

**LA OMISION DE LA CONSULTA PREVIA COMO CAUSAL DE NULIDAD DEL
ACTO ADMINISTRATIVO**

ANDRES FELIPE FIGUEROA PEREZ

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES
CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C.**

2012

**LA OMISION DE LA CONSULTA PREVIA COMO CAUSAL DE NULIDAD DEL
ACTO ADMINISTRATIVO**

ANDRES FELIPE FIGUEROA PEREZ

TESIS DE GRADO

**ASESOR
OSWALDO ORTIZ COLON**

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES
CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C.
2012**

OSWALDO ORTIZ COLON
ASESOR

HENRY VALLE BENEDETTI
EVALUADOR

ZULAY RODRIGUEZ BERMUDEZ
EVALUADORA

Dedicatoria.

A mi abuela Elvira (QEPD), madre de mi padre y mis tíos más queridos, mi consejera y confidente, con quien siempre celebrare mi cumpleaños. A mi abuelo Humberto (QEPD), de quien aprendí a amar y compartir la Historia y a quien yo junto con Aristóteles llamo valiente.

Agradecimientos.

Quiero darle las gracias a mi padre Wiston por su apoyo y palabras sabias durante mis estudios en la Universidad y a mi madre Carolina por su dedicación y entendimiento.

Así mismo quiero aprovechar para agradecer a mi primo Ronaldo, de quien gracias sus enseñanzas, no solo en el derecho administrativo sino en lo personal, he aprendido el valor del esfuerzo en la construcción del camino al cumplimiento de cada uno de mis propósitos personales.

Doy las gracias al Doctor Oswaldo Ortiz Colon por su apoyo incondicional en esta investigación; así como al Maestro Yesid Carrillo de la Rosa a quien le debo agradecimientos en la culminación de mi última labor como estudiante de pregrado de esta casa de estudios que llamamos Universidad de Cartagena.

A Dios ante todo.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	9
1. LOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR OMISIÓN DE LA CONSULTA PREVIA.....	11
1.1 EL DEBER DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE ADELANTAR LA CONSULTA PREVIA.....	11
1.2 LA OMISIÓN DE LA CONSULTA PREVIA	12
1.3 LA EXPEDICIÓN DE UNA DECISIÓN ADMINISTRATIVA.....	12
2. LA OBLIGATORIEDAD DE LA CONSULTA PREVIA FRENTE A LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	15
2.1 EL CONCEPTO DE CONSULTA PREVIA.....	15
2.1.1 Concepto restrictivo.....	15
2.1.2 Concepto amplio.....	15
2.1.3 Características de la consulta previa.....	15
2.2 LA PROCEDENCIA DE LA CONSULTA PREVIA FRENTE A LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	16
2.2.1 El marco jurídico de la consulta previa.....	16
2.2.1.1. Convenio 169 OIT.....	16
2.2.2.2. Ley 99 de 1993.....	18
2.2.2.3. Decreto 1320 de 1998.....	18

2.2.2 Las reglas de procedencia de la consulta previa frente a actuaciones administrativas.....	20
2.2.2.1. Las reglas jurídicas de procedencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	20
2.2.2.2. Las reglas jurídicas de procedencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	22
3. EL FENÓMENO DE LA OMISIÓN DE LA CONSULTA PREVIA POR PARTE DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.....	44
3.1 OMISIÓN ABSOLUTA DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA.....	45
3.2 VIOLACIÓN DEL CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO.....	46
4. UBICACIÓN DE LA OMISIÓN DE CONSULTA PREVIA DENTRO DE LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.....	49
4.1 LA ACCIÓN CONTENCIOSA DE NULIDAD CON PRETENSIÓN DE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	49
4.1.1 Nulidad por inconstitucionalidad.....	49
4.1.2 Control inmediato de legalidad.....	52
4.1.3 Nulidad simple.....	53
4.1.4 Nulidad y restablecimiento del Derecho.....	54
4.2 LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.....	55
4.2.1 Violación de normas constitucionales y legales.....	55
4.2.2 Nulidad por incompetencia.....	55

4.2.3 Nulidad por haberse expedido irregularmente.....	56
4.2.4 Nulidad por violación al derecho de audiencia y de defensa.....	56
4.2.5 Falsa motivación.....	56
4.2.6 Desviación de poder.....	58
4.3 EL ENCUADRAMIENTO DE LA OMISIÓN DE LA CONSULTA PREVIA DENTRO DE LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.....	60
5. CONCLUSIONES.....	63
BIBLIOGRAFIA.....	68

INTRODUCCION

La Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, consagra dentro de su parte primera, específicamente en el artículo 46, que “Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar”.

