos indígenas sobre el porte y consumo de la planta sagrada, sin escuchar las opiniones que tengan al respecto”; en tercer término, viola el **derecho a la libertad de cultos, conciencia y opinión** de las comunidades, teniendo en cuenta la relación de la hoja de coca con la opción religiosa de algunos pueblos indígenas; y por último, desconoce su **derecho al trabajo**, pues “(...)

principalmente los hombres de estos pueblos, desempeñan labores alrededor del cultivo y recolección de hoja de coca y, en tanto su consumo es de interés por parte del resto de miembros de las diferentes comunidades que hacen uso tradicional de esta planta, en ocasiones su intercambio deriva en una retribución material mediante otros bienes, como alimentos y enseres, los cuales son necesarios para el sustento de las comunidades”. Además, comunidades como los Nasa “(...) han encontrado en el procesamiento legal y legítimo de la hoja de coca una oportunidad para la creación de productos alimenticios de consumo masivo, incluso por hombres y mujeres que no pertenecen necesariamente al pueblo Nasa”.

1.4.5. Intervenciones extemporáneas

1.4.5.1. La Universidad del Rosario, por intermedio de la profesora Luisa Fernanda García, sostiene que “(...) **no se vislumbra violación alguna de los preceptos constitucionales** en la medida en que, la disposición atacada encuentra sustento constitucional en los valores y principios constitucionales y en nada desconocen la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana” (negrilla original). A juicio de la institución, “(...) la diversidad étnica y cultural no es un derecho absoluto y en esa medida puede ser objeto de limitaciones o de restricciones razonables y proporcionadas” como ocurre en este caso, pues “(...) la prohibición de porte y consumo de estupefacientes guarda afinidad con los propósitos establecidos en el artículo 2° de la Carta Política y se relaciona con el deber de las autoridades de proteger a las personas en sus derechos y libertades y de asegurar la vigencia de un orden justo”, a lo que se suma que busca atacar un problema de salud pública.

1.4.5.2. Por su parte, la **Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)** solicita que el acto legislativo demandado se declare **inexequible**, por dos razones:

En primer lugar, afirma que el Congreso carece de competencia “(...) para modificar el contenido nuclear de la Constitución Política relacionado con el carácter pluralista y la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (énfasis original), es decir, para sustituir la Carta, lo que –en su concepto- ha ocurrido en este caso, ya que (i) “(...) el Acto Legislativo acusado pretende reemplazar estos elementos [la diversidad étnica y cultural] por una visión particular de las que denomina ‘sustancias estupefacientes o psicotrópicas’, las cuales tienen una dimensión espiritual y colectiva en nuestros Pueblos Indígenas y tienen usos específicos de parte de nuestros médicos tradicionales, dimensión que se ve sometida mediante el Acto Legislativo como otrora lo hicieran los colonizadores europeos en algunas de nuestras cosmovisiones”; y (ii) también pretende reemplazar el derecho a la salud.

En segundo lugar, aduce que en este caso debía surtirse la consulta previa a las comunidades indígenas, toda vez que el acto legislativo afecta sus tradiciones y puede conducir al debilitamiento físico y cultural de las comunidades; sin embargo, la ONIC no suministra explicaciones que respalden esta afirmación.

1.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación solicita que el Acto Legislativo 02 de 2009 se declarado **exequible**, con fundamento en los siguientes argumentos:

- 1.5.1.** En primer lugar, advierte que la consulta previa “(...) no se circunscribe de manera exclusiva a aquellos temas o aspectos que puedan afectar de manera directa a dichos pueblos y comunidades [étnicas]”, pues “[e]n algunos casos, normas generales, previstas para todas las personas, y no sólo para los indígenas, deben ser materia de consulta”, como cuando “(...) se presenta una alteración del status de la persona o de la comunidad, originada en las restricciones impuestas por el ordenamiento jurídico”.

Con fundamento en esta explicación, asevera que, en este caso, “[e]l actor no suministra evidencia alguna de que dicho status se altere, o de que las condiciones de supervivencia de los indígenas o sus comunidades hayan sido alteradas por la reforma de la Constitución.” Además, sostiene que la disposición busca proteger la salud, derecho que se predica de todos los seres humanos y para el que, por tanto, “(...) la condición de indígena o miembro de una comunidad indígena es irrelevante”.

En este orden de ideas, concluye que en tanto el acto legislativo afecta a todos los individuos por igual como seres humanos, no debía ser consultado. A su juicio, la conclusión contraria llevaría a “(...) convertir la consulta en una regla, de tal suerte que cualquier tipo de norma, sin ninguna distinción, debería ser consultada previamente con los indígenas y sus comunidades y, al hacerlo, postular un derecho absoluto” y, además, “(...) equivale a desnaturalizar la iniciativa normativa del Congreso y su poder de reforma de la Constitución”.

- 1.5.2.** En segundo lugar, en relación con los cargos de la segunda demanda, precisa que “(...) el título de los proyectos de acto legislativo no se incorpora a la Carta Política, como sí ocurre con la ley. Por ello, pronunciarse sobre la exequibilidad de una expresión que no hace parte del ordenamiento constitucional es una tarea inocua, ya que no tiene ninguna consecuencia”. Agrega que al revisar el proceso de formación de la norma, se advierte que el proyecto de acto legislativo fue

aprobado en sexto debate por 87 votos, “(...) con lo cual satisface las exigencias previstas en el artículo 375 Superior y en la Ley 5° de 1992”, y que el cargo de que cuatro representantes tenían suspendido su derecho al voto “(...) no aparece soportada en el expediente en ninguna prueba”.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo prescrito por el numeral 1° del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para resolver sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por tratarse de un acto reformativo de la Constitución Política.

2.2. EXAMEN DE LA OPORTUNIDAD DE LAS DEMANDAS

Según el artículo 242.3 y el inciso final del artículo 379 de la Constitución, las demandas de inconstitucionalidad por vicios de forma deben interponerse en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.

En esta oportunidad, los cargos que formulan los demandantes se relacionan con el procedimiento legislativo que precedió la promulgación del Acto Legislativo 02 de 2009, de modo que están sujetos al término de caducidad antes previsto. En el caso del cargo de omisión de consulta previa frente a actos legislativos, como se indicó en la sentencia C-702 de 2010¹, en tanto es un vicio procedimental sustantivo, está sujeto al término de caducidad antes señalado².

La Sala observa que en esta oportunidad las dos demandas fueron formuladas oportunamente. En efecto, el Acto Legislativo 02 de 2009 fue publicado el 21 de diciembre de 2009³ y el ciudadano Julián Martín Berrio Gómez radicó su demanda en esta Corporación el 15 de diciembre de 2010, es decir, cuando todavía faltaban seis días para que venciera el término de caducidad.

En el caso de la demanda radicada con el número **D-8395**, aunque fue presentada en la Secretaría General de la Corte el 11 de enero de 2011, en tanto el día de vencimiento del término de caducidad -21 de

¹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

² La Corte sostuvo: “De esta manera, habiendo la Corte concluido que la omisión del deber de consultar a las comunidades étnicas concernidas con la adopción de actos reformativos de la Constitución se erige en un vicio procedimental que se proyecta sustancialmente, por lo cual una disposición superior afectada por tal vicio puede ser demandada por razones de trámite en su aprobación, y habiendo verificado que en el caso del inciso 8° del artículo 108 de la Constitución Política, introducido por el Acto Legislativo No. 01 de 2009, dicha consulta no se surtió en forma alguna, en la parte resolutive de la presente decisión declarará la inconstitucionalidad por vicios de trámite de dicha norma.”

³ Ver Diario Oficial No. 47.570.

diciembre de 2010- la Corte Constitucional se hallaba en vacancia judicial, en virtud del artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal –Ley 4 de 1913⁴, el plazo se extendía hasta el primer día hábil siguiente a la culminación de la vacancia, que para el 2011 era el 11 de enero, día en el que precisamente el ciudadano radicó su petición. Por tanto, la Sala concluye que la demanda de Cesar Augusto Luque Fandiño también fue incoada en tiempo.

2.3. CUESTIÓN PREVIA: EXAMEN DE LA APTITUD DE LOS CARGOS

2.3.1. El demandante del expediente **D-8387** asegura que la disposición acusada es inconstitucional, por cuanto **no fue consultada previamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes** del país. Este cargo se basa en las siguientes premisas: **(i)** el Convenio 169 de la OIT, que de conformidad con el artículo 93 superior hace parte del bloque de constitucionalidad, obliga al Estado colombiano a consultar a los pueblos indígenas y tribales cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectarles directamente. **(ii)** Los actos legislativos son una medida legislativa para efectos de la aplicación del Convenio 169 de la OIT, como se indicó en la sentencia C-702 de 2010. **(iii)** La medida legislativa censurada, en tanto proscribía el uso y consumo de sustancias estupefacientes y sicoactivas, y no establece entre sus excepciones los usos tradicionales de las comunidades indígenas, las afecta directamente, pues impacta sus costumbres y tradiciones, como las relacionadas con el uso de la hoja de coca, de modo que limita su derecho a la identidad cultural. Esta afectación se evidencia en varios instrumentos internacionales sobre tráfico de estupefacientes, los cuales, precisamente teniendo en cuenta la limitación que tal lucha causa a las tradiciones indígenas, ordenan tener en cuenta los usos tradicionales lícitos de la hoja de coca y otras plantas que contienen estupefacientes.

A su turno, en el expediente **D-8395**, el demandante alega que en la votación en sexto debate en Cámara no se alcanzaron las mayorías exigidas por los artículos 375 de la Carta y 225 de la Ley 5° de 1992, por las siguientes razones: **(i)** los representantes Luís Felipe Barrios Barrios, José Ignacio Bermúdez, Felipe Orozco Vivas y María Violeta Niño tenían suspendido su derecho al voto como consecuencia de la sanción que les impuso el partido con el que fueron elegidos –Cambio Radical, por desconocer la Ley de Bancadas y trasladarse al Partido de la U. **(ii)** Dicha sanción fue oportunamente notificada a la Mesa Directiva de la Cámara –el 1° de septiembre de 2009. **(iii)** Sin embargo,

⁴ El texto de esta disposición es el siguiente: “ARTICULO 62. En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.”

pese a la sanción, los representantes referidos votaron el articulado, el título del proyecto y la voluntad de reformar la Constitución. (iv) Como el derecho al voto de estos representantes estaba suspendido, sus votos deben sustraerse de los resultados de la votación en sexto debate. En consecuencia, los resultados de la votación serían los siguientes: 86 votos a favor de la aprobación del articulado y 83 votos a favor del título y de la voluntad reformar con el articulado la Carta Política. (v) Esta votación no era suficientes para que se continuara con el trámite del proyecto, en los términos de los artículos 375 de la Carta y 225 de la Ley 5° de 1992.

Procede la Sala a examinar si los cargos formulados por los demandantes cumplen con los requisitos señalados por el Decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia constitucional:

2.3.2. Requisitos que deben reunir las demandas de inconstitucionalidad

El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad⁵. Concretamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición legal debe indicar con precisión el *objeto* demandado, el *concepto de violación* y la razón por la cual la Corte es *competente* para conocer del asunto. Estos tres elementos, desarrollados en el texto del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 y por la Corte en sus decisiones, hacen posible un pronunciamiento de fondo.

En la sentencia C-1052 de 2001⁶, la Corte precisó las **características que debe reunir el concepto de violación** formulado por el demandante. De acuerdo con este fallo, las razones presentadas por el actor deben ser *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*.

La *claridad* se refiere a la existencia de un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se basa.

El requisito de *certeza* exige al actor formular cargos contra una proposición jurídica real y existente, y no simplemente contra una deducida por él sin conexión con el texto de la disposición acusada.

⁵ “Artículo 2°. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.”

⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

La *especificidad* demanda la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto. Argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos o globales que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan, impiden a la Corte llevar a cabo un juicio de constitucionalidad.

La *pertinencia* se relaciona con la existencia de reproches de naturaleza constitucional, es decir, fundados en la confrontación del contenido de una norma superior con el del precepto demandado. Un juicio de constitucionalidad no puede basarse en argumentos de orden puramente legal o doctrinario, ni en puntos de vista subjetivos del actor o consideraciones sobre la conveniencia de las disposiciones demandadas.

Finalmente, la *suficiencia* guarda relación, de un lado, con la exposición de todos los elementos de juicio -argumentativos y probatorios- necesarios para iniciar un estudio de constitucionalidad; y de otro, con el alcance persuasivo de la demanda, esto es, el empleo de argumentos que despierten *una duda mínima* sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

2.3.3. Examen de la aptitud de los cargos formulados

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala observa que **el primer cargo, es decir, el de omisión de consulta previa, reúne los requisitos exigidos por la normativa vigente y la jurisprudencia para suscitar un pronunciamiento de fondo** de parte de esta Corporación. **En primer lugar**, el demandante acusa todo el texto de la reforma, es decir, demanda la proposición jurídica completa⁷; **en segundo lugar**, su argumentación es clara y deja ver un hilo argumentativo de naturaleza constitucional; **en tercer lugar**, el actor aportó todos los elementos de juicios necesarios para examinar el cargo y explicó con detalle las razones por las cuales considera que la medida afecta directamente a las comunidades indígenas; **por último**, el cargo se basa en una interpretación razonable de la reforma, esto es, la prohibición general, así no sea punitiva, del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicoactivas, las cuales comprenden la hoja de coca, planta ligada a varias costumbres y tradiciones ancestrales de varios pueblos indígenas del país.

⁷ En este caso el actor sí demandó la proposición jurídica completa, a diferencia de lo que ocurrió en la demanda que dio lugar a la sentencia C-574 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, en la que la Corte emitió un fallo inhibitorio frente a una demanda contra el mismo acto legislativo por falta de competencia del Congreso para sustituir la Carta Política. En dicha oportunidad, la Corte concluyó que no era posible emitir un pronunciamiento de fondo debido a que el actor solamente había acusado la primera proposición del inciso sexto del artículo 49 superior, tal como fue reformado, el cual no podía ser examinado de forma aislada sino en conjunto con el resto de la reforma.

Por el contrario, la Sala considera que **el segundo cargo no reúne los requisitos antes sintetizados**, ya que, **en primer término**, el demandante no sustenta su afirmación de que en la votación en sexto debate del contenido del proyecto –no del título- no se alcanzaron las mayorías que exige el artículo 225 de la Ley 5° de 1992, de hecho el demandante sostiene que, descontando los votos de los representantes que asegura no podían votar, los votos a favor del proyecto fueron 86, es decir, más de los exigidos por la normativa para el efecto⁸; **en segundo término**, el actor no explica las razones por las cuales la votación del título del proyecto cuando se produce de forma separada a la del articulado afecta en términos formales la constitucionalidad del procedimiento, argumento indispensable para analizar la demanda si se tiene en cuenta que no ha desvirtuado la validez de la votación del articulado; y, **en tercer término**, el demandante tampoco señala las razones por las cuales las mayorías a las alude el artículo 225 de la Ley 5° de 1992 son exigibles a la votación de los títulos por separado, teniendo en cuenta que el texto de este precepto hace referencia a la totalidad del proyecto de acto legislativo. En consecuencia, la Sala se **inhibirá** frente a este cargo por carecer de certeza y suficiencia.

2.4. PROBLEMA JURÍDICO

2.4.1. Los ministerios de la Protección Social, del Interior y de Hacienda se oponen al cargo, por las siguientes razones: **(i)** aseguran que el acto legislativo **no afecta directamente a los pueblos indígenas y afrodescendientes**, pues se refiere al consumo de estupefacientes y sustancias psicoactivas **como adicción**, y al porte de tales sustancias para distribución o inducción al consumo dentro del marco de la adicción, actividades que no hacen parte de las prácticas tradicionales de las comunidades étnicas; y **(ii)** aseveran en todo caso las medidas legales o administrativas que se adopten en desarrollo del acto legislativo, deberán respetar la autonomía y los derechos culturales de dichas comunidades. El Procurador General de la Nación también afirma que el precepto acusado no afecta directamente a las comunidades étnicas, por cuanto no altera su estatus jurídico ni pone en riesgo su supervivencia. Por último, la Universidad de Rosario también solicita que el precepto se declare exequible, pero por estimar que si bien limita algunos derechos de las comunidades indígenas, se trata de una limitación proporcionada.

Por el contrario, la Comisión Colombiana de Juristas y la ONIC apoyan el cargo de omisión de consulta previa y por ello solicitan que el acto

⁸ El artículo 225 de la Ley 5° de 1992 señala: “El proyecto de acto legislativo debe ser aprobado en cada una de las Cámaras por la mayoría simple, en la primera vuelta; publicado por el Gobierno, requerirá de la mayoría absoluta en la segunda vuelta. Ambos períodos no necesariamente deben coincidir en la misma legislatura.” El artículo 117, a su turno, indica que el término mayoría absoluta se refiere a la mayoría de los votos de los integrantes de la respectiva cámara.

legislativo demandado sea excluido del ordenamiento. En criterio de la Comisión, en tanto **(i)** el acto legislativo prohíbe el porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicoactivas y, **(ii)** según la Convención Única de Viena, la hoja de coca es un estupefaciente, el acto legislativo proscribire los usos tradicionales de la hoja de coca de las comunidades indígenas, lo que significa que limita sus derechos a la diversidad étnica y cultural, a la autonomía, a la libertad de cultos, conciencia y opinión, y a trabajo, razón por la cual les debía haber sido consultado. La ONIC de forma breve presenta argumentos similares.

2.4.2. En este orden de ideas, la Sala debe determinar si el trámite del Acto Legislativo 02 de 2009 está viciado debido a que presuntamente contiene una medida legislativa que afecta directamente a las comunidades indígenas del país y, por tanto, les debía ser consultada antes de dar inicio al procedimiento respectivo.

2.4.3. Para resolver este problema jurídico, la Sala examinará **(i)** el contenido y alcance del derecho a la integridad cultural de las comunidades indígenas, y algunas de sus manifestaciones; **(ii)** el contenido y alcance del derecho a la libre determinación de estos mismos pueblos; y **(iii)** el contenido del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas como una manifestación de su derecho a la libre determinación.

2.5. DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL

2.5.1. Contenido y alcance

2.5.1.1. El artículo 1º de la Constitución adopta el pluralismo como valor y principio que guía nuestro ordenamiento. En clave con esta disposición, el artículo 7 señala que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. El reconocimiento de este principio, como ha resaltado esta Corporación, obedece a “(...) la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.”⁹ Además, en los términos de la sentencia C-742 de 2006¹⁰, la existencia de una Constitución cultural dentro de la Carta de 1991 y la protección de las diferentes manifestaciones culturales de la Nación obedece al reconocimiento de que los diálogos interculturales contribuyen a crear sociedades más organizadas que resuelven sus conflictos de una mejor manera.¹¹

⁹ Cfr. Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹ La Corte afirmó: “Como manifestación de la diversidad de las comunidades, como expresión de la riqueza humana y social de los pueblos y como instrumento para construir sociedades organizadas que aprenden a manejar sus relaciones adecuadamente, la cultura fue reconocida en la Constitución de 1991 como un pilar fundamental que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado. En efecto, es amplio el conjunto de normas constitucionales que protegen la diversidad cultural como valor esencial de nuestra

2.5.1.2. No existe una definición unívoca de **cultura**; sin embargo, en términos generales, acudiendo a la definición de la Unesco, ésta puede ser conceptuada como “(...) el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”.¹²

La cultura, a su vez, se concreta, entre otros aspectos, en el patrimonio cultural, que según el ordenamiento colombiano “(...) está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, **las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral**, el paisaje cultural, **las costumbres y los hábitos**, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico” (negrilla fuera del texto).¹³

Este patrimonio, por tanto, se divide en material e inmaterial. El primero está constituido por “[I]los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos”¹⁴, mientras el segundo reúne “(...) las manifestaciones, prácticas, usos, representaciones, expresiones, conocimientos, técnicas y espacios culturales, que las comunidades y los grupos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio genera sentimientos de identidad y establece vínculos con la memoria colectiva. Es transmitido y recreado a lo largo del tiempo en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia y contribuye a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana”¹⁵.