Se establece una causal de nulidad frente a cualquier decisión de la Administración que se adopte en el evento en que se omita la realización de una consulta previa ordenada por la constitución o la ley. Sin embargo, el código administrativo no le da un alcance concreto a lo que debe entenderse por consulta previa, ni determina los parámetros específicos en los cuales dicha actuación resulta obligatoria, procediendo a hacer – simplemente – una remisión a la Constitución Política y a la ley con el objeto de establecer los supuestos jurídicos de procedencia de dicha actuación. Tampoco especifica si la misma se refiere únicamente a los actos administrativos o si la misma cobija, dentro de su alcance, a los contratos y convenios de la administración pública, toda vez que el precepto legal utiliza el término genérico de “decisión”.

Resulta fundamental determinar cuál es el alcance de la nulidad del acto administrativo por omisión de la consulta previa.

Para lograr ello, procederemos en primer lugar a determinar cuáles son los requisitos normativos que deben cumplirse para que proceda la nulidad del acto administrativo por omisión de la consulta previa. Hecho esto trataremos de desarrollar de manera completa cada uno de los presupuestos que deben tenerse en cuenta para estudiar la nulidad de los actos administrativos cuando se omite la

consulta previa, lo que implica determinar el carácter de la consulta previa y sus reglas de procedencia establecidas en la constitución y la ley, utilizando también como herramienta la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Determinadas las reglas procederemos a determinar en qué eventos se produce el fenómeno de la omisión de la consulta previa pues son esos supuestos los que sanciona la norma como configuradores de nulidad del acto administrativo. Establecidos los supuestos mencionados intentaremos determinar si la omisión de la consulta previa como causal de nulidad de los actos administrativos es una causal autónoma y novedosa en el derecho colombiano o si la misma se encuadra en alguna de las causales de nulidad tradicionalmente estudiadas en el derecho administrativo colombiano.

1. LOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR OMISIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

El artículo 46 de la Ley 1437 de 2011 dispone que: “Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar”.

Son varios los requisitos necesarios para que se active la cláusula de nulidad por omisión de la consulta previa, los cuales se analizarán a continuación.

1.1. EL DEBER DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE ADELANTAR LA CONSULTA PREVIA

La cláusula de nulidad del acto administrativo en estudio, establece como primera condición que se omita la consulta previa siempre y cuando la autoridad administrativa tenga el deber de adelantarla, por expresa disposición de la Constitución y la ley.

Se trata de una cláusula *remisoria*, pues, para su configuración requiere acudir a la constitución y la ley para determinar si resulta necesario adelantar la consulta previa, habida cuenta que no determina supuestos específicos de procedencia; es además *general*, porque no especifica las normas constitucionales o legales que consagran la obligatoriedad de adelantar una consulta previa para la expedición de decisiones administrativas.

Por Constitución y por ley debemos entender *orden jurídico*, debido que el término resulta adecuado por la vaguedad misma de la remisión, admitiendo a la jurisprudencia y la doctrina como fuentes de interpretación, en la medida en que la primera aporta precedentes de interpretación sobre el particular, y la segunda

porque constituye una fuente auxiliar de interpretación según el sistema de fuentes previsto por la Constitución Política.

Frente al estudio de la causal, la primera tarea del intérprete es determinar con un criterio *ex ante* a la expedición de la decisión administrativa, si la Administración tenía el deber de adelantar el mecanismo de consulta previa.

1.2. LA OMISIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

Si del análisis realizado se encuentra que la consulta previa no resultaba obligatoria frente a la expedición de la decisión administrativa, el operador jurídico deberá declarar el acto administrativo ajustado a derecho, debiendo abstenerse de utilizar sus poderes jurisdiccionales para decretar la nulidad del mismo. Empero, si deduce que el mecanismo resultaba obligatorio, previo a la expedición de la decisión, y el mismo no se llevó a cabo, o se incumplieron presupuestos fundamentales, deberá entenderse que se omitió el mecanismo de consulta previa.

1.3. LA EXPEDICIÓN DE UNA DECISIÓN ADMINISTRATIVA

La vaguedad de la cláusula de nulidad objeto de estudio se encuentra, igualmente, en la utilización por parte de la norma del término “decisión administrativa”. Ella, indefectiblemente, se refiere en primera medida a los actos administrativos.

La jurisprudencia administrativa ha definido al acto administrativo como la “(1) Manifestación unilateral de la voluntad de la Administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello”¹.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Diciembre 6 de 2007. C. P. Enrique Gil Botero.

Adviértase con todo, que el acto administrativo no es el único acto decisorio que expide la Administración Pública; con razón se ha dicho que el mismo es una institución más del derecho administrativo², pues la Administración en cumplimiento de sus funciones constitucionales, acude a otro tipo de actos jurídicos que conllevan decisiones administrativas, en el ámbito de la concertación y el establecimiento de negocios jurídicos con los particulares o con las entidades administrativas; en ese sentido, la Administración, en el marco de los actos jurídicos que crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas, acude a la figura de los contratos administrativos y los convenios de la Administración. En estas dos figuras se enmarca su ámbito negocial, en el que la Administración manifiesta típicas *decisiones administrativas*.

Por un lado, el contrato administrativo o estatal – como ha sido denominado por el Estatuto de contratos del Estado³ – se define como un acuerdo de voluntades declaradas por sujetos de derecho que tienen intereses contrapuestos y con el fin de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas relativas a las partes intervinientes, pues cada uno de los participantes tiene finalidades disímiles y separables⁴; el convenio administrativo se configura como un negocio jurídico que implica una manifestación de voluntades que generan efectos jurídicos en el sentido de crear, modificar o extinguir una o varias obligaciones con la intención de conseguir la consecución de fines y objetivos que son de interés común a todas las partes involucradas⁵.

Así, en la celebración de contratos estatales, la Administración debe manifestar su consentimiento con el objeto de asociarse con el particular colaborador, lo que

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I Lima: Editorial Temis. 2008. Pág. 549.

³ Ley 80 de 1993.

⁴ SANTOS RODRIGUEZ, Jorge. Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. *En: Revista de Derecho Administrativo*. No. 1. Universidad Externado de Colombia. Pág. 3-4.

⁵ Cfr. ENRIQUE SAYAGUÉS LASO. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 8ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 395. También, ESCOLA, HECTOR JORGE. *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. I, Parte general, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, p. 310.

implica también una *decisión de carácter administrativo*; la misma consideración cabe respecto de los llamados convenios interadministrativos, los que al ser también un acuerdo de voluntades donde por lo menos una de las partes es una entidad pública, lleva consigo la toma de una decisión administrativa.

De lo anterior se concluye que la cláusula de nulidad de decisiones administrativas, establecida en el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011, se refiere no solo a *actos administrativos* sino también a *contratos y convenios administrativos*.

Sin embargo, este estudio versará sobre la nulidad de los actos administrativos cuando han sido expedidos sin haber llevado a cabo el procedimiento de consulta previa.

2. LA OBLIGATORIEDAD DE LA CONSULTA PREVIA FRENTE A LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

2.1 EL CONCEPTO DE CONSULTA PREVIA

2.1.1 Concepto restrictivo

La consulta previa es una actuación administrativa que debe adelantarse cuando un acto administrativo otorgue autorización para la exploración y explotación de recursos naturales, en territorios de comunidades indígenas o afrodescendientes. Es un procedimiento previo a la expedición del acto administrativo, de carácter formal, y se traduce en un derecho procesal subjetivo para las comunidades que intervienen en el mismo, ya que adquieren habilitación jurídica para discutir junto con la Administración Pública las condiciones en las que serán desarrolladas las actividades de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios.

2.1.2 Concepto amplio

En una concepción amplia, la consulta previa es un derecho de carácter fundamental que se deriva del Convenio 169 de la Organización internacional del trabajo, del que son titulares todas las comunidades étnicas, indígenas y afrodescendientes, y cuyo alcance esta dado por la participación de estos grupos frente a medidas estatales que los afecten directamente. Ese derecho fundamental se garantiza mediante una actuación previa a la expedición de una ley, o, a la implantación de una medida administrativa.

2.1.3 Características de la consulta previa

La consulta es *previa*, por cuanto si se comprueba que debe realizarse, tal actuación debe hacerse antes de tomar la medida legislativa o administrativa; como bien lo indica la doctrina

“los pronunciamientos de distintos organismos internacionales han coincidido en afirmar que ésta tiene que llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades. En el caso de medidas legislativas y administrativas, si bien el Convenio 169 no ordena específicamente en cuál etapa debe llevarse a cabo la consulta, la CEACR ha establecido que debe realizarse previamente a la adopción de las medidas.²¹² En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que la admisibilidad de las medidas que afecten a los pueblos indígenas, incluidas las legislativas, depende de que las comunidades “hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas”⁶”

Es además un proceso de *concertación* en la medida en que es un espacio en el que deben discutirse los intereses del Estado frente a los de grupos étnicamente protegidos constitucionalmente.

2.2 LA PROCEDENCIA DE LA CONSULTA PREVIA FRENTE A LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

2.2.1 El marco jurídico de la Consulta previa

2.2.1.1. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre pueblos indígenas y tribales, aprobado en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 21 de 1991, en su artículo 2° estableció que es deber del Estado colombiano

“asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”, por lo que es un deber ineludible incluir y desarrollar medidas “a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias

⁶ RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar; MORRIS, Meghan; ORDUZ SALINAS, Natalia; BURITICÁ, Paula (dirs.). La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del Derecho Internacional. Bogotá: Universidad de los Andes. 2010. Pág. 75.

socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”.

En ese mismo sentido el artículo 5° literal c), determina que al aplicar las disposiciones del convenio “Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”.

En ese espacio participativo, la consulta previa es consagrada de manera expresa por el Convenio 169 de la OIT en el artículo 6°:

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

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

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

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.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Igualmente, el Convenio 169 determina que la consulta previa es un derecho de que son titulares todos los pueblos indígenas y tribales, especialmente frente al 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” (Artículo 7°).

Como consideración fundamental debe decirse que el Convenio 169 constituye hoy el principal marco normativo e interpretativo de la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.2.1.2. Ley 99 de 1993

La Ley 99 de 1993 “por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”, determinó que la consulta previa es procedente cuando se pretenda realizar la explotación de recursos naturales en territorios de las comunidades indígenas y afrodescendientes:

“Artículo 76º.- De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.”