Nación, de tal manera que dicho bloque normativo, que también se ha denominado por la doctrina como la Constitución Cultural, entiende la cultura como valor, principio y derecho que deben impulsar las autoridades.” Cfr. Sentencia C-742 del 30 de agosto de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹² Cfr. Preámbulo de la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural, adoptada en la Conferencia General de la Unesco, el 2 de noviembre de 2001. Este documento reconoce que la cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio, y que esa diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad. También recuerda que los derechos culturales hacen parte de los derechos humanos, que son universales, indisolubles e interdependientes. Una definición similar fue acuñada por la Ley 397 de 1997, modificada por la Ley 1185 de 2008.

¹³ Cfr. artículo 4 de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 1° de la Ley 1185 de 2008.

¹⁴ Cfr. artículo 1° de la Convención sobre la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954.

¹⁵ Cfr. artículo 11.1 de la Ley 397 de 1997, adicionado por el artículo 8 de la Ley 1185 de 2008. Ver también artículo 2.1 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Inmaterial, Unesco, 2003. Según este último instrumento, el patrimonio inmaterial comprende, entre otros elementos: “a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos

2.5.1.3. Como manifestaciones del reconocimiento del principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural, el artículo 8 indica que es obligación del Estado y todas las personas proteger las riquezas culturales de la Nación, mientras el artículo 10 establece que pese a que el castellano es el idioma oficial del país, las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. A su turno, el artículo 70 señala que la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad y el artículo 72 llama la atención sobre la obligación del Estado de proteger el patrimonio cultural.

Con fundamento en estas disposiciones, entre otras, la jurisprudencia constitucional **ha reconocido el derecho de las comunidades étnicas¹⁶ a la identidad étnica y cultural**, el cual, en los términos de la sentencia T-778 de 2005¹⁷, tiene como finalidad “(...) que las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Ello implica que también los individuos que pertenecen a una comunidad indígena puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios.”

2.5.1.4. Este derecho tiene además fundamento en varios instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Por su parte, Convenio 169 de la OIT indica en el artículo 4.1 que los estados tienen la obligación de adoptar las medidas especiales que se

sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales.”

¹⁶ El Convenio 169 de la OIT emplea en lugar de término comunidades étnicas, el concepto de pueblos indígenas y tribales. Los pueblos tribales son definidos por el Convenio como aquellos “(...) cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que están regidos parcial o totalmente por sus propias costumbres y tradiciones o por una legislación especial” (artículo 1.1.a). De otro lado, el Convenio define los pueblos indígenas como aquellos que desciende “(...) de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (artículo 1.1.b). Atendiendo a estas definiciones, en la sentencia SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la Corte precisó: “(...) dos son las condiciones subjetivas y objetivas, a que acude la doctrina especializada para identificar un grupo humano como etnia, de un lado ‘la conciencia que tienen los miembros de su especificidad’¹⁶, y de otro ‘los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de cultura; (...) conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana.’¹⁶ En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos.”

¹⁷ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

precisen para salvaguardar, entre otros aspectos, las culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas y tribales; luego, en el artículo 5, dispone que los estados, al aplicar el Convenio, deben reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos, así como respetar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones; por último, el artículo 8.2 reconoce el derecho de dichos pueblos a “(...) conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

A su turno, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁸ reconoce que estos pueblos tienen derecho a **(i)** conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (artículo 5); **(ii)** “a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura”, para lo cual los estados deben establecer mecanismos eficaces para prevenir y resarcir los daños causados por “[t]odo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica” (artículo 8); **(iii)** “a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas” (artículo 11.1); **(iv)** “a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos” (artículo 12.1); **(v)** “a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos” (artículo 13.1); y **(vi)** “a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital” (artículo 24.1).¹⁹

Por último, varias declaraciones y otros documentos provenientes de diferentes instancias internacionales, que sirven de guía hermenéutica

¹⁸ Si bien es cierto Colombia no se ha adherido a esta declaración, la Corte ha reconocido la posición actual de la comunidad internacional sobre la materia, por lo que es una pauta de interpretación de los derechos fundamentales que debe ser tenida en cuenta por el juez constitucional. Ver sentencia T-514 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ Este derecho está estrechamente relacionado con el derecho a la cultura que tiene unos alcances más generales. Sobre el contenido y fundamento constitucional de dicho derecho ver la sentencia C-434 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de los derechos reconocidos en nuestra Carta y en el bloque de constitucionalidad, reconocen el derecho a la identidad cultural, especialmente en cabeza de las minorías étnicas y culturales. Por ejemplo, la Declaración de Friburgo sobre derechos culturales, emitida en el marco de la Unesco en 2007, reconoce los derechos de todas las personas, individual y colectivamente **(i)** elegir y a que se respete su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión (artículo 3.a); **(ii)** a conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el patrimonio común de la humanidad (artículo 3.b); y **(iii)** al acceso y participación en la vida cultural, el cual comprende prerrogativas como las siguientes (artículo 4):

- “La libertad de expresarse, en público o en privado, en lo o los idiomas de su elección ;
- La libertad de ejercer, de acuerdo con los derechos reconocidos en la presente Declaración, las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios ;
- La libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios;
- El derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural.”

2.5.1.5. A nivel legal, la Ley 397 de 1997 –modificada por la Ley 1185 de 2008- resalta los derechos de los grupos étnicos y lingüísticos, las comunidades negras y raizales y los pueblos indígenas: **(i)** a conservar, enriquecer y difundir su identidad y patrimonio cultural, a generar el conocimiento de las mismas según sus propias tradiciones y a beneficiarse de una educación que asegure estos derechos; **(ii)** a la protección de sus lenguas (artículo 1°); **(iii)** a conservar los derechos que efectivamente estuvieren ejerciendo sobre el patrimonio arqueológico que sea parte de su identidad cultural; **(iv)** a gozar de derechos de autoría colectiva con el fin de proteger sus lenguas, tradiciones, usos y costumbres y saberes; **(v)** a recibir apoyo en sus procesos de etnoeducación; y **(vi)** a obtener estímulos para la difusión de su patrimonio a través de los medios de comunicación (artículo 13).

2.5.1.6. A su turno, la jurisprudencia constitucional ha amparado otros contenidos del derecho a la identidad cultural, como **la obligación del Estado de no emprender ni patrocinar campañas de evangelización** de las comunidades indígenas y la facultad de dichas comunidades de

adoptar medidas dirigidas a preservar sus creencias religiosas y sus prácticas ancestrales ligadas al territorio, incluso cuando la amenaza proviene de integrantes de la misma comunidad.

En efecto, en la sentencia C-027 de 1993²⁰, al examinar la constitucionalidad del Concordato suscrito por Colombia con el Vaticano, la Corte estimó que la protección de la identidad cultural impide que el Estado asuma compromisos que promuevan la evangelización de los pueblos indígenas, por esta razón declaró inexecutable el artículo VI de dicho instrumento.

Luego, en las sentencias SU-510 de 1998²¹ y T-349 de 2008²², al examinar los fallos dictados dentro de acciones de tutela interpuestas por miembros de la comunidad arahuaca que habían abrazado la fe evangélica y quienes sostenían que, por esa razón, eran objeto de sanciones más drásticas, tenían limitado el acceso a la tierra y no podían profesar públicamente su religión, la Corte reconoció que las comunidades indígenas, en ejercicio de su autonomía, **pueden adoptar medidas para impedir que sus tradiciones y costumbres desaparezcan, como limitar la práctica pública de religiones ajenas a sus creencias ancestrales, así como el proselitismo religioso**. Por esta razón, la Corte confirmó parcialmente los fallos de instancia que habían negado la tutela; sin embargo, en la sentencia SU-510 de 1998, concedió el amparo en relación con el derecho a la libertad de cultos y al debido proceso, y dispuso que las autoridades indígenas deben tolerar el culto evangélico privado y no imponer sanciones más drásticas a los miembros de la comunidad que profesan la fe evangélica solamente por ese hecho²³; y en la sentencia T-349 de 2008 tuteló el derecho al

²⁰ M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

²¹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En este fallo, la Corte consideró que los dogmas y prácticas religiosas de los indígenas que profesaban la fe de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia contradecían elementos centrales de la cosmovisión arhuaca o ika. Adicionalmente, encontró que estaba probado que tal contradicción comprometía seriamente la organización político - religiosa de la comunidad, la obediencia y respeto a las autoridades tradicionales y el acatamiento de normas tradicionales de la cultura arhuaca. Por ello, concluyó que el ejercicio de la libertad religiosa por los indígenas que habían adoptado la fe cristiana evangélica amenazaba gravemente el derecho fundamental a la integridad cultural de la comunidad arhuaca. Con fundamento en estas consideraciones, la Corporación precisó que "(...) la correcta interpretación del principio de protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, impide asignar a las autoridades de un grupo indígena portador de arraigadas creencias religiosas, la tarea de obrar como órgano garante de la apertura religiosa de la respectiva comunidad." A esto agregó en relación con la legitimidad de las acciones adoptadas por la comunidad para frenar la expansión de otros credos religiosos: "Particularmente, en el caso de las comunidades indígenas, la conservación de su cultura legítima con más fuerza el empleo por parte de sus miembros de mecanismos para determinar la presencia de 'extraños' o 'no-extraños' y poder comportarse en consecuencia. Si se insiste en recortarles a estos grupos estos elementales mecanismos de defensa y preservación, no será posible que ellos mantengan su identidad cultural."

²² M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²³ La corte recordó a la comunidad que el respeto de la dignidad humana les impide "(...) incurrir en actos arbitrarios y apelar a procedimientos inhumanos y degradantes para sujetar a los miembros de la comunidad que se desvíen de los cánones tradicionales." Por ello, indicó que "(...) si más allá de sancionar las conductas objetivas que violan los usos y costumbres del pueblo indígena, de modo que ante la ley indígena todos sean iguales, lo que se proponen sus autoridades es punir al no creyente por el mero hecho de serlo, así este se someta a las reglas existentes, sin duda se está frente a una manifestación de poder que la Constitución rechaza." Agregó la Corte que si bien es cierto las autoridades tradicionales pueden definir las

mínimo vital de los peticionarios, así como el ejercicio, fuera del Resguardo Arhuaco, de sus libertades religiosa, de cultos y de conciencia y del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

2.5.1.7. También cabe señalar, como resaltó al Corte en la sentencia T-772 de 2005²⁴, que el derecho a la identidad cultural **comparte naturaleza individual y de grupo**. Al respecto, la Corte explicó:

“Entonces, el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad. Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece.”

2.5.1.8. Finalmente, como en el mismo fallo se explicó, el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas puede ejercerse no solamente en los territorios indígenas sino en todo el territorio nacional. La Corte afirmó:

“El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es un derecho que se proyecta más allá del lugar donde esta ubicada la respectiva comunidad. Esto obedece a que el principio de diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que es un principio definitorio del estado social y democrático de derecho. Es este un principio orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias. Concluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado y único lugar del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto

faltas y las sanciones a las que están sujetos los miembros de la comunidad, deben hacerlo de acuerdo con los principios del debido proceso y respetando el contenido mínimo del principio de igualdad, lo que significa que no pueden aplicar sanciones más gravosas simplemente porque una persona en ejercicio de su libertad religiosa opte por un credo distinto.

²⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad (artículos 7 y 70 C.P.). La opción de decidir si es conveniente o no dicha proyección y sobre el momento, la forma y los alcances es de cada pueblo indígena en virtud del principio de autodeterminación.”

2.5.1.9. En resumen, el derecho a la identidad cultural otorga a las comunidades indígenas prerrogativas como las siguientes: **(i)** tener su propia vida cultural, **(ii)** profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, **(iii)** preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. **(iv)** emplear y preservar su propio idioma, **(v)** no se objeto de asimilaciones forzadas; **(vi)** conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; **(vii)** conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; **(viii)** utilizar y controlar sus objetos de culto; **(ix)** revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; **(x)** emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; **(xi)** participar en la vida cultural de la Nación; **(xii)** seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; **(xiii)** preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; y **(xiv)** exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole.

2.5.2. Los usos ancestrales de la hoja de coca en las comunidades indígenas: manifestación de su derecho a la identidad cultural

2.5.2.1. La hoja de coca es un elemento fundamental desde el punto de vista cultural, religioso, medicinal, alimenticio, entre otros, para varias comunidades indígenas del país; por esta razón, varios instrumentos normativos y la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los usos ancestrales de esta planta se encuentran amparados por nuestra Carta, en particular, por el derecho a la identidad cultural y autonomía de dichas comunidades.

2.5.2.2. A nivel internacional, este reconocimiento puede observarse, por ejemplo, en el artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena en 1988, la cual prevé que las Partes adoptarán medidas adecuadas para evitar y erradicar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, con pleno “respeto de los derechos humanos fundamentales, y

teniendo en cuenta **los usos tradicionales lícitos de dichos cultivos**, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente” (negrilla fuera del texto).

2.5.2.3. A nivel nacional, el reconocimiento de la relación entre las tradiciones indígenas y la hoja de coca se puede hallar en el artículo 7 de la Ley 30 de 1986, el cual indica que “[e]l Consejo Nacional de Estupefacientes reglamentará los cultivos de plantas de las cuales se produzcan sustancias estupefacientes y el consumo de éstas por parte de las poblaciones indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivadas de su tradición y cultura”.

2.5.2.4. La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha reconocido que las prácticas y tradiciones de las comunidades indígenas ligadas a la hoja de coca, en tanto manifestación cultural, están amparadas no solamente por el artículo 7 superior, sino también por las disposiciones que reconocen su derecho a la autonomía, lo que significa que tales prácticas no pueden ser limitadas sino por razones poderosas desde el punto de vista constitucional.

Por ejemplo, en la sentencia C-176 de 1994²⁵, al examinar la constitucionalidad de la Ley 67 de 1993, por medio de la cual se aprobó la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas" de 1988, la Corte recordó, de un lado, que no pueden confundirse la hoja de coca y la cocaína, ni la planta puede ponerse en el mismo plano que los usos ilícitos que se hacen de ella. Al respecto, expresó la Corporación: “[n]o se puede colocar en el mismo plano la planta coca y los usos lícitos y legítimos que de ella se han hecho y se pueden hacer, y la utilización de la misma como materia prima para la producción de cocaína”; y de otro lado, indicó que, como han señalado varios expertos, “(...) el ancestral consumo de coca en nuestras comunidades indígenas no tiene efectos negativos”. Con fundamento en estas consideraciones, concluyó que **los usos ancestrales de las comunidades indígenas de la hoja de coca se encuentran amparados por el artículo 7 de la Constitución**, “(...) por lo cual la persecución del narcotráfico no puede traducirse en un desconocimiento de la identidad cultural de las comunidades indígenas, protegida por la Constitución”. Por esta razón, la Corte encontró ajustada a la Carta la declaración formulada por el Congreso en el sentido de que “Colombia entiende que el tratamiento que la Convención da al cultivo de la hoja de coca como infracción penal debe armonizarse con una política de desarrollo alternativo, tomando en cuenta los derechos de las comunidades indígenas involucradas y la protección del medio ambiente (...)”.

²⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Posteriormente, en la sentencia SU-383 de 2003²⁶, al revisar los fallos de instancia dictados con ocasión de la demanda formulada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC contra la Presidencia de la República, el Consejo Nacional de Estupefacientes y otras entidades del Gobierno nacional, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, existencia comunitaria, ambiente sano y participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, entre otros, por ordenar la aspersión aérea de herbicidas en la región de la amazonía para la erradicación de cultivos ilícitos, sin surtir el procedimiento de consulta previa y ocasionando un daño ambiental considerable en sus territorios, **la Corte recordó que la hoja de coca está ligada a las creencias y tradiciones de varias comunidades indígenas de la amazonía**, lo que significa que la aspersión aérea podía poner en riesgo sus practicas ancestrales ligadas a la planta. En efecto, con fundamento en los informes técnicos allegados al expediente y en documentos académicos, la Corporación observó que para algunas comunidades de la Amazonía, la hoja de coca cumple un **papel de medio de cambio**. Al respecto, indicó la Corporación:

“El profesor Roberto Pineda Camacho, por su parte, en referencia a la cosmovisión del pueblo Wuitoto, realiza un estudio de la cacería de danta, dada la importancia del procedimiento y la significación del mismo para los pueblos indígenas, y advierte que para el indígena “[l]a danta, como los hombres tiene un carácter, una personalidad que moldea considerablemente nuestra relación con ella, aun en el rol de cazadores”.

Resalta los rituales, creencias y prácticas sociales derivadas de tal actividad, entre los que se cuentan la necesidad de que los “abuelos” obtengan el permiso para la cacería de los dueños de los animales **a contraprestación de “coca y ambil”**, porque quien se adentra en el salado -lugar privilegiado para la caza, pero embrujado- sin observar los rituales se somete al poder de la danta y puede traspasar “el umbral de la vida de los animales” (negrilla fuera del texto).

Además, con el siguiente extracto, la Corte reconoció las **características místicas** asociadas al cultivo de la planta de coca en la Amazonía, especialmente en el bajo Caquetá:

“Indican [los investigadores Carlos A. Rodríguez y María Clara Van Der Hammen] que el indígena realiza la distribución

²⁶ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

espacial de los cultivos en la chagra²⁷ utilizando criterios simbólicos, de manera que cada cultivo ocupa el lugar que según la connotación indígena ocupa el rol que el cultivo representa en la organización social indígena. Así los principales productos que se cultivan en el área en estudio -Bajo Caquetá-, **la coca y la yuca, se siembran en el centro y en la periferia respectivamente, simbolizando lo femenino y lo masculino**” (negrilla fuera del texto).²⁸

Por estas razones, la Corte indicó que la consulta previa era indispensable antes de la fumigación, precisamente para establecer en qué medida las prácticas ancestrales de las comunidades tutelantes se

²⁷ “Como chagra se conocen las parcelas de cultivos, que tienen una extensión entre 0.4 y 0.7 hectárea. Su utilización se prepara en bosques primarios o sucesivos mediante los procedimientos de tala y quema, o de tala y pudre, lejos de las aldeas -entre 15 minutos y 2 días de camino-, también utilizadas como campamentos para la caza y la pesca.

La derriba o tala de árboles para la preparación de la chagra dura alrededor de dos meses, después de la tala sucede la quema o el pudre y, una vez convertida la vegetación en cenizas o descompuesta la materia orgánica, según el caso, viene la siembra.

El sistema de tala y pudre se utiliza en las regiones con mayor pluviosidad, pero tanto la quema como el pudre proveen al suelo de los nutrientes que carece y luego del largo periodo de barbecho, entre 2 y 40 años, en ambos casos le permiten al suelo restaurar su fertilidad.

Los cálculos de siembra, recolección y barbechos proveen al indígena de una permanente producción alimentaria. De ordinario se hace necesario una derriba anual, porque la fertilidad de las chagras declina después de los dos años, aunque el barbecho conformado por árboles frutales sigue siendo utilizado, en algunas ocasiones por largo tiempo, de manera que una familia nuclear puede disponer al mismo tiempo de varias huertas en plena producción.

Entre los indígenas de la selva amazónica el principal cultivo es la yuca y la coca. La yuca ocupa casi toda la superficie de la huerta y la coca protege el cultivo de la yuca del viento y de la lluvia. En la región se conocen más de cien variedades de yuca clasificadas en dulce y brava, según tenga que ser sometida a un proceso antes de ser ingerida o pueda ser consumida simplemente asada o cocida.