2.2.1.3. Decreto 1320 de 1998

El Decreto 1320 de 1998 “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”, sistematiza algunos aspectos referentes a la Consulta previa frente a la explotación y afectación de recursos naturales en territorios indígenas y de comunidades negras.

Luego de señalar en el Capítulo I las disposiciones generales sobre el objeto y el ámbito de aplicación de la consulta previa, procede a desarrollar generalidades sobre la misma, frente al Sistema Nacional Ambiental. Así en el Capítulo II se regula lo referente a la consulta previa en materia de licencias ambientales y en el establecimiento de planes de manejo ambiental; en el Capítulo III se consagra la consulta previa frente al documento de evaluación y manejo ambiental; y, en el

Capítulo IV se regula lo atinente a los permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables.

De cara a las disposiciones generales contenidas en el Capítulo I, el Decreto 1320 de 1998 señala reglas que deben ser tenidas en cuenta para determinar la procedencia la consulta previa. En el artículo 2º se ordena realizar la consulta previa “cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras”; también “cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras”; teniendo en cuenta en todo caso que el proyecto, obra o actividad debe referirse a la “explotación de recursos naturales” (art. 1º), observando siempre que el objeto de la consulta previa es “analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que pueda ocasionarse a una comunidad indígena o negra”.

Así, de la lectura sistemática de las dos disposiciones, procede la consulta previa de conformidad a tres criterios fundamentales: (i) la naturaleza de la actividad a realizar (explotación o afectación de recursos naturales); (ii) el territorio donde se desarrolla dicha actividad, y; (iii) la afectación que la obra, actividad o proyecto pueda generar en las comunidades indígenas o afrodescendientes.

De los anteriores requisitos, el criterio a tener en cuenta sería en primer lugar, el territorio donde se pretende realizar el proyecto, obra o actividad, pues allí se determina un referente del cual se puede inducir si la ejecución de las obras tiene o no capacidad de afectar a la comunidad. El territorio es el primer aspecto, a tener en cuenta, para indagar de manera general por los efectos sociales, económicos, ambientales y culturales que el proyecto pueda causar una vez se dé inicio a su ejecución o se finalice el mismo. En segundo lugar, la actividad a desarrollar debe referirse a la explotación o exploración de recursos naturales. En

tercer lugar, la afectación de las comunidades en su hábitat, concretamente en lo social, en lo económico, en lo ambiental y en lo cultural.

Los dos primeros requisitos son objetivos, pues para su constatación deben observarse la magnitud del proyecto y el alcance del mismo y, además, exige que se verifique el espacio en donde se pretende desarrollar. En cambio para determinar la afectación de las condiciones de vida de las comunidades indígenas o afrodescendientes, debe recurrirse a un parámetro subjetivo-objetivo, pues deben conocerse las condiciones, ambientales, sociales y culturales del grupo para luego, determinar el grado de afectación por la realización del proyecto.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que para verificar la presencia de comunidades indígenas o afrodescendientes en “zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente” en las que se pretende realizar los proyectos, obras o acuerdos, le corresponde al Ministerio del Interior “certificar la presencia de dichas comunidades, al pueblo que pertenecen, su representación y ubicación geográfica”. Así mismo el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) debe certificar la existencia del territorio legalmente constituido. Estas certificaciones deberán contener: (a) la fecha de la solicitud; (b) descripción del proyecto, obra o actividad; (c) la identificación del área de influencia directa del proyecto, obra o actividad acompañada de un mapa que precise su localización con coordenadas geográficas con sistemas Gauss (art. 3°).

2.2.2 Las reglas de procedencia de la consulta previa frente a actuaciones administrativas

2.2.2.1. Las reglas jurídicas de procedencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado

El Consejo de Estado, a través de su Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala de Consulta y Servicio Civil⁷, se ha pronunciado respecto de la consulta previa como procedimiento para la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en la toma de decisiones que los afecten.

Con ocasión de la demanda de nulidad presentada en contra del Decreto 1320 de 1998, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre diversos aspectos referentes a la consulta previa. Uno de ellos fue, la problemática suscitada respecto al alcance del proyecto, y al que el Decreto 1320 de 1998, refiere a la explotación de recursos naturales. Según el Consejo de Estado, el hecho de que la norma solo se refiera a la explotación de recursos naturales

“no excluye que cuando el tema de la consulta involucre el uso, aprovechamiento, afectación de recursos naturales, se trate el referido asunto, sea de manera conjunta o paralela, puesto que como se describe en el artículo 1° del decreto acusado, la consulta previa tiene como fin analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que pueda ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”⁸.

Igualmente, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en pronunciamiento reciente, estableció que

“el derecho de las comunidades negras a ser consultadas en el trámite de una licencia ambiental está condicionado a que el proyecto, obra o actividad objeto de la licencia se pretenda desarrollar en zonas que le hayan sido adjudicadas en propiedad colectiva - que no es el caso pues el actor no alega esta circunstancia.