El cultivo de la yuca amarga se combina con otras variedades como el taro, la maranta, la batata, el ají, el banano, el plátano y frutales como el lulo, la uvilla, la piña, la guama y el chontaduro.

La distribución de los cultivos dentro de la huerta simula la conformación del bosque natural, porque se hace de manera que las enfermedades y la competencia entre nutrientes puedan ser controladas. Aspecto importante en la distribución de los cultivos en la chagra es que las plantas débiles sean protegidas por las lluvias y los vientos, por esto la yuca amarga se intercala con el cultivo tradicional de coca, debido a que éste le da sombra a las plantas jóvenes de yuca, durante los primeros doce a nueve meses que lo requieren.

Los grupos étnicos que tienen la posibilidad de utilizar terrenos inundables o varzea, siembran en ellos productos de rápida recolección, porque el periodo de utilización no supera los seis meses, de manera que requieren combinar estos cultivos con otros de larga duración en las chagras creadas en tierra firme. Consultar Francois Correa, Darna Lee y Ángela Correa, artículos citados. “

²⁸ Para soportar esta misma conclusión, en la misma sentencia la Corte trajo a colación la siguiente cita: “(..) Para nosotros, la maloca, no sé, que es lo que significa; no hay un significado de la maloca, y por no haber significado, entonces hoy en día cualquiera hace maloca, entonces partes hay maloca, uno ve maloca, pero no sabe qué es eso, porque ése es el vientre de nuestra madre, donde nosotros fuimos educados, fuimos creados, fuimos alimentados. Lo que decía el compañero Pacual, en ese centro, lo que se llama el mambeadero, es una sola cabeza, porque el padre creador crea el centro ¿para qué? Para educar a los demás ¿Y que es lo que nos da a nosotros? Eso es lo que se llama la coca, por eso para nosotros la coca es nuestra Biblia, la coca para nosotros es nuestras leyes, la coca para nosotros es nuestro reglamento, la coca para nosotros es nuestro sexto sentido y la coca para nosotros es nuestra madre y esto es espiritual, Recuerdo que una vez hace dos años, creo que el Padre Juan fue a hacer una misa, allá en la maloca del (Kilometro) -sic- siete y dice “ Mire, la coca fue la primera palabra que vino del padre creador para ustedes los indígenas y por eso nosotros los tratamos con mucho respeto.” Luego viene el hermano menor y la diversifica, le mete química, ahí donde dice, ya no es la coca sino es la cocaína, su color lo dice, es blanco, es muerte y es destrucción, mientras la nuestra es verde, es vida, naturaleza, salud y fortaleza, eso es.” -se destaca-.”

verían afectadas con ella y de qué forma podrían las comunidades mantener las plantaciones de coca, por la cual concedió la tutela.²⁹

2.6. DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN O A LA AUTONOMÍA DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS

2.6.1. Ámbitos de protección

2.6.1.1. Una de las manifestaciones del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, es la inclusión en el texto constitucional el derecho fundamental de las comunidades étnicas minoritarias a la libre determinación o autonomía, con la finalidad de garantizar la supervivencia cultural de estos pueblos como grupos culturalmente diferenciados³⁰. Así con fundamento en los artículos 1, 7, 9, 70, 171, 176, 246, 286, 329 y 330 de la Carta, el Convenio 169 de la OIT “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” y otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Corte ha reconocido la existencia de este derecho en la Constitución y señalado que comprende la facultad de las comunidades étnicas de determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y adoptar las decisiones internas o locales que estimen más adecuadas para la conservación o protección de esos fines.³¹

En particular, el derecho a la libre determinación comprende al menos tres ámbitos de protección ligados a distintos factores de interacción de

²⁹ La Corte expresó: “En este punto debe la Corte nuevamente referirse a la necesidad de que las entidades accionadas adelanten la consulta, para poder establecer en qué medida los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana tienen derecho a mantener sus plantaciones, y con que alcance sus autoridades o las autoridades nacionales, según el caso, pueden reprimir el delito de plantaciones ilícitas, dentro de un ámbito territorial determinado. || En efecto, sin la consulta previa no resulta posible i) maximizar el grado de autonomía que requieren los pueblos indígenas de la región para conservar su integridad étnica y cultural, ii) determinar para cuáles pueblos indígenas y tribales la coca es una planta sagrada, y deberá seguir siéndolo dadas las implicaciones que en su cultura tiene ésta conceptualización, iii) en qué casos del cultivo de la coca depende la supervivencia del pueblo, dada la modalidad de sombrero que la plantación brinda a las otras plantaciones en algunas regiones y épocas, y iv) lo trascendente de la utilización de la planta de coca en sus prácticas curativas y rituales”

³⁰ Ver sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³¹ Ver sentencia T-514 de 2009. En la sentencia T-973 de 2009, la Corte Constitucional nuevamente definió el derecho de la siguiente manera: “a decidir por sí mismos los asuntos y aspiraciones propias de su comunidad, en los ámbitos material, cultural, espiritual, político y jurídico, de acuerdo con sus referentes propios y conforme con los límites que señalen la Constitución y la ley.” Por su parte, el artículo 4 de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas dispone: “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.” El artículo 5 agrega que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

las comunidades étnicas, como precisó la Corte en la sentencia T-973 de 2009³².

2.6.1.2. En el **primer ámbito** se encuentra el derecho general de las comunidades a **participar en la toma de cualquier decisión que pueda concernirles**. Así, la participación se convierte en un vehículo que les permite expresar los valores e intereses culturales que las diferencian de la cultura mayoritaria predominante, a fin de que sean tenidos en cuenta a la hora de adoptar decisiones que les incumban, en desarrollo del objetivo constitucional de proteger su integridad cultural³³.

Esta primera prerrogativa –participación– se manifiesta a su vez de al menos dos formas: **(i)** en el derecho a la **consulta previa** de todas las decisiones que les conciernan directamente y **(ii)** en un derecho general de participación respecto de otras decisiones que les afecten indirectamente.

En primer lugar, **en relación con la consulta previa**, el literal a) del artículo 6 del Convenio 169 dispone la obligación de los estados de “a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. A su turno, el artículo 7-1 del Convenio prevé que las comunidades tienen derecho a:

“(...) decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que

³² M.P. Mauricio González Cuervo. La Corte afirmó: “En el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, **a participar en las decisiones que los afectan**. Ese reconocimiento supone que en las relaciones entre estos pueblos y el Estado, **la consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados**, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración. Por lo tanto, estos pueblos tienen el derecho a ser consultados previamente con relación a las decisiones que los afecten, en los términos que determine la Constitución y la ley. Un segundo ámbito de protección, también externo, tiene que ver **con la participación política de estas comunidades**, en la esfera de representación nacional en el Congreso. Así, las comunidades indígenas tienen el derecho de participar en la circunscripción especial electoral prevista para ellas, de acuerdo con la Constitución. (...) || Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con **las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas**. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva”. En la sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte ya había resaltado los dos primeros componentes del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas: participación en términos generales y consulta previa.

³³ Cfr. Sentencias C-620 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-702 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

Por su parte, el parágrafo del artículo 330 de la Constitución señala que el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en la toma de decisiones relacionadas con la explotación de los recursos naturales de sus territorios.

Para el caso de las comunidades afrocolombianas y en desarrollo de los mandatos constitucionales de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, la Ley 70 prevé la realización de consultas en cuatro eventos: **(i)** para la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades afrodescendientes que desarrollen prácticas tradicionales (artículo 22); **(ii)** para la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (artículo 38); **(iii)** para la conformación de la “unidad de gestión de proyectos” que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (artículo 58); y **(iv)** para el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere la ley.

Estos preceptos reconocen entonces el derecho fundamental de las comunidades étnicas a la **consulta previa** frente a cualquier decisión susceptible de afectarles **directamente**. El contenido de este derecho será desarrollado más adelante.

En segundo lugar, respecto del derecho de las comunidades étnicas a participar en la toma de **otras decisiones que puedan afectarlas indirectamente**, el artículo 7-3 del mismo Convenio prevé la obligación de los estados parte de “(...) velar por que, siempre que haya lugar, **se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos**. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas” (negrilla fuera del texto). Así, esta disposición estipula que respecto de las decisiones que conciernen indirectamente a las comunidades étnicas, éstas tienen derecho a

participar en los respectivos estudios para determinar su incidencia, lo que supone que, por lo menos, deben ser informadas de los planes, proyectos u otras decisiones que se pretenda tomar.³⁴

2.6.1.3. El segundo ámbito de protección de la libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a **participar en la toma de decisiones políticas**. Este ámbito de protección se fundamenta, entre otras disposiciones, en el literal b) el artículo 6 del Convenio 169, según el cual los estados parte tienen la obligación de “b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”. A nivel nacional, el derecho a la participación en las decisiones políticas se concreta, como se indicó en la sentencia C-030 de 2008³⁵, en ámbitos como los siguientes:

“(…) (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias³⁶ y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.”

Adicionalmente, este ámbito de protección comprende la posibilidad de participar a través de los representantes elegidos según las tradiciones y prácticas de cada comunidad, y ejercer derechos políticos de

³⁴ Ver sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil. La Corte sostuvo en dicho fallo: “De este modo, cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta.”

³⁵ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁶ En el Capítulo IX de la Ley 5 de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual, en el artículo 230 se dispone que “Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes.”

conformidad con las reglas del derecho propio y las tradiciones culturales, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional.³⁷

2.6.1.4. Finalmente, el **tercer ámbito** de protección se refiere al **derecho al autogobierno de las comunidades étnicas**. Esta prerrogativa se fundamenta, por ejemplo, en el literal c) del artículo 6 del Convenio 169, de acuerdo con el cual los estados deben “c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.” A nivel nacional, este ámbito de protección se concreta, por ejemplo, en el artículo 246 superior, que permite a las autoridades indígenas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial; en el artículo 286, según el cual los territorios indígenas son entidades territoriales; y en el artículo 330, que indica que los territorios indígenas deben ser gobernados por consejos conformados según los usos y costumbres de la respectiva comunidad.

En secciones posteriores la Sala se centrará en el derecho a la consulta previa, teniendo en cuenta el cargo bajo examen.

2.6.2. Derecho de las comunidades a administrar justicia en sus territorios: la jurisdicción especial indígena

Como se indicó previamente, una de las manifestaciones más importantes de la autonomía de las comunidades indígenas es su derecho a ejercer funciones jurisdiccionales en su territorio y respecto de sus miembros. En efecto, el artículo 246 de la Constitución reconoce la autonomía de las comunidades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. Aunque la parte final de esta disposición asigna al Legislador la obligación de regular las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema de justicia nacional, la Corte Constitucional ha entendido que ello no significa que la aplicación del artículo 246 quede en suspenso hasta que el Congreso expida la respectiva ley de coordinación. La Corte ha precisado que el artículo 246 superior tiene efectos normativos directos, “(...) de tal manera que si bien es de competencia del legislador *coordinar* el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el *funcionamiento* mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo.”³⁸

El ejercicio de jurisdicción sobre los asuntos propios es un derecho fundamental de las comunidades indígenas que puede ser protegido incluso mediante la acción de tutela. Esto significa que el fuero de

³⁷ Ver sentencia T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁸ Cfr. Sentencia C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Ver también la sentencia T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz..

jurisdicción no solamente obra como una garantía para los miembros de las comunidades, sino que su ejercicio puede ser reclamado como una manifestación de autonomía por las propias comunidades.³⁹

No obstante lo anterior, la disposición constitucional genera al menos tres preguntas que han tenido que ser resueltas por la Corte Constitucional para darle aplicación al artículo 246: **(i)** ¿cuáles son las normas y procedimientos propios de las comunidades indígenas? es decir, ¿qué es el derecho propio?, **(ii)** ¿en qué casos las comunidades indígenas pueden administrar justicia?, y **(iii)** ¿cuáles son los límites del ejercicio de jurisdicción por las comunidades?

2.6.2.1. *La noción de derecho propio*

El concepto de derecho propio es mucho más amplio que el concepto de Derecho de la tradición jurídica occidental; como señalan algunos doctrinantes, pues “(...) el fenómeno jurídico [indígena] está integrado por una realidad más amplia: el papel de los sueños, los ritos, los mitos, los consejos, el arreglo directo entre las partes, el ejemplo, la conciliación, las mediaciones chamánicas son, entre otros, elementos de la experiencia jurídica indígena (...)”.⁴⁰

En un comienzo, la Corte adoptó una concepción restringida del derecho propio indígena que ignora la dinámica de las culturas. Así, en la sentencia T-254 de 1994⁴¹, identificó el derecho propio únicamente con la normativa ancestral, es decir, las reglas de tiempo atrás que una comunidad utiliza para dirimir sus conflictos; por ello la Corte ligó el grado de autonomía en temas jurisdiccionales al grado de mantenimiento de usos y costumbres ancestrales por las comunidades indígenas y fijó la siguiente regla: “A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía”.

En sentencias más recientes, la Corte ha ampliado su concepción del derecho propio; el derecho propio ahora es entendido por la Corte como la normativa que surge en el seno de las comunidades, por oposición al derecho que se les impone desde afuera. Esta idea de derecho propio puede abarcar construcciones jurídicas influenciadas por el derecho

³⁹ Por ejemplo, en la sentencia T-1026 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte estudió una tutela interpuesta por el gobernador de una comunidad indígena contra la autoridad carcelaria del país, por cuanto ésta se negaba a admitir en un centro penitenciario nacional a un indígena que había sido condenado a cumplir una pena privativa de la libertad en una cárcel ordinaria. La autoridad demandada alegaba que el establecimiento no tenía la infraestructura que para ofrecer un tratamiento penitenciario especial al miembro de la comunidad indígena, particularmente dado que no hablaba español. Para el Gobernador, esto implicaba un desconocimiento en sus decisiones y, por tanto, una vulneración de la autonomía de la jurisdicción indígena. La Corte concedió el amparo, pues consideró que el derecho a la jurisdicción indígena es un derecho fundamental colectivo de las comunidades indígenas, lo que incluye que sus sentencias se hagan efectivas. Sin embargo, en aras de proteger al miembro de la comunidad, ordenó un acompañamiento durante todo la pena por parte de la comunidad.

⁴⁰ Cfr. Lopera Mesa, Gloria Patricia y Hoyos Ceballos, Esteban. “Fronteras difusas. Apuntes sobre el surgimiento de la jurisdicción especial indígena en Colombia y sus relaciones con el derecho estatal” (2008). *Revista Co-herencia*, 5, 9, p. 157.

⁴¹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

estatal y otras tradiciones jurídicas, en virtud del reconocimiento del carácter dinámico de la cultura.⁴² Por ejemplo, en la sentencia T-349 de 1996⁴³, al analizar sobre la previsibilidad de las sanciones en el derecho propio indígena, la Corte sostuvo:

“Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar **conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte**” (negrilla fuera del texto).

Luego, en la sentencia T-514 de 2009⁴⁴, al recordar los criterios que ha fijado la jurisprudencia constitucional para resolver conflictos relacionados con la autonomía de las comunidades indígenas, la Corte nuevamente recordó **el carácter dinámico de la cultura y la posibilidad de que las comunidades indígenas inicien procesos de recuperación cultural en los que involucren elementos que han asimilado de la cultura mayoritaria**. Estos elementos pueden mezclarse con las tradiciones de las comunidades y dar forma a nuevas expresiones culturales.

2.6.2.2. Criterios para determinar en qué casos las comunidades indígenas pueden administrar justicia

En relación con el alcance de la jurisdicción especial indígena, la Corte se ha enfocado en la definición de los casos en los que las comunidades pueden ejercer jurisdicción y los límites del ejercicio de jurisdicción.

Sobre la primera cuestión, es decir, **los casos en los que las comunidades pueden ejercer jurisdicción**, la Corte ha acudido a los tres criterios tradicionales empleados en el derecho para determinar la competencia: **(i)** el criterio personal, **(ii)** el criterio territorial y **(iii)** el criterio objetivo o de la materia. En cada caso es necesario examinar la

⁴² Ver Lopera Mesa, Gloria Patricia y Hoyos Ceballos, Esteban. “Fronteras difusas. Apuntes sobre el surgimiento de la jurisdicción especial indígena en Colombia y sus relaciones con el derecho estatal” (2008). *Revista Co-herencia*, 5, 9, p. 159.

⁴³ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁴ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

presencia de alguno o varios de estos criterios –aunque no es necesario que siempre concurren los tres- y la importancia que el factor cultural tiene.⁴⁵

Con el factor personal se determinan los sujetos de juzgamiento y de la relación procesal, activa y pasiva. La Corte ha señalado que las comunidades indígenas deben ocuparse del juzgamiento de sus propios integrantes. Es más, para la Corte, la pertenencia a una comunidad otorga a sus miembros un fuero especial conforme al cual deben ser juzgados por sus propias autoridades y según el derecho propio. **El fuero de jurisdicción** garantiza el respeto por la particular cosmovisión de las comunidades indígenas.⁴⁶ No obstante, es necesario aclarar en relación con este elemento, que no es suficiente con que el sujeto haga parte de la comunidad, es preciso además que esté integrado a ella y viva según sus usos y costumbres.

El factor territorial, de otra parte, permite que cada comunidad juzgar las conductas cometidas en su ámbito territorial y aplicar su sistema jurídico dentro del mismo.⁴⁷ La jurisprudencia ha considerado que este elemento se refiere de manera concreta a la existencia de una comunidad indígena organizada, con vocación de pertenencia sobre la tierra que ocupa y con su convivencia regida por su cultura.

El factor objetivo, finalmente, hace referencia a las materias sobre las que versan las controversias que deben ser dirimidas. La Corte ha sostenido que las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia que suscite la aplicación de su derecho propio.⁴⁸

Sin embargo, estos criterios no son absolutos; por ejemplo, **(i)** en casos de conductas realizadas en el territorio de una comunidad, pero que causan daños a terceros ajenos, es posible que el asunto deba ser juzgado por la jurisdicción ordinaria.⁴⁹ **(ii)** De igual forma, como en el

⁴⁵ Ver sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁶ Ver sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. No obstante, en este fallo la Corte indicó que el fuero indígena tiene límites, pero no fueron delimitados por la Corte en dicha ocasión.

⁴⁷ Ver sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁸ Por ejemplo, en la sentencia T-945 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte conoció del caso de una mujer embarazada que había sido despedida de una entidad de salud indígena. La accionante alegaba el desconocimiento de su fuero especial de mujer en estado de embarazo e interpuso acción de tutela contra el Cabildo. La Corte consideró que este no era el mecanismo adecuado, todo vez que al tratarse de un asunto ocurrido dentro del territorio indígena y que involucraba a sus miembros, debía ser conocido por las autoridades tradicionales.

⁴⁹ Ver sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. En este fallo la Corte explicó lo siguiente:

“En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era

caso analizado en la sentencia T-496 de 1996⁵⁰, es posible que pese a que una conducta reprochada por una comunidad haya sido cometida por uno de sus miembros dentro de su territorio, el caso deba ser remitido a la jurisdicción nacional debido a la no pertenencia de la víctima a la comunidad y al grado de integración del infractor a la cultura mayoritaria.⁵¹ (iii) También es posible, como en el caso examinado en la sentencia T-1238 de 2004⁵², que una falta que tuvo lugar fuera del territorio, deba ser sometida a la jurisdicción de la comunidad por haberse realizado contra un miembro de la misma.⁵³

2.6.2.3. Límites del ejercicio de la jurisdicción por las comunidades indígenas

En relación con la tercera cuestión, esta es, **los límites de la jurisdicción especial indígena**, la Corte ha adoptado varios criterios:

En primer término, ha defendido una **teoría de mínimos en términos de derechos humanos** que no pueden librarse a la autonomía de los pueblos indígenas. Estos mínimos también han sido denominados núcleo duro de los derechos humanos.⁵⁴ Una de las primeras oportunidades en las que la Corte se pronunció sobre tales mínimos fue en la sentencia T-349 de 1996⁵⁵, al revisar la tutela interpuesta por un miembro de la comunidad indígena embera-chamí contra las autoridades del cabildo, por imponerle una pena de 20 años por el homicidio de otro indígena, en su concepto, con desconocimiento del

considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos.”

⁵⁰ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵¹ En la sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte negó la tutela solicitada por un indígena paéz, quien sería juzgado por la jurisdicción ordinaria por el asesinato de un miembro de otra comunidad indígena. El acto solicitaba ser juzgado por las autoridades paéces. La Corte se opuso con fundamento en los siguientes argumentos:“(…) no es dable reconocerle a (…) el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser un sujeto aculturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional. Además, no debe olvidarse que el demandante se alejó de su comunidad, no accidentalmente, sino por deseo propio, debiendo asumir los ‘riesgos’ que se derivan de su acción, es decir, que como miembro del territorio colombiano goza de las mismas prerrogativas de todo ciudadano, pero también está expuesto al cumplimiento de deberes y sanciones que imponen las autoridades de la República.”

⁵² M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵³ En este fallo la Corte Constitucional estudió el caso de un indígena que se encontraba fuera de los territorios ancestrales visitando a un médico de su comunidad. Éste le indicó que el origen de su enfermedad era que otros indígenas le habían hecho brujerías, razón por la cual asesinó a los presuntos autores de estos maleficios. El asesinato se produjo fuera del territorio de la comunidad. La jurisdicción ordinaria asumió el caso y condenó al indígena a diez años de prisión. El abogado defensor solicitó la nulidad del proceso por desconocimiento del fuero especial indígena, petición que fue negada aduciendo que el asesinato se había producido fuera de los límites de la comunidad. A continuación, el defensor interpuso una acción de tutela en la que solicitó la declaratoria de nulidad del proceso. En sede de revisión, la Corte Constitucional concedió el amparo y señaló que el concepto de territorio no debía entenderse limitado en su dimensión formal y cultural, sino que el mismo puede tener, de manera excepcional, un efecto expansivo, de manera que puedan tenerse como amparadas por el fuero conductas ocurridas por fuera de ese ámbito geográfico, pero en condiciones que permitan referirla al mismo. Tal sería, por ejemplo, el delito cometido por un indígena por fuera de su territorio, en relación con otro integrante de la misma comunidad.

⁵⁴ Ver sentencia T-514 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

⁵⁵ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

debido proceso. La Corte consideró en este fallo que la jurisdicción especial indígena y la posibilidad de gobernarse por leyes propias encuentran límites en “(...) lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.” En el caso bajo revisión, la Corte estimó que la comunidad había excedido sus facultades jurisdiccionales y desconocido el debido proceso del actor - uno de los derechos mínimos que limitan la jurisdicción especial indígena- por imponerle una sanción no prevista de antemano por el derecho propio de la comunidad, es decir, una sanción *no previsible*.

Reiterando la sentencia T-349 de 1996, en la SU-510 de 1998⁵⁶, cuyos antecedentes ya fueron reseñados, la Corte precisó que aquellos bienes más preciados para el hombre y que representan el límite de la jurisdicción especial indígena están constituidos “(...) por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29).” Al respecto, la Corte explicó:

“En efecto, como lo ha manifestado la Corte, (1) sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; (2) los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado (Pacto de Derechos Civiles y Políticos [Ley 74 de 1968], artículo 4-1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos [Ley 16 de 1972], artículo 27-1 y 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3º; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas.”

La Corte ha tutelado en varias ocasiones este núcleo duro de derechos humanos vulnerados a miembros de comunidades indígenas. La jurisprudencia ha sido particularmente numerosa en materia de debido proceso. Por ejemplo, en la sentencia T-048 de 2002⁵⁷, la Corte conoció de un caso en el que el tutelante era un indígena de la comunidad Los Ángeles - Las Vegas del municipio de Natagaima, quien alegaba que el

⁵⁶ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁷ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Cabildo le había vulnerado su derecho al debido proceso al expulsarlo de la comunidad a raíz de un proceso que nunca conoció y en el que no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa. La Corte determinó que el Cabildo había vulnerado su derecho al debido proceso, ya que “(...) lo sancionó i) sin seguir el procedimiento que para el efecto prevé su propio reglamento interno-requerimiento, amonestación y decisión unánime de la asamblea-por su inasistencia a las reuniones y los trabajos comunitarios-, ii) sin investigar las nueve acusaciones que le fueron formuladas, por faltas que habría cometido en ejercicio de su cargo de gobernador del cabildo, y iii) sin haberle dado la oportunidad de explicar su conducta.” La Corte reiteró las reglas ya establecidas sobre los límites a la jurisdicción indígena, en cuanto al respeto a la legalidad de los procedimientos internos de cada comunidad.⁵⁸

Posteriormente, en la sentencia T-811 de 2004⁵⁹; la Corte revisó el caso de un indígena que alegaba que se le había vulnerado su derecho al debido proceso, ya que –aseguraba- había sido condenado por el homicidio de otro indígena, pese a que su conducta, empezar una riña, no constituía un delito penalizado ni en su comunidad ni en la jurisdicción ordinaria. La Corporación encontró que las autoridades sí habían violado el derecho al debido proceso al condenar al tutelante por un acto que no cometió y reiteró que el derecho a la legalidad de los procedimientos constituyó un límite al ejercicio de la jurisdicción indígena⁶⁰.

No obstante, en materia de debido proceso, la Corte también ha establecido que no puede exigirse al derecho propio de las comunidades estructurarse igual que el derecho nacional en términos de las exigencias de los principios de tipicidad, legalidad del procedimiento y la sanción, y juez natural. Para la Corte, estos principios se garantizan si las conductas sancionables, el procedimiento y las sanciones a imponer

⁵⁸ Sentencia T-048 de 2002 MP: Álvaro Tafur Galvis. Sobre los límites al ejercicio de la jurisdicción se dijo: “Ahora bien, en virtud del bloque de constitucionalidad a que se hace mención, particularmente, para el caso sub examine, en razón de lo dispuesto en los artículos 8°, 9° y 10 del Convenio en cita, y dada las dificultades de aplicación de las disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales, en consonancia con las que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a conservar su identidad-ya referida-, la Corte se ha detenido en aquellos derechos que marcan un límite claro del fuerte vínculo que liga a las comunidades indígenas con sus integrantes, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de los tratos denigrantes, la prohibición de imponer las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la obligación de garantizar los principios constitucionales del debido proceso y la necesidad de garantizar el acceso de las comunidades y de sus integrantes a la propiedad colectiva del resguardo (sentencia SU 510 de 1998 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁵⁹ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶⁰ Sentencia T-811 de 2004 MP: Jaime Córdoba Triviño. “Por lo anterior, es evidente que las autoridades indígenas de Quizgó violaron el derecho fundamental al debido proceso y el principio constitucional de culpabilidad que asiste al peticionario, tal como lo consagra el artículo 29 Superior. De la información que obra en el expediente es indudable que a Ramón Libardo Pillimú se le impuso una pena por un acto que no cometió. Si bien él, junto con Ramón Villano, alteraron el orden público el día de los hechos, no por ello puede estimársele responsable de la muerte de Gilberto Pechene y ser sancionado por dicho evento.

En este asunto en particular, resulta pertinente señalar que, como consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana, la Constitución Política proscribire la responsabilidad penal objetiva y prevé un derecho penal de acto y no de autor. Al respecto, el artículo 29 superior establece que “no puede haber delito sin conducta”⁶⁰, al señalar que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa” y que “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” (Subrayado fuera de texto).”

son *previsibles*. Por ejemplo, en la sentencia T-552 de 2003⁶¹, la Corte conoció la tutela que el Gobernador del Resguardo de Caquiona (etnia Yanacona) de Cauca interpuso contra el Consejo Superior de la Judicatura, bajo el argumento de que había violado los derechos al debido proceso, al juez natural, a la igualdad y a la diversidad étnica y cultural de la comunidad, al dirimir un conflicto de competencias a favor de la justicia ordinaria en el proceso que se seguía contra un miembro de la comunidad por los delitos de porte ilegal de armas y homicidio. El Consejo Superior de la Judicatura consideró que la jurisdicción competente era la ordinaria, a pesar de que el sindicado era indígena, el delito se había cometido contra otro indígena y en territorio de la comunidad, debido a que la comunidad no contemplaba en su derecho propio esas conductas como delitos ni tenía un procedimiento establecido de antemano para juzgarlas.⁶² La Corte consideró que dicha decisión constituía una vía de hecho por indebida aplicación de la ley.

Luego, en la sentencia T-009 de 2007⁶³, la Corte precisó que no es necesario que las comunidades tengan jueces especializados –como los jueces laborales- para dirimir las controversias que se suscitan a su interior. En este fallo, la Corte conoció el caso de un indígena que laboró como conductor de un camión de la comunidad y que a la finalización de su contrato interpuso una demanda contra la misma por el pago de las acreencias laborales. El Tesorero del Cabildo propuso un conflicto de jurisdicciones para que el asunto fuera remitido a la Jurisdicción Especial Indígena. La petición fue negada por el juez de instancia y se ordenó continuar con el trámite del proceso, por cuanto consideró que la comunidad no contaba con una jurisdicción laboral especial. La Corte afirmó que la posición del juzgado de reprochar que en el Cabildo no existieran jueces especializados en lo laboral para dirimir el conflicto ni tampoco tribunales autónomos y con independencia de la asamblea de la comunidad, imponía la visión jurídica occidental, al igual que las formas de organización y control occidentales.

En relación con la prohibición de tortura y de penas y tratos crueles e inhumanos, la jurisprudencia constitucional ha sido restringida y se ha inclinado por proteger la autonomía de las comunidades para fijar sanciones. En pocas ocasiones se han concedido tutelas por violación de esta garantía. Por ejemplo, en la sentencia T-254 de 1994⁶⁴, la Corte tuteló los derechos de un indígena de la Comunidad de El Tambo y su familia, quienes habían sido condenados a expulsión por la “supuesta”

⁶¹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶² Los argumentos del Consejo Superior de la Judicatura eran los siguientes: “el Cabildo que reclama la jurisdicción no tiene unas normas que describan como ilícita la conducta que se le imputa al sindicado, ni tiene previsto un procedimiento para la investigación de los hechos y para el juzgamiento de los autores, ni definidas las penas que cabría aplicarles. Por tal razón no es posible determinar (...) si el ordenamiento indígena que resultaría aplicable es contrario o no a la Constitución, a diferentes normas internacionales y a la ley penal.”

⁶³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁴ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

comisión del delito de hurto por el primero, y despojados de una parcela adjudicada por la misma comunidad. A juicio de la Corte, un límite constitucional explícito al ejercicio de la potestad punitiva por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, lo constituye la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. Luego, en la sentencia T-030 de 2000⁶⁵, la Corte tuteló el derecho de dos niños gemelos de la comunidad U'WA, quienes habían sido entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por sus padres porque los U'WA repudian los nacimientos múltiples, ya que consideran que “contaminan” su comunidad. La Corte ordenó a la institución de protección familiar continuar el proceso de definición de la situación de los niños.⁶⁶

En la mayoría de los casos, la Corte ha avalado las sanciones impuestas por las comunidades a sus miembros. En la sentencia T-1294 de 2005⁶⁷, la Corte conoció el caso de un indígena de la comunidad de Pioyá que había sido condenado por la comunidad a 40 años de prisión por el delito de homicidio. El tutelante consideraba que se le había violado su derecho a una pena justa y razonable al no imponérsele una pena que se encontrara dentro de los límites de la legislación colombiana. La Corte reiteró el principio de maximización de la autonomía y de minimización de las restricciones, y consideró que la pena impuesta por el Cabildo no había vulnerado derecho fundamental alguno del demandante y que su actuación se encontraba ajustada a los límites impuestos al ejercicio de la jurisdicción indígena, al igual que a los usos y costumbres de la comunidad.

En segundo término, la Corte también ha indicado que constituye un límite de la jurisdicción especial indígena “la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad.”⁶⁸ Como se indicó en la sentencia T-514 de

⁶⁵ M.P. Fabio Morón Díaz.

⁶⁶ En dicha ocasión, la Corte estudió el caso de un padre que el momento en que su esposa da a luz a unos gemelos decide entregarlos en forma transitoria a la entidad encargada de la protección de la niñez en Colombia. Esta situación se genera por cuanto en la comunidad indígena a la que pertenecen, los gemelos son considerados como una maldición. Los padres solicitan que no los den en adopción mientras que las comunidades indígenas decidan que va a pasar con los niños. Sin embargo, la Directora del hogar donde se encontraban decidió interponer una acción de tutela con el fin de tomar las medidas respectivas y darlos en adopción. Además, considera que devolverlos a su comunidad pone en riesgo su vida.

La Corte niega la petición para proceder a la adopción del niño, y por el contrario, constituye un grupo interdisciplinario para que estudie la mejor opción para el niño. Dentro de las posibilidades puede estar el reintegro a su comunidad, pero ésta jamás podrá atentar contra la vida o integridad del menor. Es decir, que es plenamente compatible con el ordenamiento superior y con la ley, la solicitud que elevaron las autoridades tradicionales U'WA ante el Estado, representado en este caso por el I.C.B.F., en el sentido de que mantuviera transitoriamente a los gemelos bajo su cuidado, exactamente por siete meses, tiempo durante el cual ellos realizarían un proceso de reflexión y de consulta interno para tomar una decisión definitiva, decisión que obviamente no podía ser la de proceder conforme lo señalaba la tradición, pero en cambio sí podía consistir en encargar el cuidado de los menores a personas o familias que no pertenecieran a la comunidad, manteniendo contacto con ellos, como en efecto ha sucedido, que se autorizara la adopción, o, como se presenta ahora, que exigieran el retorno de los niños a su seno.

⁶⁷ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁸ Ver sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2009⁶⁹, el concepto de derechos fundamentales es distinto al de “núcleo duro de los derechos humanos”, que son solamente los delimitados en las sentencias antes analizadas. El límite que ahora se explora se refiere a los contenidos que no pueden ser limitados de todos los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas. La definición de los contenidos no limitables depende de la ponderación que se lleve a cabo en cada caso, como se explicó en la sentencia citada en líneas anteriores:

“Los derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía. En estos conflictos, sin embargo, los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, *prima facie*, en virtud al principio de ‘*maximización de la autonomía*’”.

2.6.3. Criterios para resolver tensiones entre la autonomía de las comunidades indígenas y otros principios y derechos constitucionales

El reconocimiento del derecho colectivo de las comunidades indígenas a la autonomía o libre determinación no ha sido del todo pacífica; su garantía ha generado tensiones frente a los derechos individuales subjetivos de corte liberal reconocidos también por la Constitución, así como frente al principio de unidad.⁷⁰ La Corte Constitucional ha desarrollado varios criterios dirigidos a resolver esta tensión entre la diversidad y la unidad en los casos concretos, como a continuación se analiza:

2.6.3.1. En primer lugar, la Corte ha señalado que los conflictos deben resolverse **a favor del principio de maximización de la autonomía**, es decir, los jueces y las demás autoridades deben favorecer el derecho de las comunidades a la autonomía, salvo cuando **(i)** esté de por medio un derecho fundamental de uno de sus miembros u otro principio constitucional que adquiera mayor peso en la ponderación que se lleva a

⁶⁹ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

⁷⁰ Esta tensión ha sido reconocida por la Corte en varios pronunciamientos. Por ejemplo, en la sentencia T-254 de 1994, la Corte afirmó: “Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal.”

cabo en el caso concreto⁷¹ o (ii) la restricción de la autonomía constituya la medida menos gravosa posible.⁷²

En este sentido, en la sentencia T-349 de 1996⁷³, la Corte explicó que este criterio se basa en la premisa de que “sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”.⁷⁴ Posteriormente, al aplicar específicamente este principio en un conflicto entre la autonomía de las comunidades indígenas y la libertad religiosa, en la sentencia SU-510 de 1998⁷⁵, la Corporación sostuvo que solamente principios de valor superior al de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural pueden justificar una limitación de la autonomía de dichos pueblos. La Corte explicó:

“En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P., artículo 4º) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que **no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última,**⁷⁶ **como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste.**⁷⁷ En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, ‘**resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales;** de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad

⁷¹ Ver las sentencias T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷² Ver las sentencias T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En este último fallo la Corte expresó: “(...) la Corporación ha considerado que, frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional. Según la Corte, ‘sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural’, afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural (C.P., artículo 7º), como principio general, sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir (C.P., artículos 246 y 330).”

En esta misma sentencia, la Corte afirmó “(...) el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales constituye el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”, incluidas las comunidades indígenas”

⁷³ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁴ La Corte expresó: “Considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía; que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.”

⁷⁵ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁶ “ST-428/92 (MP. Ciro Angarita Barón); SC-139/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).”

⁷⁷ “Según la ST-254/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), las disposiciones constitucionales que permiten derivar la anterior conclusión resultan complementadas por los artículos 8º y 9º del Convenio N° 169 de la O.I.T. (Ley 21 de 1991), conforme a los cuales los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar y a conservar sus usos y costumbres, “siempre que éstos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.”

cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía.⁷⁸ (negrilla fuera del texto).

En relación con los valores de mayor monta que pueden dar lugar a la limitación de la autonomía de los pueblos indígenas, la Corte ha señalado que son, entre otros, el derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la responsabilidad individual por los actos y la proporcionalidad de la pena a la gravedad de la falta. Al respecto, en la sentencia SU-510 de 1998⁷⁹, la Corte explicó:

“49. Según la jurisprudencia de la Corte, en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos "a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre."⁸⁰

En primer lugar, tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29). En efecto, como lo ha manifestado la Corte, (1) sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; (2) los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado (Pacto de Derechos Civiles y Políticos [Ley 74 de 1968], artículo 4-1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos [Ley 16 de 1972], artículo 27-1 y 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3°; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas.

⁷⁸ “ST-349/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)”

⁷⁹ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁰ “ST-349/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).”

En segundo término, la Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad.”

2.6.3.2. En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional ha defendido el **principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos**, según el cual el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad, que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes. En esta última hipótesis deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión, es decir, la jurisprudencia ha invitado a establecer un dialogo intercultural.⁸¹

2.6.3.3. Por último, la Corte ha defendido el principio **a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía**. Según este principio, en el caso concreto debe sopesarse el grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena involucrada respecto de la cultura mayoritaria.⁸² Al respecto, en la sentencia T-349 de 1996⁸³, la Corte sugirió que en cada caso el juez debe examinar las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgan la misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos. Posteriormente, en la sentencia T-496 de 1996⁸⁴, la Corporación agregó que “el procedimiento de solución de conflictos entre unidad y autonomía debe atender a las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria (...)”. Más recientemente, en la sentencia T-514 de 2009⁸⁵, la Corte precisó que la idea de que las comunidades indígenas que se han asimilado en mayor medida a la cultura mayoritaria, deben también regirse en mayor medida por las leyes de la República en virtud del principio de unidad, debe tomarse como “una constatación descriptiva y no como un precepto normativo”. La Corte Constitucional explicó las razones de esta afirmación como sigue:

“A juicio de esta sala, la segunda parte de la formulación debe entenderse como una constatación descriptiva y no como un precepto normativo, pues es claro que la pérdida de ciertos aspectos de la cultura tradicional, *usos y costumbres*, modos de producción, formas de relacionarse con el ambiente, visiones religiosas por parte de una comunidad indígena, no puede servir

⁸¹ Ver sentencias T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-514 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸² Ver las sentencias C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁸³ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁴ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

de fundamento para disminuir su capacidad de decidir autónomamente sobre sus asuntos. Esa posibilidad sería incompatible con los principios constitucionales de *no discriminación e igual respeto por la dignidad de todas las culturas*.