También deberán ser consultadas las comunidades negras cuando el proyecto, obra o actividad deba desarrollarse en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por ellas, pero en este caso será necesario que esas zonas sean susceptibles de ser afectadas con el proyecto, caso en el cual el Ministerio del Interior debe certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica y el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria -

⁷ Al respecto, véase, Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 2 de febrero de 2006. C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo; Concepto de 17 de mayo de 2007. C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 20 de mayo de 1999. C. P. Juan Alberto Polo Figueroa. Rad. 5091.

Incora, certificará sobre la existencia de territorio legalmente constituido. Dichas certificaciones deberán tener el contenido requerido en las normas comentadas”⁹.

En la demanda del caso objeto del anterior pronunciamiento, la Sección Primera concluyó que el actor no demostró que la comunidad afrodescendiente con la cual se debía hacer la consulta previa habitaba en una propiedad colectiva o que en forma regular y permanente ocupaba la zona en la que se pretendía realizar el proyecto¹⁰.

2.2.2.2. Las reglas jurídicas de procedencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional se ha pronunciado igualmente sobre la consulta previa, fijando las reglas que deben tenerse en cuenta para determinar la procedencia de la misma, a partir análisis de casos en sentencias de tutela y en sede de control abstracto de constitucionalidad. A continuación se extraerá de la jurisprudencia, sentada por la Corte Constitucional, las reglas jurídicas a aplicarse para determinar en qué eventos debe adelantarse la consulta previa, por lo que analizaremos las sentencias de la Corte Constitucional sobre la materia.

A diferencia de lo determinado por la ley y por el reglamento, la jurisprudencia constitucional dicho consulta previa es un “Derecho fundamental, del cual son titulares los grupos étnicos del país y a su vez hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas”¹¹.

En la sentencia SU - 039 de 1997, ante el otorgamiento de una licencia ambiental para la realización de actividades con el fin de estudiar la existencia de yacimientos de petróleo en zonas de parques naturales y zonas de resguardo indígena sin la socialización del proyecto con las comunidades de la zona, la

⁹ Sentencia de 22 de Julio de 2010. C. P. Maria Claudia Rojas Lazo. Rad. 11001-03-24-000-2002-00373-01.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 129 de 2011. M. P. Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional sentó su primer precedente sobre la consulta previa en la que, en primer lugar elevó la consulta previa a rango de derecho fundamental; en segundo lugar, determinó que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo hacia parte del bloque de constitucionalidad; en tercer lugar, determinó los alcances y finalidades de la consulta previa. Sobre el primer tópico dijo:

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”¹².

Sobre la incorporación del Convenio 169 de la OIT, aprobado mediante Ley 21 de 1991, al bloque de constitucionalidad determinó que:

“El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su

¹² Sentencia SU-039 de 1997. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación”¹³.

En lo relacionado con las finalidades de la consulta previa elevada a rango de derecho fundamental, la Corte Constitucional estableció que dicho mecanismo pretende:

“a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada 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. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”¹⁴.

La Corte aseguró también que la consulta previa no se refiere a la mera notificación o comunicación del proyecto, sino que debe realizarse en un espacio adecuado para que “se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se 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”¹⁵.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

En el caso resuelto a raíz de la expedición de una licencia ambiental, que autorizaba la construcción de una hidroeléctrica, en territorio de un resguardo indígena sin la consulta previa a la comunidad indígena, la Corte Constitucional, al encontrar que con la realización del proyecto se había causado un daño directo a la comunidad, reiteró el precedente contenido en la Sentencia SU-039 de 1997 y condenó en perjuicios a la empresa que llevó a cabo la ejecución del proyecto¹⁶.

De cara al control de constitucionalidad del proyecto de Ley estatutaria No. 25-S/99 y 217-C/99, "Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia", la Corte atendiendo al contenido del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT esbozó que la Consulta previa es procedente frente a medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas o afrodescendientes:

"De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1.989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1.991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, "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". Asimismo, el artículo 7 del Convenio reconoce a tales colectividades "el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte 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".

De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio"¹⁷.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-652 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2001. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Posteriormente, en la Sentencia SU-383 de 2003 el máximo Tribunal Constitucional decidió tutelar los derechos fundamentales de la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonia OPIAC, que se veían afectados por la operación administrativa de erradicación de cultivos ilícitos, teniendo en cuenta el (i) carácter de derecho fundamental autónomo de la consulta previa; (ii) el ámbito territorial en donde se llevaba a cabo el programa de erradicación de cultivos ilícitos¹⁸, y; (iii) la necesidad de realización de la consulta previa teniendo en cuenta el grado de afectación directa sobre el medio ambiente, la economía, la cultura y la subsistencia de los pueblos indígenas. Sobre este último aspecto la Corte señaló que:

“Debe la Corte 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 concepción, 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”¹⁹.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-383 de 2003. “El ordenamiento constitucional asigna al legislador la delimitación del territorio, en el que se comprenden las entidades territoriales indígenas, tarea que hasta el momento no ha sido cumplida, de manera que tal delimitación deberá ser uno de los aspectos que las autoridades demandadas habrán de consultar, para efectos de adelantar la consulta definitiva que sobre el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, se ordena mediante esta providencia. De manera que con miras a distinguir dentro del territorio de la amazonía colombiana cuáles son las poblaciones o comunidades con conciencia e identidad cultural propia y dónde se ubican, a fin de que sean consultadas sobre el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, las entidades accionadas deberán consultar a las autoridades de dichos pueblos y a las organizaciones que los agrupan. Y, una vez adelantada esta consulta preliminar, las autoridades encargadas del Programa, considerando las situaciones planteadas por los consultados y con las ayudas técnicas e históricas que sean del caso, podrán determinar donde principian y terminan los territorios indígenas de la amazonía colombiana, cuáles son los espacios indígenas propios y cuáles los compartidos, y en que lugares no se da, o nunca se ha dado presencia indígena”

¹⁹ *Ibidem*.

En la sentencia T-737 de 2005 M. P. Álvaro Tafur Galvis, para tutelar los derechos fundamentales de la consulta previa y al debido proceso de los accionantes, el máximo Tribunal constitucional reiteró lo dispuesto en la sentencia SU-383 de 2003 e igualmente, la aplicación del artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, referente a que la consulta previa tiene lugar ante una afectación directa por una medida legislativa o administrativa a los grupos minoritarios de especial protección del Estado. Expresó la Corte Constitucional:

“De esta manera, la importancia del Convenio 169 de 1989 la OIT y en especial del instrumento de consulta previa que se prevé en su artículo 6, radica particularmente no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad. Así, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena”²⁰.

En el caso del pueblo indígena Motilón Barí vs Ministerio del Interior y de Justicia y otros²¹, la Corte Constitucional en sentencia T-880 de 2006, procedió a suspender los estudios petroleros que se adelantaban sobre la zona en la que habitaban el pueblo Motilón Barí. La Corte reiteró que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a ser consultados, previamente, respecto de las medidas que los afecten directamente, en particular sobre las relacionadas con el espacio que ocupan y la explotación de recursos en su hábitat natural, consultas que habrán de establecer “si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” –artículo 15 Ley 21 de 1991-”; determinando

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia 737 de 2005 M. P. Alvaro Tafur Galvis

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-880 de 2006. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

como criterios para la procedencia de la consulta previa el territorio donde se ubican las comunidades (hábitat) y el perjuicio directo a las comunidades.

La Corte también ha tenido la oportunidad de precisar el alcance del deber de realización de la consulta previa en control abstracto de constitucionalidad. Así, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006 “Por la cual se expide la Ley General Forestal”, definió el alcance del concepto de afectación directa²², contenido en el artículo 6° del convenio 169 de la OIT, mencionado y utilizado con anterioridad por la jurisprudencia constitucional²³, como *requisito estricto* para la procedencia de la consulta previa:

“Hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios. Es claro, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas 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. Este criterio surge no solo de la calidad de directa que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de aplicar las disposiciones del Convenio. Así por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio. [...] En los anteriores términos, 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”²⁴.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²³ Corte Constitucional. Sentencias C-169 de 2001 M. P. Carlos Gaviria Díaz y T-737 de 2005 M. P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Constitucional sentó reglas jurídicas sobre la procedencia y realización de la consulta previa. Estas reglas se encuentran en las sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En la primera, la Corte Constitucional, partiendo de la necesidad de puntualizar los requisitos que ha trazado la jurisprudencia constitucional para la realización de la consulta previa con grupos étnicos, determinó entre otras las siguientes reglas: (i) la consulta previa es un derecho fundamental; (ii) no son admisibles propuestas adversariales o de confrontación en la realización de la consulta; (iii) deben cumplirse los requisitos sustanciales de la consulta previa, pues no basta con meras informaciones o reuniones informativas; (iv) la consulta previa debe llevarse a cabo bajo el principio de buena fe; (v) valorar la importancia fundamental del territorio y de sus recursos para los grupos étnicos, y de apreciar sus circunstancias específicas; (vi) es necesario definir el procedimiento de consulta previa mediante un procedimiento consultivo; (vii) en el desarrollo de la consulta hay que realizar una ponderación adecuada de los intereses en juego²⁵.

De igual forma se tuvo en cuenta en su integridad el precedente sobre la determinación de la procedencia de consulta previa a partir de que la medida legislativa sea susceptible de *afectar directamente* a la comunidad indígena o afrodescendiente.

Al referirse a la consulta previa como derecho fundamental, el Tribunal Constitucional reiteró el precedente establecido en la sentencia C-030 de 2008 referente al criterio de *afectación directa*, contenido en el artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, como elemento *sine qua non* determinador de la necesidad de realizar la consulta previa para la ejecución de una obra, una actividad o un proyecto:

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-461 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinoza.