La decisión de una comunidad indígena, con un grado escaso de conservación de sus tradiciones, en el sentido de iniciar un proceso de recuperación cultural debe ser respetada, de la misma forma y en el mismo grado que la decisión de otra comunidad, con alta conservación de sus tradiciones, de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria.

En conclusión, si de acuerdo con las consideraciones recién expuestas, el principio reiterado se interpreta integralmente como una constatación descriptiva, constituye una pauta interpretativa de gran utilidad para la ubicación y el acercamiento a casos concretos, pues expresa un hecho social que se proyecta en la labor del intérprete:

Las culturas con menor grado de conservación han incorporado categorías cognitivas y formas sociales propias de la cultura mayoritaria, así que el intérprete puede establecer el diálogo intercultural con mayor facilidad; por el contrario, cuando el intérprete se acerque a una cultura con un alto grado de conservación, requerirá establecer con mayor cautela este diálogo pues se enfrentará a formas de regulación social que pueden diferir sustancialmente de su concepción y formación jurídica”.

2.7. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la consulta previa es un derecho fundamental de titularidad grupal en cabeza de las comunidades étnicas, lo que significa una ruptura con la teoría tradicional de los derechos individuales de marcado corte individualista. Por ejemplo, en la sentencia T-428 de 1992⁸⁶, la Corte Constitucional reflexionó sobre el alcance de los derechos de las comunidades indígenas a propósito de la construcción de una importante troncal –la Carretera del Café– en parte del territorio de una comunidad, y puso en evidencia la naturaleza grupal de varios de sus derechos.

Con fundamento en el anterior pronunciamiento, en el que se reconoció el carácter grupal del derecho a la consulta previa, en varias sentencias

⁸⁶ M.P. Ciro Angarita Barón.

posteriores esta garantía se asimiló a los derechos colectivos reconocidos en la Carta en el capítulo III del título II (también denominados derechos de tercera generación por parte de la doctrina, con el fin de denotar su reconocimiento relativamente reciente en el derecho internacional de los derechos humanos), para cuya protección el Constituyente previó específicamente la acción popular.⁸⁷ La confusión fue aclarada en la sentencia T-380 de 1993⁸⁸, en la que Corte tuteló el derecho al territorio de la comunidad Emberá-Catío del río Chajeradó (Antioquia), especialmente su derecho a ser consultadas antes de que se llevara a cabo la explotación de recursos naturales renovables ubicados en su territorio, y precisó que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural implica el reconocimiento de “(...) **personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas** que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que les sean conculcados.”⁸⁹

En esta sentencia, la Corte también precisó que la titularidad grupal de un derecho por una comunidad étnica no puede confundirse con la naturaleza colectiva de otros derechos reconocidos en la Constitución o con el concepto de intereses difusos. Para la Corte:

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

⁸⁷ Esta afirmación fue hecha por la Corte en un momento en el que aún no había admitido la naturaleza fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales, y de los derechos colectivos, tales como el derecho al espacio público y a un ambiente sano, junto a los derechos civiles y políticos.

⁸⁸ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁹ La Corte también explicó: “8. La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (CP art. 1 y 7).

(...)

(...) El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.”

Esta postura ha sido ratificada en sentencias como la SU-039 de 1997⁹⁰ y T-652 de 1998⁹¹, en las que también se ha precisado que los derechos fundamentales de los grupos son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela.

En resumen, por ser la consulta previa una forma de participación que realiza el derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas e, incluso, su derecho a la supervivencia como grupo diferenciado,⁹² este mecanismo ha sido protegido por esta Corporación como un derecho fundamental, tanto en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad⁹³ como en sede de tutela⁹⁴, cuando se trata de la adopción de medidas normativas o administrativas que directamente conciernen a dichas comunidades.⁹⁵

A continuación se analizan los alcances de este derecho:

2.7.1. Tipos de decisiones que se deben consultar

En relación con **los alcances del derecho de consulta** de las comunidades étnicas previsto en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, en sentencia T-769 de 2009⁹⁶ la Corte reiteró los aspectos fijados en la sentencia C-030 de 2008, en los siguientes términos:

“i) La consulta, resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Igualmente, precisó que no todo lo concerniente ‘a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al

⁹⁰ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁹¹ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹² En la sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte explicó que “*en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios*”.

⁹³ Consúltese, entre otras, las sentencias C-418 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹⁴ Consúltese, entre otras, las sentencias SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, T-737 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Gálvis y T-382 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁵ Sobre la naturaleza fundamental de este derecho se pueden ver, entre otras, las sentencias C-175 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-382 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-418 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

⁹⁶ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población’.

De lo anterior, se concluyó que ‘en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios’.

De manera que cuando se adopten medidas en aplicación del artículo 6 del Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de estos pueblos: “(...) el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, **y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta**”⁹⁷ (negrilla y subraya fuera de texto original).

De lo anterior se desprende que existen varios tipos de decisiones que se deben consultar:

2.7.1.1. *Decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros*

Sobre la naturaleza de este tipo de decisiones a consultar, la jurisprudencia ha tenido una evolución importante. Parte importante de la jurisprudencia en la materia se ha concentrado en **medidas administrativas –especialmente licencias ambientales y contratos de obra o concesión- ligadas a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas**, particularmente decisiones que permiten la explotación o el aprovechamiento de recursos naturales ubicados en sus territorios. Por ejemplo, en la **sentencia SU-039 de 1997**⁹⁸, la Corte tuteló el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena U’wa, debido a que el Ministerio de Medio Ambiente había otorgado licencia ambiental a Occidental de Colombia Inc. para realizar actividades de explotación de hidrocarburos en áreas del resguardo de la comunidad, sin llevar a cabo un proceso previo de consulta.

⁹⁷ Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹⁸ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Un año más tarde, en la sentencia T-652 de 1998⁹⁹, la Corte tuteló el derecho a la consulta previa del pueblo Embera del Alto Sinú debido a que las autoridades ambientales habían otorgado licencia ambiental para la construcción de una represa en su territorio sin consultarlos previamente.¹⁰⁰

También es necesario resaltar la sentencia T-769 de 2009¹⁰¹, en la que la Corte tuteló el derecho a la consulta previa, entre otros, de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó, debido a que se había concedido autorización a la Compañía Muriel Mining Corporation para la exploración y explotación de una mina de cobre, oro y molibdeno en los departamentos de Antioquia y Chocó, proyecto Mandé Norte, sin consultar con antelación a sus miembros. En consecuencia, la Corporación ordenó suspender las actividades de exploración y explotación hasta que no fuera agotada la consulta y se materializara el consentimiento libre, informado y previo.

Posteriormente, en la sentencia T-547 de 2010¹⁰², en la que la Corte revisó los fallos de instancia dictados dentro de la acción de tutela interpuesta por pueblos Kogi, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta contra los ministerios de Interior y Ambiente y otras autoridades, con ocasión del inicio de las obras de Puerto Brisa, la Corte precisó que los actos administrativos que preceden el desarrollo de un proyecto de infraestructura –en ese caso portuaria, como la respectiva licencia ambiental, así como la ejecución misma del proyecto, deben ser consultados previamente a las comunidades étnicas, no solamente cuando el proyecto se ubica dentro de los resguardos de las comunidades, sino también **cuando se planea realizarlos en territorios de usos ancestrales y donde las comunidades desarrollan prácticas tradicionales.**

Luego, en la sentencia T-745 de 2010¹⁰³, la Corte tuteló los derechos de la comunidad afrocolombiana asentada en la isla Barú a la participación y a la consulta previa, debido a que la alcaldía de Cartagena celebró el contrato de concesión vial N° VAL-02-06 con el Consorcio Vial Isla Barú para el estudio, diseño y construcción de la vía transversal Barú y de

⁹⁹ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰⁰ La Corte afirmó: “En conclusión, la Corte estima que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I se cumplió en forma irregular, y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacerse. Así, no sólo resultaron vulnerados el derecho de participación (C.P. art. 40-2 y párrafo del art. 330), el derecho al debido proceso (C.P. art. 29), y el derecho a la integridad de este pueblo (C.P. art. 330), sino que se violó el principio del respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana consagrado en el artículo 7 Superior, y se viene afectando gravemente el derecho a la subsistencia de los Embera del Departamento de Córdoba (C.P. art. 11), a más de que el Estado incumplió los compromisos adquiridos internacionalmente e incorporados al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.”

¹⁰¹ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁰² M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰³ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

las entradas a los puertos de los poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú, sin llevar a cabo previamente el proceso de consulta a la comunidad. Por ello se ordenó suspender la ejecución del proyecto hasta que se realizará la respectiva consulta.

En la sentencia T-1045A de 2010¹⁰⁴, la Corte amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad afrocolombiana perteneciente al Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca, el cual había sido vulnerado por el otorgamiento un particular de una concesión minera para la explotación aurífera, dentro del territorio de su asentamiento ancestral.

Por último, en la sentencia T-129 de 2011¹⁰⁵, la Corte amparó los derechos a la consulta previa y a la integridad y supervivencia cultural, entre otros, de la etnia Embera-Katío ubicada en los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito, departamento de Chocó, ya que varias entidades públicas como los ministerios de Ambiente, Interior y Minas, Codechoco y las alcaldías de municipios como Acandí y Ungía, por acción u omisión, permitieron que se adoptarán decisiones como (i) dar inicio a la construcción de una carretera para la conexión de Colombia y Panamá que se planea en el resguardo, y (ii) conceder permisos mineros y permitir la explotación minera en el área de influencia del pueblo Embera-Katío sin llevar a cabo primero un proceso de consulta. Por ello se ordenó suspender todas las actividades de prospección, exploración - legal e ilegal- o similares en materia minera que puedan afectar a las comunidades indígenas, así como la construcción de la carretera. En este caso, la Corte además precisó que la consulta debe hacerse antes no sólo de comenzar la exploración de los recursos naturales, sino **antes de llevar a cabo las actividades de prospección.**

2.7.1.2. Presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional

De acuerdo con la sentencia C-461 de 2008¹⁰⁶, la consulta previa también debe realizarse antes de la **elaboración de los presupuestos y la ejecución de proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional** que afecten directamente a las comunidades indígenas. Por ello la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 1151 de 2007 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, “en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la

¹⁰⁴ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁰⁵ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional”.¹⁰⁷

2.7.1.3. Decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades

La jurisprudencia constitucional también ha precisado, de la mano con la “Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT”, que las decisiones relacionadas con la prestación del servicio público de educación dentro de los territorios de las comunidades étnicas deben someterse a consulta previa. Así, en la sentencia T-116 de 2011¹⁰⁸, la Corte tuteló los derechos a la consulta previa y a la cultura, entre otros, de la comunidad indígena Páez de la Gaitana, departamento del Cauca, por cuanto la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes, la cual atendía un porcentaje importante de miembros de la comunidad, había sido declarada establecimiento educativo oficial por el Decreto 0591 de 2009 y, por tanto, excluida de la política de etnoeducación, sin que se consultara previamente a la comunidad. En este caso el Ministerio de Educación –una de las entidades demandadas– alegaba que el colegio no se ubicaba dentro del territorio de la comunidad y que por ello no era necesaria la consulta. La Corte, por el contrario aclaró que “al tenor del artículo 6 del Convenio 169 de OIT, **la obligación de adelantar la consulta previa se activa en presencia de cualquier medida que afecte directamente a una comunidad étnica y no solamente con aquellas que se ejecuten en su territorio**” (negrilla fuera del texto).

2.7.1.4. Medidas legislativas

A partir del año 2001, la Corte comenzó a discutir si el deber de consulta previa se extendía a los **proyectos de ley**. **En un comienzo la Corte adoptó una postura restringida** y aseguró que dado que ni la Constitución ni la ley orgánica que regula el procedimiento legislativo exigen la consulta previa en el procedimiento de aprobación de un proyecto ley, la consulta no es necesaria en estos casos. Así, en la sentencia C-169 de 2001¹⁰⁹, en la que se analizó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria por el cual se creó una circunscripción

¹⁰⁷ El demandante alegaba que las minorías indígenas en el Congreso no han podido surtir una incidencia efectiva sobre la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo en forma tal que éste sea sensible a los intereses de los grupos étnicos del país; y señala que “como comunidades indígenas no podemos estar de acuerdo con iniciativas preparadas desde un escritorio por funcionarios que desconocen nuestras costumbres, nuestra cultura, la forma en que nos relacionamos con la tierra y con los recursos naturales, quienes por mejor intención que tengan, no podrán entender la visión de desarrollo o nuestro concepto de bienestar que hace parte de la autodeterminación que tenemos como pueblos legalmente reconocidos. En nuestra condición de minorías (...) es que hoy accionamos para que se nos reivindique el derecho de participar en la planificación de nuestro desarrollo”.

¹⁰⁸ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰⁹ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

electoral especial para que las comunidades afrocolombianas, la Corte consideró que la omisión de consulta no viciaba la constitucionalidad de la ley.¹¹⁰

En pronunciamientos más recientes, **la Corte abandonó esta posición.** En efecto, en la sentencia C-030 de 2008¹¹¹, la Corporación declaró inexecutable la Ley Forestal –Ley 1021 de 2006 – por no haber sido consultada a las comunidades afrocolombianas e indígenas antes de su aprobación legislativa, pese a que ninguna ley o decreto ordenaba la consulta de manera explícita.¹¹² La Corte expresó:

“En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT deberá surtir en los términos previstos en la Constitución y en la ley.”

Posteriormente, en la sentencia C-175 de 2009¹¹³, la Corte declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007, “*por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones*” por no haberse surtido la consulta previa. En esa oportunidad, se precisó:

“38. La Ley 1152 de 2007 configura una regulación integral y sistemática sobre el desarrollo rural y el uso y aprovechamiento de la propiedad agraria, régimen jurídico que debió someterse al trámite de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, en razón de la especial connotación que el territorio tiene para estos pueblos, al igual que por la existencia

¹¹⁰ En esta primera oportunidad, la Corte expresó textualmente lo siguiente: “Lo que resulta de especial importancia para el caso presente, es que ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas como la que se estudia. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T., es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas. En criterio de la Corte, ello no desconoce los límites de la discrecionalidad que este tratado otorga a sus Estados Partes, puesto que cada una de ellas pretende combinar la protección del territorio en que habitan estas etnias y la salvaguarda de su identidad particular, por una parte, con el fomento de su participación, por otra; lo cual, a todas luces, satisface el objetivo principal del Convenio referido.”

¹¹¹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹² Sin embargo, la Corte aseguró que su decisión no se apartaba del precedente fijado en la sentencia C-169 de 2001, pues en este caso la falta de consulta no fue demandada como un vicio del procedimiento legislativo –como ocurrió en la anterior sentencia–, sino como un vicio sustantivo previo al inicio del trámite de la ley y que se proyecta sobre su contenido. Pese a esta argumentación, en la práctica la Corte modificó la línea al establecer que la consulta previa de cualquier medida legislativa que afecte directamente a las comunidades étnicas es obligatoria aunque ninguna ley expresamente la disponga.

¹¹³ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

de disposiciones particulares y concretas en el EDR que los afectan directamente.

39. Sin embargo, de conformidad con los argumentos de índole fáctica recopilados en esta sentencia, la Corte pudo comprobar que las actividades desarrolladas por el Gobierno Nacional no cumplieron con las condiciones constitucionales de la consulta. En especial, los procesos de acercamiento fueron realizados de forma inoportuna, cuando el trámite legislativo ya se encontraba en curso, circunstancia incompatible con la vigencia del principio de buena fe en los procesos de consulta previa. Adicionalmente, no se comprobó que fuera adelantado un procedimiento preconsultivo con las comunidades tradicionales, tendiente a definir las reglas de deliberación del proceso de consulta previa. De este modo, resulta desacertado sostener que dichos acercamientos extemporáneos suplen el requisito de consulta previa, puesto que fueron ejecutados luego de haberse iniciado el trámite legislativo y en escenarios propios de éste. En ese sentido, responden a formas de participación democrática de carácter general, los cuales difieren de las modalidades concretas de incidencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes a las que se refiere el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, las cuales corresponde a un procedimiento sustantivo de índole constitucional, dirigido a satisfacer el derecho fundamental a la consulta previa, del cual son titulares las comunidades indígenas y afrodescendientes.

40. Debido a la pretermisión del requisito de consulta previa, la norma acusada deviene inexecutable en su integridad. Ello debido a que, en razón de constituir, por expreso mandato del Legislador, un régimen general y sistemático en materia de uso y aprovechamiento de los territorios rurales, (i) no resulta viable diferenciar entre las normas que afectan directamente a las comunidades y aquellas que no tienen ese efecto, amén de la posibilidad que en casos concretos cualquier disposición del EDR contraiga esa afectación; y (ii) la exclusión, en virtud de su inexecutable, de las normas que hagan referencia nominal a los pueblos indígenas y tribales, generaría un régimen discriminatorio en contra de los mismos, puesto que contribuiría a un déficit de protección jurídica, contrario a los derechos que la Constitución reconoce a dichas minorías étnicas.”

Más recientemente, en la sentencia C-702 de 2010¹¹⁴, la Corte extendió esta doctrina a los **actos reformativos de la Constitución** y declaró inexecutable el inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 01 de

¹¹⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2009, “*Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*”. A juicio de la Corte, el concepto de **medida legislativa** cobija los actos legislativos pues, en primer lugar, la finalidad que animó la expedición del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT fue la de asegurar la preservación de la cultura de las comunidades étnicas, a través de un mecanismo de participación eficaz. Así las cosas, la expresión “*medidas legislativas*” utilizada por el artículo 6° del Convenio 169, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. En segundo lugar, de acuerdo con una interpretación *pro homine*, la exégesis de la expresión “*medidas legislativas*” que debe ser escogida es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho fundamental de las comunidades étnicas.

Por último, en el derecho constitucional colombiano, la palabra *ley* no tiene un sentido unívoco y, por lo tanto, el adjetivo *legislativo* tampoco lo tiene. La expresión “*medidas legislativas*” no puede entenderse que concierne exclusivamente a las leyes en sentido formal; a la hora de hacer la exégesis de dicha expresión para determinar el alcance del derecho de consulta previa, es menester escoger la interpretación que permita hacer realidad el deber estatal de reconocimiento, garantía y promoción de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, así como lograr la efectividad del derecho a la consulta.

En resumen, de acuerdo con el Convenio 169, el mecanismo de consulta allí previsto debe surtirse no solamente cuando se trate de la explotación de recursos naturales existentes en territorios pertenecientes a las comunidades étnicas, sino también cuando involucre decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o comprometan intereses propios de dichas comunidades.

2.7.2. Finalidad de la consulta

La Corte ha precisado que la consulta previa tiene **la finalidad** de (i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas,

mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.¹¹⁵

Es por ello que en reciente jurisprudencia se ha resaltado que con la consulta previa se debe buscar el **consentimiento libre e informado** de las comunidades étnicas frente a las medidas que puedan afectar directamente sus intereses. Tal consentimiento es además indispensable cuando las medidas, entre otros casos extremos, “(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”.¹¹⁶ En estos casos, dada la gravedad de sus posibles consecuencias, el deber de las autoridades de llevar a cabo procesos de concertación con las comunidades étnicas se refuerza, sin que ello signifique en modo alguno que se dote a las comunidades de un poder de veto.

2.7.3. Características del proceso de consulta

En este punto, es preciso aclarar que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra ese instrumento y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de buena fe, “lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar.”¹¹⁷

Teniendo en cuenta la finalidad de la consulta previa, la Corte ha resaltado las siguientes características que debe tener el proceso que se adelanta con las comunidades étnicas:

¹¹⁵ Ver la sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹¹⁶ Ver sentencia T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹⁷ Sentencia T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

En primer lugar, en la sentencia SU-039 de 1997¹¹⁸, la Corte dejó claro que **no puede tener el valor de consulta previa “(...) la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales.** Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica” (negrilla fuera del texto original).

Por eso, en el caso que dio lugar a dicho pronunciamiento, la Corte estimó que una reunión de divulgación de un proyecto en la que no se brinda oportunidad a los representantes de las comunidades de pronunciarse, no puede hacer las veces de una consulta previa. En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-175 de 2009¹¹⁹, al indicar que las audiencias públicas en el trámite legislativo no agotan el requisito de consulta.

En segundo lugar, como se indicó en la sentencia C-461 de 2008¹²⁰, antes de llevar a cabo la consulta previa en estricto sentido, se deben realizar conversaciones preliminares –una especie de preconsulta- con la comunidad o comunidades concernidas, cuya finalidad es identificar las instancias de gobierno local y los representantes de la comunidad, así como socializar el proyecto, y concertar la metodología de la consulta. Al respecto se indicó lo siguiente en la sentencia citada:

“La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: ‘el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo’.”

En tercer lugar, la consulta **debe realizarse indefectiblemente antes de que se comience el proyecto de explotación (incluso desde la formulación del proyecto y antes del inicio de las actividades de prospección) o se tome la decisión normativa que concierne a las comunidades directamente.** La Corte precisó en la sentencia SU-039

¹¹⁸ *Ibídem.*

¹¹⁹ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

¹²⁰ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

de 1997¹²¹ que actuaciones posteriores a la adopción de la decisión no pueden subsanar el vicio que se genera por la ausencia de consulta previa.¹²² En el mismo sentido se manifestó la Corte en la sentencia C-702 de 2010¹²³, en la que afirmó que la omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier medida legislativa.

En cuarto lugar, la Corte ha precisado que el proceso de consulta debe **regirse por el mutuo respeto y la buena fe entre las comunidades y las autoridades públicas**. El que la consulta se rija por el principio de buena fe significa que los procesos de consulta no deben ser manipulados y que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, para lo cual es necesario que las comunidades sean dotadas de información suficiente y oportuna.

En quinto lugar, con miras a lograr que las comunidades étnicas estén plenamente informadas de la propuesta y sus implicaciones, y puedan tomar decisiones informadas, las autoridades que dirigen el proceso consultivo deben velar por que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los respectivos grupos.¹²⁴

En sexto lugar, para la Corte, **la consulta debe tener efectos sobre la decisión a adoptar**.¹²⁵ La efectividad de la consulta se refiere entonces al deber de las autoridades de dar valor a la palabra de las comunidades.

Así las cosas, para que la consulta previa cumpla con su finalidad y sea un mecanismo eficaz y útil de participación, es necesario que en su realización se adopten procedimientos apropiados que permitan la creación de espacios de negociación y de intervención de las instituciones representativas indígenas, que contribuya al desarrollo y a la resolución efectiva de los diferentes desafíos asociados con el respeto de los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de estos pueblos.

¹²¹ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹²² La Corte manifestó lo siguiente: “Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.

Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible.”

¹²³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹²⁴ Ver sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²⁵ Ver sentencia C-175 de 2009, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

2.8. EL ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2009 NO AFECTA DIRECTAMENTE A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y, POR TANTO, NO REQUERÍA CONSULTA PREVIA

El Acto Legislativo 02 de 2009 introdujo los siguientes dos incisos al artículo 49 de la Constitución sobre el derecho a la salud:

“El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.”

El reproche del demandante y de los intervinientes que lo apoyan se dirige principalmente contra la oración de apertura del inciso primero de la anterior cita, esta es, “[e]l porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, ya que –a su juicio- contiene una prohibición absoluta que únicamente admite una excepción: el consumo para fines médicos respaldado por una prescripción de un profesional en salud. Para el actor y los intervinientes que lo acompañan, esta prohibición cubre cualquier uso que no sea médico de la hoja de coca y otras plantas que contienen sustancias estupefacientes o sicoactivas; por tanto, proscribía los usos tradicionales de la hoja de coca, lo que conlleva una afectación de los valores culturales y religiosos de los pueblos indígenas, incluso de su supervivencia como grupos culturalmente diferenciados, razón por la cual la medida legislativa debía haberles sido consultada previamente. Vale la pena mencionar que aunque la censura se dirige a la primera proposición, la demanda se formula contra la proposición jurídica completa, es decir, contra la totalidad de la reforma.¹²⁶

¹²⁶ En este punto la demanda se diferencia de la que dio lugar a la sentencia C-574 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, en la que también se acusaba el Acto Legislativo 02 de 2009, pero por falta de competencia del Congreso para sustituir la Constitución. La Corte se inhibió, por cuanto el demandante solamente acusó la primera proposición del actual inciso sexto del artículo 49 superior, de modo que no conformó la proposición jurídica completa, lo que impidió que la Corte emitir un pronunciamiento de fondo, pues dicha proposición solamente puede entenderse en conjunto con el resto de la reforma.

La Sala observa que, en principio, una interpretación textual y aislada del precepto censurado confirmaría la afirmación del demandante y los intervinientes que lo acompañan. Sin embargo, acudiendo a los criterios de interpretación histórico, teleológico y sistemático, la Sala concluye que el precepto debe ser interpretado de una manera diferente, esta es: **(i)** el acto legislativo solamente proscribe el uso y consumo de sustancias estupefacientes y sicoactivas con el fin de prevenir y atacar la drogadicción como enfermedad y problema de salud pública¹²⁷; y **(ii)** en todo caso, la prohibición no es aplicable dentro de los territorios indígenas ni a los miembros de las comunidades cuando el porte y consumo está asociado con prácticas ancestrales, pues el artículo 49 superior, sobre el derecho a la salud y en el que se insertó la reforma, no hace parte de los derechos que limitan la autonomía de las comunidades indígenas, en los términos de la jurisprudencia constitucional. Estas ideas son desarrolladas a continuación:

2.8.1. Interpretación literal del precepto

El texto de la oración “[e]l porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica” –en el que se centra el reproche- **tiene dos contenidos normativos** claros: **(i)** la prohibición por regla general del porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, y **(ii)** una excepción a esta regla cuando el porte y consumo de dichas sustancias está soportado en una prescripción médica.

2.8.1.1. Para entender el alcance del primer contenido normativo, es necesario referirse a la definición de sustancias *estupefaciente* y *sicotrópica*.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, un estupefaciente es una “[s]ustancia narcótica que hace perder la sensibilidad; p. ej., la morfina o la cocaína”¹²⁸, mientras un sicotrópico es “(...) una sustancia psicoactiva: Que produce efectos por lo general intensos, hasta el punto de causar cambios profundos de personalidad.”

A nivel nacional, el artículo 2 de la **Ley 30 de 1986** define los estupefacientes como “(...) la droga no prescrita médicamente, que actúa sobre el sistema nervioso central **produciendo dependencia**” (negrilla fuera del texto), y los sicotrópicos como “(...) la droga que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo efectos neuro-psico-fisiológicos”.

A nivel internacional, la **Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes** de las Naciones Unidas, enmendada en 1972, define

¹²⁷ Esta conclusión ya había sido esbozada en la sentencia C-574 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, como se examinará más adelante.

¹²⁸ Cfr. Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, Madrid, 2001, Tomo I.

en su artículo 1 –literal j)- los estupefacientes así: “(...) cualquiera de las sustancias de las Listas I y II, naturales o sintéticas”. Las listas referidas, según el literal u) del mismo artículo, son las que se anexan a la Convención y están sujetas a modificaciones periódicas por la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, según lo dispuesto en los artículos 3 y 8 *ibídem*.¹²⁹

Por otra parte, la **Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971** define las sustancias sicotrópicas como aquellas que “(...) producen estimulación o depresión del sistema nervioso central y que tienen como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio o del comportamiento o de la percepción o del estado de ánimo” (artículo 2.4) y remite a las listas anexas al instrumento que enuncian varias de esas sustancias (artículo 1.e) que pueden ser actualizadas por la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (artículo 2).

En la actualidad, en la lista I de la Convención Única sobre Estupefacientes se encuentra la hoja de coca, planta empleada por varios pueblos indígenas con propósitos médicos, religiosos y alimenticios; la consideración de la hoja de coca como estupefaciente en el marco de la Convención es confirmada por el artículo 2.7¹³⁰, según el cual el cultivo del arbusto de coca debe ser objeto de medidas de fiscalización generales, y otras particulares definidas en los artículos 26 y 27 *ibídem*¹³¹. Por tanto, a partir de la Convención Única sobre Estupefacientes, la hoja de coca es una sustancia estupefaciente.

¹²⁹ Las sustancias consideradas estupefacientes según la lista I, en los términos del artículo 2 de la Convención, están “(...) sujetos a todas las medidas de fiscalización aplicables a los estupefacientes en virtud de la presente Convención y, en particular, a las previstas en los artículos 4 c, 19, 20, 21, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 37”, y las de la lista II están cobijadas por las mismas medidas de fiscalización, “(...) salvo las medidas prescritas en el artículo 30, incisos 2 y 5, respecto del comercio al por menor”.

¹³⁰ Este precepto indica: “7. La **adormidera**, el **arbusto de coca**, la planta de cannabis, la paja de la adormidera y las hojas de la cannabis estarán sujetos a las medidas de fiscalización prescritas en el apartado e del párrafo 1 del artículo 19, en el apartado g del párrafo 1 del artículo 20, y en los artículos 19, 20, 21 *bis* y 22 a 24; 22, 26 y 27; 22 y 28; 25; y 28 respectivamente” (negrilla fuera del texto).

¹³¹ Estas disposiciones señalan:

“Artículo 26 - EL ARBUSTO DE COCA Y LAS HOJAS DE COCA

1. Las Partes que permitan el cultivo del arbusto de coca aplicarán al mismo y a las hojas de coca el sistema de fiscalización establecido en el artículo 23 para la fiscalización de la adormidera; pero, respecto del inciso 2 d de ese artículo, la obligación impuesta al Organismo allí aludido será solamente de tomar posesión material de la cosecha lo más pronto posible después del fin de la misma.

2. En la medida de lo posible, las Partes obligarán a arrancar de raíz todos los arbustos de coca que crezcan en estado silvestre y destruirán los que se cultiven ilícitamente.

Artículo 27 - DISPOSICIONES SUPLEMENTARIAS REFERENTES A LAS HOJAS DE COCA EN GENERAL

1. Las Partes podrán autorizar el uso de hojas de coca para la preparación de un agente saporífero que no contenga ningún alcaloide y, en la medida necesaria para dicho uso, autorizar la producción, importación, exportación, el comercio y la posesión de dichas hojas.

2. Las Partes suministrarán por separado previsiones (artículo 19) e información estadística (artículo 20) respecto de las hojas de coca para la preparación del agente saporífero, excepto en la medida en que las mismas hojas de coca se utilicen para la extracción de alcaloides y del agente saporífero y así se explique en la información estadística y en las previsiones.”

Adicionalmente, la **Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988**, incluye dentro de las sustancias cuyo tráfico prohíbe el “arbusto de coca”,

2.8.1.2. Por otra parte, en relación con el segundo contenido normativo –“salvo prescripción médica”, la Sala observa que aunque es cierto que el consumo de hoja de coca puede estar ligado a prácticas médicas tradicionales, el precepto acusado, al exigir “prescripción médica”, excluye tales prácticas, pues hace referencia a la orden de un médico en términos occidentales, es decir, a una prescripción de quien ha obtenido un título profesional en medicina.

2.8.1.3. En este orden de ideas, a partir de una interpretación literal y aislada del precepto, la Sala podría concluir que proscribiera de forma absoluta el porte y consumo de la hoja de coca como sustancia estupefaciente.

2.8.1.4. Sin embargo, como precisó esta Corporación en la sentencia C-574 de 2011, **la proposición bajo escrutinio debe interpretarse en conjunto con las proposiciones que la siguen y debe hallarse la relación lingüística que tiene con ellas.** A partir de las relaciones entre estas proposiciones, en el fallo aludido, la Corte concluyó que la prohibición se aplica exclusivamente a la drogadicción como problema de salud pública y no tiene consecuencias de tipo sancionatorio. La Corte explicó:

“5.4.5. La segunda oración del inciso sexto que señala que *“Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias”*, da lugar a varias interpretaciones. En primer término que se trata de una norma remisoria, ya que se establece que será el legislador el que establezca las medidas administrativas de carácter preventivo y rehabilitador. En segundo lugar, que dichas medidas solo podrían tener un carácter “preventivo” y “rehabilitador”.

5.4.6. Igualmente que dichas medidas de orden administrativo serán de carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico. Teniendo en cuenta las definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, por “pedagógico” se entiende *“aquellas medidas tendientes a educar o enseñar con claridad”*; por “profiláctico” se entiende desde el punto de vista médico *“aquella parte de la medicina que tiene por objeto la conservación de la salud y la preservación de la enfermedad”*, y por “terapéutico” se refiere a *“tratamientos empleados en diversas enfermedades somáticas y psíquicas que tienen como finalidad rehabilitar al paciente haciéndole realizar las*

definida como “(...) la planta de cualesquiera especies del género *Erythroxylon*” (artículo 1.c) . Además, dispone que los estados parte deben adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar como delito conductas como las siguientes, cuando sean cometidas internacionalmente: “El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con el objeto de producir estupefacientes (...)” (artículo 1.a.ii).

acciones y movimientos de la vida diaria". Por otra parte, la segunda oración del inciso sexto del artículo 49 establece que dichos tratamientos y medidas estarán dirigidas a "...las personas que consuman dichas sustancias".

5.4.7. La última oración del inciso sexto del artículo 49 de la C.P. establece que, "*El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto*". Sobre esta tercera parte del artículo se presentan dos conceptos que deben ser interpretados de acuerdo a lo que se ha establecido en la jurisprudencia constitucional. En primer lugar lo que se refiere al "*consentimiento informado*" y en segundo término lo que se entiende por "*adicto*".

(...)

5.4.11. Por otra parte, en cuanto al concepto de "adicto", el diccionario de la Real Academia Española establece que es aquella persona que "*está dominada por el uso de alguna droga o por la afición desmedida a ciertos juegos*". En el caso de la adicción a las drogas se habla de farmacodependencia o drogadicción. En esta materia la jurisprudencia constitucional ha establecido desde el año 2002¹³² y en una línea jurisprudencial continuada que la '*drogadicción es una enfermedad que consiste en la dependencia de sustancias que afectan el sistema nervioso central y las funciones cerebrales, produciendo alteraciones en el comportamiento, la percepción, el juicio y las emociones*'¹³³.

5.4.12. Resulta también ilustrativo lo que se estableció en la Sentencia T-814 de 2008¹³⁴, en donde se dijo que, '*la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectado...*'. En esta misma jurisprudencia se citó la Sentencia T- 684 de 2002 en donde se estableció que en materia de adicción a sustancias psicoactivas el individuo tiene derecho a ser beneficiario de los programas de salud que ofrece el Estado. En dicha Sentencia se dijo que, '*Es claro que dentro de nuestro Estado social de derecho existe*

¹³² Ver, entre otras, sentencias T-684 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-696 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-591 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-002 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

¹³³ "Sentencia T-094 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao)".

¹³⁴ "M.P. Rodrigo Escobar Gil."

este mandato de optimización a favor de las personas con estado de debilidad psíquica en virtud de su drogadicción crónica’.

5.4.13. Del mismo modo en la Sentencia T-814 de 2008 se indicó que,

‘es dable afirmar que quien sufre de fármacodependencia es un sujeto de especial protección estatal, pues a la luz de la Carta Política y de la jurisprudencia constitucional, se trata de una persona que padece una enfermedad que afecta su autonomía y autodeterminación, pone en riesgo su integridad personal y perturba su convivencia familiar, laboral y social. Así las cosas la atención en salud que se requiera para tratar efectivamente un problema de drogadicción crónica, debe ser atendida por el Sistema integral de seguridad social en salud, bien a través de las empresas promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado o mediante instituciones públicas o privadas que tengan convenio con el Estado’¹³⁵.

5.4.14. Finalmente, como se recordó en la Sentencia T-1116 de 2008, en el Plan Nacional de Salud Pública adoptado por el Decreto 3039 de 2007, se dijo que la adicción a sustancias psicoactivas es un problema de salud pública, que en las etapas de prevención y tratamiento, involucran en su prestación al nivel nacional, los entes territoriales y las EPS.

5.4.15. Teniendo en cuenta lo anterior se puede concluir nuevamente que desde una interpretación literal del apartado demandado, hay lugar a inferir que la prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, salvo prescripción médica, que en un principio parece como absoluto, podría estar limitado ya que se establece que éstas medidas de índole administrativo se establecerán solamente con fines preventivos y rehabilitadores de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias y que el sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto, circunstancia que atenuaría la prohibición sin limitaciones del porte y consumo de estas sustancias.”

¹³⁵ “En el Plan Nacional de Salud Pública, adoptado por el Decreto 3039 de 2007, se dijo que la adicción a sustancias”.

2.8.1.5. Por tanto, tal como se indicó en la sentencia C-574 de 2011, la prohibición contenida en la primera proposición del actual inciso sexto del artículo 49 se ve atenuada desde el punto de vista lingüístico por la proposiciones que le siguen y que limitan la proscripción al porte y consumo en el marco de la drogadicción como enfermedad y problema de salud pública.

2.8.2. Interpretación histórica¹³⁶ y teleológica

Como se demuestra en los apartes de la exposición de motivos y en los antecedentes legislativos que a continuación se citan, el propósito del Gobierno y del Congreso –órganos que participaron en la expedición de acto legislativo- fue **prohibir el porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicoactivas para prevenir y combatir la adicción o drogadicción como enfermedad, así como para frenar el comercio ilegal de dichas sustancias para el consumo como adicción**, en el marco de una preocupación desde la salud pública.¹³⁷

2.8.2.1. En efecto, en la **exposición de motivos** del proyecto de acto legislativo –Proyecto 285 de 2009, el Gobierno¹³⁸ manifestó que la razón que lo motivó para presentarlo fue el aumento del consumo de sustancias sicoactivas que se había presentado en los últimos años, como lo demostró el Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Hogares de Colombia divulgado en el segundo semestre de 2008 por el propio Gobierno.¹³⁹ Este aumento –en criterio del Gobierno- muestra

¹³⁶ En la sentencia C-574 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, la Corte definió la interpretación histórica así: “La **interpretación histórica**, consiste en analizar las propuestas y los debates que se dieron en el proceso de reforma constitucional para reconstruir de esta manera la intención aproximada del órgano reformador” (negrilla original).

¹³⁷ La Corte ha señalado que el criterio histórico o a interpretación originalista de la Constitución, si bien no puede ser un criterio hermenéutico principal, puede servir como criterio auxiliar para entender el alcance de los preceptos constitucionales.

¹³⁸ El proyecto fue presentado por intermedio del Ministerio del Interior y de Justicia y del Ministerio de la Protección Social.

¹³⁹ En la exposición de motivos se citan los siguientes resultados, se transcriben solamente los más importantes: “El estudio realizado en el segundo semestre del 2008 y dado a conocer a la opinión pública Nacional el 24 de febrero de 2009 por los Ministerios del Interior y de Justicia, Ministerio de Protección Social y la Dirección Nacional de Estupefacientes, el cual contó con apoyo de las Naciones Unidas, los Estados Unidos y la CICAD/OEA, corresponde a una encuesta de hogares en una población de 12 a 65 años de años de las ciudades con 30.000 o más habitantes. La muestra seleccionada fue de 46.000 hogares lográndose un total efectivo de 29.164 personas, lo que representa a 19.764.799 habitantes del país.

Se construyó un cuestionario que contiene preguntas para estimar la magnitud del uso tanto de drogas lícitas (tales como tabaco, alcohol, tranquilizantes y estimulantes sin prescripción médica) como drogas ilícitas (marihuana, cocaína, basuco, éxtasis, entre otras). También permite estudiar el uso problemático de alcohol mediante el test AUDIT (Test de Identificación de los Trastornos Debido al Consumo de Alcohol) de la Organización Mundial de la Salud, y también estimar el Abuso (mediante el cuestionario del DSM-IV) y Dependencia (mediante la CIE-10) de algunas drogas ilícitas. Por otra parte se indagó respecto de la facilidad de acceso a las drogas y si las personas han recibido o no oferta para comprar o usar drogas.