“En armonía con estas consideraciones, el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada”²⁶.

De lo anterior se desprende que, para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Como se señaló en la sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT.

Ahora bien, debe decirse que la interpretación sobre el concepto de afectación directa no solo recae sobre las medidas legislativas a aplicar por el Estado Colombiano, sino que se extiende a cualquier medida administrativa toda vez que el artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece claramente que el deber de realizar la consulta previa “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2009. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En efecto, para determinar si existía el deber de consulta previa por la suscripción y puesta en marcha de un proyecto de concesión minera, la Corte Constitucional, de manera paladina dio aplicación al concepto de *afectación directa* determinando que en el caso concreto procedía la consulta previa como derecho fundamental:

“En la sentencia C-030 de 2008, anteriormente referida, se fijaron tres aspectos en torno al alcance y contenido del deber de consulta previa:

i) La consulta resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades aborígenes, en su calidad de tales.

En el caso bajo estudio, se pudo constatar que el Ministerio del Interior y de Justicia refirió que “la empresa se encuentra iniciando labores únicamente en zona de las comunidades consultadas y protocolizadas”, de lo cual se colige que la consulta, que debió efectuarse con anticipación, no se había realizado con todas las colectividades étnicas cuyos territorios resultarán afectados por la exploración y la explotación minera que se desea acometer.

Las comunidades y los resguardos que ocupan la región del Río Jiguamiandó, (Nueva Esperanza, Pueblo Nuevo, Bella Flor Remacho, Uradá); del Resguardo del Río Murindó (Guagua, Isla, Ñaragué, Rancho Quemado, Coredó, Chageradó – Turriquitadó, Turriquitadó Alto y Llano); y del Resguardo de Uradá Jiguamiandó (Coredocito-Alto Guayabal, Nueva Cañaveral y Uradá), están en un ámbito de afectación directa por el proyecto minero Mandé Norte, pues han habitado ancestralmente los sectores concedidos a la empresa Muriel Mining Corporation para la exploración minera, territorios que así presentan especial significación cultural, material y espiritual”²⁷.

Igualmente, un precedente fundamental sobre la aplicación del criterio de *afectación directa* contenido en artículo 6° del Convenio 169 de la OIT frente a una medida administrativa, se encuentra en el caso *Concesión Barú*²⁸. Frente a la ejecución del Contrato de Concesión Vial No. VAL-02-06 por el Consorcio Vial Isla Barú “*para la construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú*”, se ordenó suspender las actividades de ejecución del contrato hasta tanto no se

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2009 M. P. Nilson Pinilla Pinilla. En la sentencia C-461 de 2008, ya referida, se puntualizó: “El Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos que sean de su iniciativa, el cual debe desarrollarse en una ‘Mesa Permanente de Concertación’ con cada uno de los Pueblos y Organizaciones indígenas y afrodescendientes que se encuentren afectados.”

²⁸ Sentencia T-745 de 2010 M. P. Humberto Sierra Porto.

llevará a cabo la consulta de las comunidades afrocolombianas asentadas en el área de influencia.

Luego de citar las disposiciones constitucionales sobre la protección de las minorías étnicas como sujetos de especial protección por parte del Estado, en concordancia con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁹, entre otros instrumentos Internacionales, la Corte Constitucional decide darle aplicación directa al bloque de constitucionalidad, concretamente el Convenio 169 de la OIT en su artículo 6^{o30}, que consagra como fundamento de la necesidad de realización de la consulta previa la “afectación directa” de la comunidad afrodescendiente. Sobre el particular afirmo el Tribunal Constitucional:

“Es pertinente evidenciar la trascendencia del término ‘afectación directa’, pues es éste el criterio que determina la necesidad de la consulta. Dicho concepto no es concretado de manera manifiesta en el texto del Convenio pero, para el efecto se debe acudir al artículo 7^o del mismo, que reconoce la magnitud de la posibilidad de que las comunidades establezcan sus prioridades en cuanto al modelo de desarrollo económico, social y cultural que les interesa. Por tal motivo, un plan o programa envuelto en la idea occidental de desarrollo podría contrariar la perspectiva de vida de una comunidad no dominante. Cabe recordar aquí que, sin embargo, el Convenio introdujo ciertas hipótesis ante las cuales se hace ineludible la consulta, entre otras, la explotación y exploración de minerales u otros recursos naturales encontrados en sus tierras del mismo modo que el traslado de las comunidades de su lugar de asentamiento a uno extraño. Así pues, la idea de afectación directa se relaciona con la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias. || [...] Paulatinamente, el alcance de este

²⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 27. En 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”

³⁰ “**Artículo 6.** 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) **consultar a los pueblos interesados**, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, **cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente**; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; 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. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio **deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.**”³⁰ (Negrillas por fuera del texto original).

derecho ha sido ampliado en concordancia con la idea de afectación directa, que se ha perfilado como criterio esencial para la obligatoriedad de la consulta. Tal detrimento debe predicarse de la integridad e intereses de la comunidad en su condición del tal, esto es, como grupo minoritario. Esta precisión aparece como respuesta, no solo al carácter directo que se exige de la afectación, sino también de las condiciones para la aplicación de las disposiciones del Convenio, que propone pautas para la instauración de medidas que incidan sobre las comunidades indígenas y tribales como tales.³¹ || [...] Así pues, la consulta se hace imperativa cuando las condiciones materiales del proyecto puedan derivar en la generación de una perturbación en términos económicos, ambientales, sociales y culturales a la estabilidad del grupo con ocasión de la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”³².