Los principales resultados de este estudio de 2008 son los siguientes:

(...)

(...) El grupo de edad con mayor prevalencia del último año de uso de drogas ilícitas es el de 18 a 24 años con cerca de 6%, seguido por el grupo de 15 a 34 años con un 3,9% y el de 12 a 17 años con un 3,4%. En cuanto a estratos socioeconómicos, el mayor consumo de drogas ilícitas en términos del uso reciente se encuentra en el estrato 4 con un 4,2%, seguido por los estratos 5 y 6 con un 2,9%, el estrato 3 con un 2,8% y los estratos 1 y 2 con un 2,4% cada uno de ellos.

que el consumo de dichas sustancias se ha convertido en un problema de salud pública, razón por la cual se requieren medidas para frenar el fenómeno.

Con fundamento en esta motivación, el Gobierno aseveró que el proyecto se basaba “(...) en especial, en razones de protección de la salud de la persona, como derecho constitucional fundamental” y con el fin de “(...) hacer efectiva la obligación a cargo del estado de adoptar las acciones y medidas necesarias para garantizar la protección y la recuperación de la salud de las personas”.¹⁴⁰

Adicionalmente, el propósito de prohibir el porte y consumo en el **contexto de la adicción¹⁴¹ y como negocio al margen de la ley**, bajo el entendido de que la adicción puede ser una enfermedad, se hizo evidente en otras afirmaciones de la exposición de motivos como las siguientes:

“(...) se impone al Estado, de un lado, la tarea de dedicar especial atención al **consumidor dependiente o adicto** como a los miembros de su grupo familiar, con el fin de fortalecerlo en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y de contera, a la comunidad, y del otro, desarrollar permanentemente **campañas de prevención contra el consumo de drogas y a favor de la recuperación de los enfermos dependientes o adictos.**

(...)

Cabe destacar la iniciativa que se somete a consideración del honorable Congreso de la República por el Gobierno Nacional, no pretende penalizar con medida privativa de la libertad al consumidor, sino acompañarlo con medidas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas que le ayuden a él y a su familia a superar sus dificultades. Si bien durante la vigencia de la Ley 30 de 1986, el porte y el consumo de cualquier estupefaciente era penalizado, lo cual significaba que a quien se le detuviera bajo los efectos de una droga psicoactiva, o se le descubriera la posesión de la misma, estaría destinado a ir a la cárcel; en esta ocasión, el Gobierno ha considerado pertinente proponer en

(...)

Comparando Colombia con el contexto Latinoamericano podemos observar que el país es considerado como de consumo intermedio, con cifras similares a Bolivia, superiores a Ecuador y Perú, pero inferiores a Argentina, Chile y Uruguay. Este indicador resulta altamente preocupante tomando en consideración que Colombia no estaba considerado como país consumidor y su tendencia actual es de consumo creciente”. *Cfr.* Gaceta del Congreso No. 161 del 25 de marzo de 2009.

¹⁴⁰ *Cfr.* Gaceta del Congreso No. 161 del 25 de marzo de 2009.

¹⁴¹ El artículo 2 de la Ley 30 de 1986 define la adicción así: “Es la dependencia de una droga con aparición de síntomas físicos cuando se suprime la droga.”

consonancia con su política nacional e internacional en la lucha contra este flagelo y dirigida a la protección de los derechos individuales y colectivos de la población, particularmente de los jóvenes y niños, así como con el compromiso de gobierno asumido por el Presidente de la República frente a sus conciudadanos, para que sea el legislador el que reglamente cómo se harán efectivas medidas especiales para quienes sean detenidos o capturados consumiendo sustancias alucinógenas o **adictivas** para uso personal, distinguiéndolos de aquellos que portan las sustancias prohibidas con fines de provecho económico ilícito”¹⁴² (negrilla fuera del texto).

Más adelante, el Gobierno manifestó que los objetivos del proyecto eran:

- “1. Prohibir el porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Aprobado el Acto legislativo, corresponderá al legislador desarrollar mecanismos y procedimientos que permitan **distinguir entre el consumidor y el delincuente que trafica y distribuye las drogas ilícitas.**
2. Garantizar la protección del derecho a la salud pública de la población amenazada por el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, considerando el deber que toda persona tiene a procurar el cuidado integral de su salud y el de la comunidad;
3. Que el legislador establezca medidas con carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico para quienes consuman dichas sustancias, pudiendo acompañar dichas medidas limitaciones temporales al derecho a la libertad, las cuales se harán efectivas en instituciones adaptadas para ello, sin que dichas limitaciones impliquen por sí mismas penas de reclusión en establecimientos carcelarios.
4. Que el Estado desarrolle en forma permanente, campañas de **prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes, y en favor de la recuperación de los enfermos dependientes o adictos,** y
5. Que el Estado dedique especial atención **al enfermo dependiente o adicto** y a su familia, para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y por ende de la comunidad”¹⁴³ (negrilla fuera del texto).

Para terminar, el Gobierno concluyó: “(...) **se hace necesaria una reforma constitucional que permita al legislador, con fines**

¹⁴² Cfr. Gaceta del Congreso No. 161 del 25 de marzo de 2009.

¹⁴³ Cfr. Gaceta del Congreso No. 161 del 25 de marzo de 2009.

preventivos y rehabilitadores, adoptar medidas para enfrentar la problemática actual en materia de consumo y porte de sustancias ilícitas que generan adicción y atentan contra la salud de la persona y la comunidad” (negrilla original).

Con fundamento en estas consideraciones, el Gobierno propuso el siguiente texto, en el que no se mencionaba ninguna excepción a la prohibición de porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicoactivas:

“El porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas está prohibido. Con fines preventivos y rehabilitadores, la ley establecerá medidas con carácter pedagógico, profiláctico o terapéutico para quienes consuman dichas sustancias. Por decisión de una instancia conformada por el sector salud y la rama judicial, estas medidas podrán estar acompañadas de limitaciones temporales al derecho a la libertad, y se harán efectivas en instituciones adaptadas para los fines propios de la prevención y la rehabilitación. Las limitaciones a la libertad que se llegaren a imponer, no implicarán de suyo la aplicación de penas de reclusión en establecimientos carcelarios.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.”

2.8.2.2. Luego, en el **informe de ponencia para primer debate**, los representantes Nicolás Uribe Rueda, Rosmery Martínez Rosales, Juan de Jesús Córdoba, Jaime Enrique Durán Barrera reiteraron que el propósito del proyecto era, no sancionar el porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicoactivas, sino evitar la adicción como enfermedad. Al respecto expresaron:

“El consumo de sustancias psicoactivas constituye prioridad sanitaria para el país teniendo en cuenta que directa o indirectamente representan un alto riesgo para la salud individual, la salud pública y lo más grave de todo: la **seguridad pública**.

La drogadicción es una enfermedad que consiste en la dependencia de sustancias psicoactivas que perturban el sistema

nervioso central y las funciones cerebrales, produciendo alteraciones en el comportamiento, la percepción, el juicio y las emociones”¹⁴⁴ (negrilla original).

Más adelante agregaron:

“Es necesario aclarar que el proyecto de acto legislativo que presentó el Gobierno Nacional y que pretende prohibir el porte y consumo de dosis personal de estupefacientes no establece una sanción penal, esto es, la fijación de una pena por la realización de una conducta reprochable, un delito; sino que, por el contrario, se limita a reconocer medidas pedagógicas o terapéuticas a los consumidores y para los adictos medidas de protección coactiva, en el entendido que estos constituyen un grupo marginado de la sociedad que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, es decir, aquellas personas que por sus problemas de drogadicción, requieren atención y tratamiento médico especializado por parte del Estado.”¹⁴⁵

2.8.2.3. Pese a que en la **ponencia para segundo debate**, el representante Jaime Enrique Durán Barrera solicitó el archivo del proyecto por considerar, entre otras razones, que “(...) la prohibición del consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, independientemente de la consecuencia que se le atribuya, sea la imposición de una pena o una medida de protección coactiva, no implica, según la experiencia reseñada, una disminución en el consumo”¹⁴⁶, en **segundo debate** – plenaria de la Cámara celebrada el 12 de mayo de 2009- se aprobó el proyecto **(i)** con la introducción de una excepción a la prohibición en casos en los que existe prescripción médica, y **(ii)** con la eliminación de la autorización de imponer limitaciones temporales a la libertad por tribunales mixtos o de tratamiento para los consumidores¹⁴⁷, con lo que se reitera que el proyecto se inspira en finalidades relacionadas con la salud pública y la prohibición que introduce solamente puede dar lugar a medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas.

2.8.2.4. En la **ponencia para tercer debate** en la Comisión Primera del Senado, los senadores Juan de Jesús Córdoba, Tarquino Pacheco

¹⁴⁴ Cfr. Gaceta del Congreso No. 240 del 24 de abril de 2009.

¹⁴⁵ Cfr. Gaceta del Congreso No. 240 del 24 de abril de 2009.

¹⁴⁶ Cfr. Gaceta del Congreso No. 281 del 6 de mayo de 2009.

¹⁴⁷ Ver Gaceta del Congreso No. 313 del 14 de mayo de 2009. El texto aprobado fue el siguiente: “El porte y consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores, la ley establecerá medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas para quienes consuman dichas sustancias.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.”

Camargo, Rosmery Martínez Rosales, Jaime Enrique Durán Barrera reiteraron que el proyecto persigue atacar la drogadicción como un problema de salud pública, y por ello de manera extensa explicaron las consecuencias de drogas populares como la cocaína, el éxtasis y la marihuana. Además, llamaron la atención sobre la necesidad de adoptar medidas terapéuticas, las cual vienen siendo ordenadas por los jueces de tutela del país. Al respecto, afirmaron:

“En definitiva, consideramos que las medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas para quienes consuman sustancias estupefacientes o psicotrópicas que señala el proyecto están en concordancia con los últimos fallos de los jueces de la República al amparar el derecho fundamental a la salud, nos atrevemos a concluir que los tratamientos de drogadicción son susceptibles de protección constitucional aunque no estén en el POS.

Las medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas con fines preventivos y rehabilitadores que contiene el Proyecto de Acto Legislativo es la respuesta a la sociedad colombiana y en especial al adicto, ya que consideramos que la drogadicción no solo implica un problema de salud, sino que afecta el derecho fundamental a la vida digna, tanto del paciente como de sus familiares.

La adicción debe ser tratada como una enfermedad crónica. Es decir, con procedimientos integrales y continuados.

Los magistrados en la Sentencia T-760 de 2008, señalan que la tutela procede en los casos de personas que están ¿en una situación de debilidad que no han podido superar por sí mismos, por lo que, indudablemente, requieren la ayuda de especialistas para continuar su existencia dignamente y evitar que su adicción empeore.

Por eso, ordenaron a la EPS que cuando el paciente lo pida lo atienda sin demora en las especialidades de psiquiatría, psicología, toxicología o cualquier otra que requiera para el manejo de su problema. Y no descartaron la hospitalización en un centro especializado, que es lo que no está contemplado en el POS.

Es por lo anterior que es imperativo dar primer debate al proyecto de Acto Legislativo No. 20 de 2009; queremos llamar la atención a nuestros colegas de la Comisión Primera de Senado para aprobar el presente proyecto, ya que si en este momento un compatriota adicto a sustancias estupefacientes o

psicotrópicas quisiera voluntariamente o a través de su familia consideran que se debe someter a un tratamiento terapéutico para rehabilitarse de este flagelo, deben acudir en sede de Tutela.”¹⁴⁸

Con fundamento en estas consideraciones, el proyecto fue aprobado en tercer debate, el 2 de junio de 2009,¹⁴⁹ con la adición de que para la toma de cualquier medida profiláctica, pedagógica o terapéutica se requiere el consentimiento informado del adicto.¹⁵⁰

2.8.2.5. En cuarto debate en el Senado, pese a la ponencia negativa presentada por el Senado Armando Benedetti Villaneda¹⁵¹, nuevamente se aprobó el proyecto con la adición del requisito del consentimiento informado del adicto.

2.8.2.6. Antes de culminar la primera vuelta, en el **informe de conciliación**, la respectiva comisión indicó las siguientes razones para acoger el texto aprobado en el Senado:

“Luego de un análisis detallado de los textos, cuya aprobación por las respectivas plenarias presenta diferencias, hemos acordado acoger la mayoría del texto aprobado por la plenaria del Senado, en el entendido que:

1. El texto aprobado en el Senado de la República, incorpora un eje central para la **política pública en materia de salud**, a los enfermos adictos a las sustancias estupefacientes o sicotrópicas.
2. De igual forma, la política pública **se concreta a través de tratamientos administrativos encaminados a cumplir una finalidad preferentemente pedagógica así como profiláctica y terapéutica.**
3. Agrega, el texto de Senado, un elemento esencial, cual es la voluntariedad del enfermo para someterse al programa previsto por el Estado.
4. El consentimiento en este caso, debe ser informado en los términos previstos en la jurisprudencia constitucional sobre la materia, es decir, habiendo sido expuesto, ante el enfermo, el

¹⁴⁸ Cfr. Gaceta del Congreso 446 del 9 de junio de 2009.

¹⁴⁹ Ver Gaceta del Congreso 446 del 9 de junio de 2009. El texto aprobado fue el siguiente: “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.”

¹⁵⁰ Ver Gaceta del Congreso 446 del 9 de junio de 2009.

¹⁵¹ Ver Gaceta del Congreso 476 del 10 de junio de 2009.

procedimiento del tratamiento, su duración y efectos”¹⁵²
(negrilla fuera del texto).

2.8.2.7. En el informe de ponencia para **quinto debate –primer debate de la segunda vuelta**, los representantes ponentes resaltaron que con las adiciones realizadas por el Senado al proyecto de acto legislativo y que fueron acogidas por la comisión de conciliación, se fortalece su cometido de “respeto por la autonomía y la voluntad de la persona afectada por la drogadicción”. Los ponentes además reiteraron que el propósito de la reforma no es punitivo, sino que parte de una preocupación desde la salud. Al respecto, recordaron:

“El consumo de sustancias psicoactivas constituye prioridad sanitaria para el país teniendo en cuenta que **directa o indirectamente representan un alto riesgo para la salud individual, la salud pública y lo más grave de todo: la seguridad pública.**

La drogadicción es una enfermedad que consiste en la dependencia de sustancias psicoactivas que perturban el sistema nervioso central y las funciones cerebrales, produciendo alteraciones en el comportamiento, la percepción, el juicio y las emociones”¹⁵³ (negrilla fuera del texto).

Más adelante, los representantes explicaron:

“Yendo más allá, este acto legislativo prohíbe el porte y el consumo de drogas, y para quienes las consumen en cantidades personales tiene previstas medidas pedagógicas y terapéuticas y para los adictos tiene previstas no penas sino medidas de protección coactiva.

Es urgente aclarar las cosas y así evitar que siga haciendo carrera esa tesis en los medios y en la opinión pública conforme a la cual algunos parlamentarios y el Gobierno son **PENALIZADORES** y abogan por la **PENALIZACIÓN** de la dosis personal, pues no es cierto.

Es necesario aclarar que el proyecto de acto legislativo que presentó el Gobierno Nacional y que pretende prohibir el porte y consumo de dosis personal de estupefacientes no establece una sanción penal, esto es, la fijación de una pena por la realización de una conducta reprochable, un delito; sino que, por el contrario, **se limita a reconocer medidas pedagógicas o terapéuticas a los consumidores y para los adictos medidas**

¹⁵² Cfr. Gaceta del Congreso No. 527 del 18 de junio de 2009.

¹⁵³ Cfr. Gaceta del Congreso No. 782 del 26 de agosto de 2009.

de protección coactiva, en el entendido que estos constituyen un grupo marginado de la sociedad que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, es decir aquellas personas que por sus problemas de drogadicción, requieren atención y tratamiento médico especializado por parte del Estado.

Por lo anterior, debe quedar muy claro que este acto legislativo no pretende penalizar la dosis personal sino **prohibirla y acompañar a quienes sufren estados de alteración derivados del consumo de estupefacientes, de medidas de protección que conserven su dignidad y su vida.** A través de estas medidas de protección previstas en el acto legislativo lejos de estimarse a las personas como objeto de una política perfeccionista del Estado o como la imposición de un modelo de virtud, se busca su curación y rehabilitación.

Las medidas de protección coactivas previstas en el acto legislativo a favor de los drogadictos no corresponden entonces a una reacción del Estado frente a una conducta reprochable ni al desarrollo de una política perfeccionista del ser humano, sino **al cumplimiento del deber que le asiste de prestarle los servicios de rehabilitación a aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta lo requieran**¹⁵⁴ (negrilla fuera del texto).

Pese a que los representantes Jaime Enrique Durán Becerra, Rosmery Martínez Rosales y River Franklin Legro Segura solicitaron el archivo del proyecto¹⁵⁵, el texto propuesto fue aprobado sin ninguna modificación por la Comisión Primera de la Cámara.¹⁵⁶

2.8.2.8. Luego, en la ponencia para **sexto debate** en la Plenaria de la Cámara de Representantes, los representantes Rosmery Martínez Rosales, Juan de Jesús Córdoba, Jaime Enrique Durán Barrera, Carlos Enrique Ávila Durán y River Franklin Legro Segura reiteraron el enforque de salud del proyecto al afirmar “[e]s decir que con este proyecto no solo NO SE PENALIZA EL PORTE Y CONSUMO DE ESTUPEFACIENTES sino que además **se establece por primera vez en un proyecto de Acto Legislativo en el país, que el problema de la drogadicción y la enfermedad de la drogadicción es un problema de salud pública**”¹⁵⁷ (negrilla fuera del texto). Con fundamento en estas consideraciones, el texto fue aprobado por la plenaria sin ninguna modificación.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Cfr. Ib.

¹⁵⁵ Ver Gaceta del Congreso No. 926 del 21 de septiembre de 2009.

¹⁵⁶ Ver Gaceta del Congreso No. 1.211 del 27 de noviembre de 2009.

¹⁵⁷ Cfr. Gaceta del Congreso No. 1.055 del 20 de octubre de 2009.

¹⁵⁸ Ver Gaceta del Congreso No. 1.144 del 10 de noviembre de 2009.

2.8.2.9. En el informe de ponencia para **séptimo debate** en la Comisión Primera del Senado, se explicó el debate que ha suscitado el proyecto entre los Congresistas, así:

“En el curso de la discusión del proyecto en el primer debate de la primera vuelta en la Comisión Primera del Senado, surgió una propuesta intermedia entre la tradicional posición del Gobierno de sancionar el porte y el consumo de la llamada Dosis Personal y la posición de quienes defienden la tesis de la Sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional, que despenalizó tales comportamientos.

La propuesta intermedia consiste en prohibir el porte y consumo pero no sancionar al adicto, sino someterlo, siempre y cuando este de acuerdo, a tratamiento pedagógico, profiláctico o terapéutico, según sus necesidades.

Esta propuesta tiene la gran ventaja de que en su desarrollo legal podrá orientarse a sancionar de manera drástica a quienes distribuyen la droga o inducen a los demás, especialmente si son menores de edad, a consumir.”¹⁵⁹

A continuación, los senadores ponentes reiteraron los argumentos sobre el enfoque de salud del proyecto en los mismos términos de la ponencia para quinto debate. Con fundamento en estas consideraciones, el texto fue nuevamente aprobado sin modificación.¹⁶⁰

2.8.2.10. Finalmente, en la ponencia para **octavo debate**, los senadores recordaron que el proyecto se inserta en el siguiente contexto:

“Es preciso, en consecuencia, adoptar normas superiores que aseguren la garantía de los principios constitucionales, dentro de los cuales subyace el de **la protección de los derechos fundamentales, como el de la salud, al igual que con el deber que toda persona tiene a procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.** Y que adicionalmente, una vez establecido el precepto superior, este faculte al legislador ordinario para que adopte medidas que se encaminen a la protección de ese derecho y deber, amenazado o vulnerado, según el caso, por una conducta que, como el porte o el consumo en lugares públicos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso personal, en sí misma incumbe a toda la sociedad, al Estado y por supuesto, a quien la observa.

¹⁵⁹ Cfr. Gaceta del Congreso No. 1.182 del 11 de noviembre de 2009.

¹⁶⁰ Ver Gaceta del Congreso No. 1.215 del 30 de noviembre de 2009.

Se busca así, **garantizar la protección del derecho a la salud pública de la población amenazada por el consumo** en lugares públicos, y por el porte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, **considerando el deber que toda persona tiene a procurar el cuidado integral de su salud y el de la comunidad.**

Aunque el artículo 49 de la Carta Política se ocupa de consagrar la garantía a toda persona de su derecho al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, imponiendo obligaciones al Estado para su satisfacción conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, no deja de lado la responsabilidad correlativa, que a título de deber le corresponde a la persona misma, en cuanto sujeto de derechos y deberes lo es, y como miembro de la sociedad, cuando le impone procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Sin embargo, la norma constitucional carece de un mandato expreso que faculte al legislador para establecer, estrictamente con fines resocializadores y rehabilitadores, medidas a quienes porten o consuman en lugares públicos, sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso personal, en cuanto hacerlo puede poner en grave riesgo la salud de la persona y la salud de la comunidad.

Pero además, y dentro de ese propósito, es fundamental asignar al Estado la obligación de dedicar especial atención al adicto y a su núcleo familiar para prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y consecuentemente de la comunidad, para lo cual debe adelantar campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes, así como para la recuperación de los adictos.

Es por ello, que una política prohibitiva en materia de lucha contra el consumo y el porte de drogas, salvo prescripción médica, con normas preventivas y rehabilitadoras con medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas para quienes consuman dichas sustancias resulta benéfica¹⁶¹ (negrilla fuera del texto).

Durante el debate, el Senador Héctor Helí Rojas además dejó claro que el proyecto se dirige específicamente a los drogadictos y no a los

¹⁶¹ Cfr. Gaceta del Congreso No. 1.215 del 30 de noviembre de 2009.

consumidores ocasionales de sustancias estupefacientes y sicotrópicas. Al respecto, el Senado explicó:

“Pues yo lo que tengo que decir con todo respeto, es que este es un problema muy serio, que no se trata ni del chicharrón, ni de la cafeína, ni siquiera del alcohol, o del cigarrillo, aquí se trata de la vida y la salud de millones de colombianos, especialmente entre 15 y 27 años que son los que integran el 97% de los consumidores en Colombia, pero señores Senadores, sea lo primero decir lo siguiente:

Algunos critican el proyecto diciendo que cómo vamos a someter a tratamiento a los adictos, pero doctor Camilo Armando Sánchez Ortega, es que hay una confusión en esto, **hay que distinguir entre el adicto y el consumidor ocasional, como hay que distinguir entre el alcohólico y el consumidor social u ocasional.**

Para nada este proyecto se refiere a quien ocasionalmente consume sustancias estupefacientes o psicotrópicas, para nada, por la sencilla razón de que el consumidor ocasional no es un adicto y en consecuencia no necesita tratamiento, no necesita someterse a un tratamiento, el proyecto se refiere, únicamente a los adictos, pero aquí nos apoyamos también en Sentencias de la Corte Constitucional, para hablar de los adictos doctor Carlos Julio González Villa.

Usted que maneja tanto estos temas, es que en el adicto lo que encontramos señoras y señores Senadores, es una drogadicción crónica, una drogadicción crónica, la Corte Constitucional ha advertido, que esta drogadicción crónica, comillas, estoy leyendo la Sentencia C-309 del año 97, comillas, se considera como un trastorno mental o enfermedad psiquiátrica, como regla general, lo que dice la Corte Constitucional, en esta Sentencia.

Usted que conoce el tema, doctor Óscar Josué Reyes Cárdenas, no, pero es que así no se puede, se considera la drogadicción crónica como un trastorno mental o enfermedad psiquiátrica, como regla general, que se encuentra en este Estado ve alterada su autodeterminación, lo que pierde el drogadicto, el adicto es su capacidad de autodeterminación, su trastorno más que fisiológico, en la médula espinal y en el cerebro, es un trastorno psiquiátrico de profundas alteraciones en la personalidad.

Porque ese es un individuo que no puede autodeterminarse, y oigan bien, si no puede autodeterminarse, no puede

responsablemente liderar un plan de vida exitoso y no puede ejercer ese hermoso Derecho a Libre Desarrollo de su Personalidad, es un verdadero esclavo, no de otro ser humano, sino de la droga, de una sustancia que le impide autodeterminarse y por qué hago énfasis en esto, porque ante las personas que no pueden autodeterminarse, señor Presidente.”¹⁶² (negrilla fuera del texto).

Finalmente, pese a que el Senador Benedetti nuevamente solicitó el archivo del proyecto¹⁶³, el texto fue aprobado por la Plenaria del Senado sin ninguna modificación.¹⁶⁴

2.8.2.11. En conclusión, la voluntad del constituyente derivado al aprobar el Acto Legislativo 02 de 2009 fue proscribir el porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicoactivas **para evitar y combatir la adicción y el comercio ilícito de dichas sustancias como causa del fenómeno.** El Gobierno al presentar el proyecto de acto legislativo y el Congreso al aprobarlo partieron de las siguientes premisas: **(i)** la drogadicción es una enfermedad; **(ii)** el consumo creciente de drogas ilícitas y los altos índices de drogadicción mostrados por un reciente estudio del Gobierno Nacional evidencian que la farmacodependencia se ha convertido en un problema de salud pública; **(iii)** para atacar el problema es necesario prohibir el porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicoactivas, y acompañar esta prohibición con medidas pedagógicas, profilácticas y terapéuticas que permitan la recuperación del enfermo. Con fundamento en estas premisas, la prohibición en comento se ubicó en el artículo 49 de la Carta sobre el derecho fundamental a la salud.¹⁶⁵

¹⁶² Cfr. Gaceta del Congreso No. 22 del 2 de febrero de 2010.

¹⁶³ Ver Gaceta del Congreso No. 1.236 del 2 de diciembre de 2009.

¹⁶⁴ Ver Gaceta del Congreso No. 1.290 del 15 de diciembre de 2009.

¹⁶⁵ A una conclusión similar ya había arribado esta Corporación en la sentencia C-574 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, al examinar una demanda contra el mismo acto legislativo, pero bajo el cargo de falta de competencia del Congreso para sustituir la Carta Política. La Corte se inhibió por falta de suficiencia argumentativa y de formulación de la proposición jurídica completa; sin embargo, para llegar a la conclusión de que la demanda era inepta, comenzó por examinar el contenido del precepto, para lo que se valió, entre otros, del criterio histórico. Con fundamento en un análisis de la disposición a la luz de dicho criterio hermenéutico, la Corte afirmó:

“5.1.50 Sobre el trámite de este Acto Legislativo se comprueba que desde la Exposición de Motivos hasta la aprobación final de dicha reforma, se tiene en cuenta lo que se estableció en la Sentencia C-221 de 2004 desde su parte resolutoria, como lo que se establece en el Salvamento de Voto. Por otra parte se comprueba que en el trámite del proyecto de Acto Legislativo se hicieron reformas y adiciones. En el primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes se eliminó lo referente a las limitaciones temporales de la libertad para la internación en instituciones de salud decididas por el llamado ‘Tribunal Mixto o de Tratamiento’, en donde se conjugaban representantes del sector salud con representantes del sector justicia. Igualmente se constata que en el segundo debate en la Plenaria de la Cámara se introdujo la excepción de que dicha prohibición de porte y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas no se puede dar cuando se trata de ‘prescripción médica’.

5.1.51. Por otro lado en el tercer debate ante la Comisión Primera del Senado de la República se introdujeron dos modificaciones. En primer lugar, que las medidas y tratamientos pedagógicos, profilácticos o terapéuticos serán de **carácter administrativo**, y en segundo lugar que el sometimiento a estas medidas y tratamientos requerirá **‘el consentimiento informado del adicto’**. De esta manera se dice que se toma una posición intermedia en el tema del porte y consumo de estupefacientes” (negrilla original).

Como se puede observar, no fue intención ni del Gobierno ni del Congreso limitar los derechos a la identidad cultural o a la libertad religiosa de las comunidades indígenas, sino adoptar medidas para atacar y combatir la drogadicción.

2.8.3. Interpretación sistemática¹⁶⁶

A partir de un estudio del precepto como parte del artículo 49 superior y del ordenamiento constitucional en general, la Sala también concluye que la prohibición que contienen no es aplicable a las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas.

Para explicar las razones que conducen a esta afirmación, la sala examinará el significado de la proposición “[e]l porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica” (proposición sobre la que se centra el reproche del demandante y algunos intervinientes, como se indicó en apartes previos), a partir de su relación con **(i)** el resto del inciso del que hace parte; **(ii)** el texto completo del artículo 49 superior, en particular, con el inciso quinto, disposición que precede el texto que introduce la reforma; **(iii)** el resto de la Constitución, especialmente las disposiciones referidas a la autonomía y al autogobierno de las comunidades indígenas, y la jurisprudencia constitucional que se ha ocupado de su contenido, la cual fue resumida en secciones anteriores.

2.8.3.1. En primer lugar, la proposición bajo estudio se ubica dentro del actual inciso sexto del artículo 49 superior, cuyo texto completo es el siguiente:

“El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.”

Como se indicó en la sentencia C-574 de 2011, la lectura conjunta del inciso sexto conduce a la conclusión de que “(...) la prohibición del porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, salvo prescripción médica, se limitaría, ya que su regulación se difiere a la

¹⁶⁶ En la sentencia C-574 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, la Corte definió la interpretación sistemática así: “El método sistemático de interpretación consiste en averiguar el significado de las normas constitucionales a través del entendimiento del ordenamiento constitucional como un todo, que se deriva de la comparación del precepto con la norma o normas en las que se integra. Este tipo de interpretación posibilita una comprensión del contexto y de la conexión de las normas constitucionales entre sí” (referencias eliminadas).

ley, que únicamente establecerá dicha prohibición con fines preventivos y rehabilitadores.”¹⁶⁷ Más adelante, la Corporación agregó:

“Es decir, la prohibición de porte y consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, que en este caso funciona como supuesto de hecho, no puede tener un contenido deóntico completo ni puede ser entendido de manera clara y unívoca sino se relaciona con el resto del inciso que establece las consecuencias jurídicas del mandato, esto es, el establecimiento de medidas y tratamientos administrativos con fines preventivos y rehabilitadores de índole pedagógico, profiláctico y terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias, previo el consentimiento informado del adicto.”¹⁶⁸

Por último, la Corte concluyó:

“(…) En este sentido la prohibición del precepto que en un principio se considera como absoluta ya que se dice que *‘El porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica’*, debería ser interpretada teniendo en cuenta la segunda y la tercera parte del artículo que establece que *‘Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consumas dichas sustancias’* y que *‘El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto’*, para poder comprender de una manera integral el precepto, circunstancia que en la demanda no se presenta.”¹⁶⁹

En efecto, al comienzo, el inciso consagra una prohibición irrestricta de porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, y solamente se establece una excepción: el porte y consumo con prescripción médica. El precepto no señala explícitamente las consecuencias del incumplimiento de tal prohibición, pero indica que la ley establecerá medidas o tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, con fines preventivos y rehabilitadores para los adictos. La continuidad de las proposiciones lleva a la Sala a concluir que si bien el constituyente derivado no definió expresamente las consecuencias del incumplimiento de la prohibición, al referirse a continuación a las medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico que deberá el Legislador adoptar a favor de los adictos, cerró el abanico de posibilidades legislativas y redujo **las consecuencias del incumplimiento de la**

¹⁶⁷ Cfr. Consideración 5.2.5.

¹⁶⁸ Cfr. Consideración 5.2.11.

¹⁶⁹ Cfr. Consideración 5.2.13.

prohibición en materia de consumo al sometimiento del adicto a tales medidas administrativas. En consecuencia, la Sala confirma que la prohibición se dirige es al porte y consumo en el marco de la drogadicción como problema de salud pública.

2.8.3.2. En segundo lugar, el artículo 49 de la Constitución, como ha indicado esta Corporación, se ocupa de la salud y el saneamiento ambiental como derechos¹⁷⁰ y como servicios públicos. En su faceta de servicios, el artículo 49 dispone en el inciso segundo que están a cargo del Estado, quien debe **(i)** organizar, dirigir y reglamentar su prestación conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; **(ii)** establecer políticas para permitir su prestación por entidades privadas; **(iii)** ejercer vigilancia y control sobre la prestación; **(iv)** definir las competencias de la nación, las entidades territoriales y los particulares en la materia, así como fijar las contribuciones a su cargo. El inciso tercero se ocupa de la organización necesaria para prestar los servicios de salud, la cual describe como descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. El inciso cuarto reconoce el derecho de todas las personas a la atención básica y delega a la ley la definición de los términos bajo los cuales todas las personas recibirán dicha atención de forma gratuita y obligatoria. En inciso quinto, por su parte, se refiere al deber de los titulares del derecho a la salud de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad, con lo que la salud se ubica en el contexto de los derechos-deberes.

Como se precisó en la sentencia C-574 de 2011, el texto que introdujo el Acto Legislativo 02 de **2009 desarrolla el deber del cuidado integral de la salud**, de ahí que se ubicara a continuación del inciso quinto. La Corte llegó a las siguientes conclusiones en el referido fallo:

“5.2.9. Teniendo en cuenta la interpretación sistemática del inciso sexto con el resto del artículo 49 de la C.P. se desprenden varias conclusiones:

- i. Que la prohibición del porte y consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópicas para el sometimiento a medidas administrativas de orden pedagógico, profiláctico, terapéutico con el consentimiento informado del adicto, **se correspondería con el deber de procurar el cuidado integral de la salud de la persona y de la comunidad, contenido en el inciso quinto del artículo.**
- ii. Que no solamente se establecen las medidas pedagógicas, administrativas y terapéuticas para el adicto que consienta de forma informada someterse a dichas medidas y

¹⁷⁰ Sobre el derecho a la salud como derecho fundamental, ver la sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

tratamientos, sino que el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia, con el desarrollo permanente de campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y a favor de la recuperación de los adictos.

- iii. Por último, que el sometimiento a las medidas y tratamientos para los adictos y dependientes que porten y consuman sustancias estupefacientes y sicotrópicas, y que consientan de manera informada someterse a las medidas y tratamientos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, deberá proveerse por parte del Estado o por los particulares o por parte del sistema de salud de acuerdo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad” (negrilla fuera del texto).

En este orden de ideas, a partir de una interpretación sistemática del Acto Legislativo 02 de 2009 en el contexto del artículo 49 superior, la Sala concluye que su propósito es desarrollar el deber de los titulares del derecho a la salud de procurar el cuidado integral de su salud y el de la comunidad, precisamente con fundamento en la premisa de que la adicción es una enfermedad y un problema de salud pública. Estas consideraciones confirman que el precepto acusado tiene aplicación solamente en el marco de la drogadicción.

2.8.3.3. Por último, el texto de la reforma constitucional debe leerse en conjunto con el resto de disposiciones de la Constitución, en particular, con las que reconocen como principios fundantes de nuestro Estado Social de Derecho el respeto, protección y garantía del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural, y los que reconocen y protegen la identidad étnica y cultural y la autonomía de las comunidades indígenas como derechos fundamentales de titularidad grupal.

Como se indicó en apartes previos, una de las principales consecuencias de la adopción del pluralismo y el respeto y protección de la diversidad étnica y cultural del país como principios de nuestro ordenamiento constitucional, es el reconocimiento de los derechos de las comunidades étnicas al respeto y protección de su identidad cultural y a la autonomía o libre determinación. Estas garantías constitucionales otorgan a los pueblos indígenas, entre otras, las facultades de **(i)** preservar y desarrollar sus tradiciones y costumbres, **(ii)** regirse por su derecho propio y por sus usos y costumbres, y **(iii)** gobernarse por sus propias autoridades. A su turno, estos derechos imponen al Estado obligaciones de respeto, protección e incluso garantía por medio de, por ejemplo, medidas que promuevan la diversidad cultural y contribuyan a la conservación de las tradiciones de las minorías étnicas. La jurisprudencia ha señalado además que **la autonomía y las tradiciones**

de las comunidades étnicas, especialmente las indígenas, no pueden ser limitadas por normas legales e incluso constitucionales, sino solamente cuando la finalidad de la limitación persiga realizar un valor o principio de mayor monta que el principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural.

2.8.4. Razones por las cuales el Acto Legislativo 02 de 2009 no afecta a las comunidades indígenas y, en consecuencia, no debía someterse a consulta previa

Con fundamento en una interpretación histórica, teleológica y sistemática del Acto Legislativo 02 de 2009, la Corte concluye que no afecta directamente a las comunidades indígenas y, en consecuencia, no era necesario que les fuera consultado previamente. La conclusión de la Sala sobre la no afectación directa se basa en las siguientes razones:

2.8.4.1. En primer lugar, la Sala observa con fundamento en los antecedentes legislativos y en la ubicación de la reforma en el texto constitucional, que el Acto Legislativo 02 de 2009 prohíbe el porte y consumo de sustancias estupefacientes –incluida la hoja de coca- y sicoactivas **con el propósito exclusivo de atacar la drogadicción como un problema de salud pública.** Por tanto, esta prohibición, desde el punto de vista teleológico y sistemático, no es aplicable a las comunidades indígenas, pues el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en estas comunidades no está asociado a la drogadicción ni conlleva problemas de salud para sus miembros. Como se explicó en apartes previos, el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en las comunidades indígenas hace parte de sus costumbres ancestrales, es decir, es una práctica protegida por los derechos a la identidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas y, por tanto, amparada por el principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural. En consecuencia, **afirmar que los indígenas “son adictos o contribuyen al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes como causa de la drogadicción” sería desconocer el valor cultural de la práctica y constituiría un atentado directo contra sus derechos a la identidad étnica y cultural y a la autonomía.** Por estas razones, debe concluirse que el Acto Legislativo no es aplicable a las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas ligadas a la hoja de coca.

2.8.4.2. En segundo lugar, desde el punto de vista sistemático, el acto legislativo censurado debe leerse en conjunto con los preceptos constitucionales que introducen y desarrollan el principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural, así como los derechos de los pueblos indígenas a la integridad étnica y cultural y a la autonomía. Estas últimas disposiciones constitucionales, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, implican que las prácticas, costumbres y decisiones autonómicas de las comunidades indígenas solamente

pueden ser limitadas por valores y principios constitucionales de mayor monta. En este caso, las preocupaciones de salud pública que inspiraron el acto legislativo para la Sala no son suficientes para limitar las prácticas culturales de nuestros pueblos indígenas, puesto que **(i)** como ya se explicó, el uso de la hoja de coca en las comunidades indígenas no constituye un problema de drogadicción y **(ii)** ni existe evidencia de que contribuya al tráfico ilícito de la planta como causa del mismo problema a nivel más general.

2.8.4.3. En este orden de ideas, en tanto la prohibición no es oponible a las comunidades indígenas ni es susceptible de limitar o restringir sus prácticas tradicionales ligadas a la hoja de coca, la Sala concluye que el Acto legislativo 02 de 2009 no debía serles consultado antes del trámite legislativo respectivo.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE

ÚNICO: Declarar **EXEQUIBLE** el Acto Legislativo 02 de 2009, únicamente frente al cargo examinado y de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Ausente con permiso

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General