Teniendo en cuenta el concepto de afectación directa el Alto Tribunal concluyó que el proyecto afectaba directamente a las comunidades de Barú (entre ellas la Comunidad Negra de Santa Ana), toda vez que

“El proyecto de que se trata no sólo afecta directamente a las comunidades ubicadas en su zona de influencia debido a su disposición geográfica sino que, igualmente, sus secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan sus cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto. He ahí el advenimiento del criterio primario para la obligatoriedad de la consulta a las comunidades étnicamente minoritarias que se vean potencialmente afectadas por una medida legislativa o administrativa, como lo es la construcción de una carretera de tales características y magnitud en el espacio que material y culturalmente un grupo tiene como propio. Para el caso concreto, el adecuado balance entre el principio de interés general y el de protección de la diversidad, integridad y autonomía de los grupos étnicamente no dominantes, como los (sic) son las comunidades afrocolombianas localizadas en los municipios de Santa Ana, Barú y Ararca, exige la suspensión de las obras que constituyen el proyecto de la Transversal Barú hasta tanto se efectúe la consulta de las comunidades afrocolombianas encontradas en la región, de conformidad con los condicionamientos reseñados en la parte considerativa de esta sentencia”³³.

El criterio esencial para determinar la procedencia de la consulta previa es que el proyecto, obra o actividad sea capaz de afectar directamente a las comunidades

³¹ Sentencia C-030 de 2008.

³² Corte Constitucional. Sentencia T-745 de 2010. M. P. Humberto Sierra Porto.

³³ *Ibidem*.

en términos sociales, económicos, culturales y ambientales de comunidades étnicas, indígenas o afrodescendientes. El concepto de afectación directa se erige como requisito definitivo para determinar la procedencia de la consulta previa ante medidas legislativas y administrativas que puedan generar perturbación a la comunidad indígena o afrodescendiente.

De acuerdo a lo anterior, se concluye que no toda intervención en territorios de las comunidades indígenas o afrocolombianas hacen imperativo realizar la consulta previa, pues la misma solo será procedente cuando de acuerdo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, las medidas legislativas y administrativas tengan la capacidad de alterar el status de la comunidad por la imposición de gravámenes o mejoren su condición, o cuando haya alteración de las condiciones de existencia del grupo, su cultura, su economía, el hábitat y el medio ambiente en que se desarrollan. Si las medidas legislativas o administrativas, no tienen la virtualidad afectar a las comunidades indígenas y afrocedescendientes, no es necesario realizar la consulta previa.

El conflicto resuelto por la Corte Constitucional, sobre la consulta previa frente a la construcción de una carretera entre los municipios de Acandí y Unguia del Departamento del Choco, del proyecto de conexión eléctrica binacional entre Colombia y Panamá, la concesión minera en el municipio de Acandí y el posible desplazamiento de la comunidad por la ejecución de dichos proyectos. La sentencia que resuelve este caso³⁴ merece especial atención, puesto que afirma en el punto referente a los “Requisitos jurisprudenciales para la realización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas” que “En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-129 de 2011. M. P. Jorge Iván Palacio.

reglas”³⁵. Así pareciere determinar que la consulta previa es procedente frente a cualquier clase de acto y operación administrativa, sin importar el grado de afectación directa, criterio tradicionalmente establecido por la Corte Constitucional para determinar los eventos en los cuales debe realizarse la consulta previa.

Luego de estudiar y reiterar la protección constitucional especial de la diversidad étnica y cultural de la nación y la obligación del Estado de proteger las riquezas culturales y naturales de la nación, la Corte entra a analizar “El derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa respecto de obras, proyectos y/o actividades que tengan la potencialidad de afectar sus territorios”. En dicho aparte la Corte realizó un recorrido por las principales sentencias de tutela sobre la materia (sin embargo, no se refiere a la sentencia T-745 de 2010 M. P. Humberto Sierra Porto), para luego afirmar que

“Si bien la metodología de análisis y la solución de los casos concretos ha variado conforme a las exigencias propias de cada asunto, desde el principio se advierte que la Corte le ha dado el tratamiento a la consulta previa de un derecho fundamental, del cual son titulares los grupos étnicos del país y a su vez hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas. En la jurisprudencia relacionada, la Corte, salvo por razones de inmediatez o ante la circunstancia de encontrar elementos de juicio que permitan dilucidar que la consulta previa sí se efectuó, ha ordenado mayoritariamente ante la gravedad de las problemáticas estudiadas la suspensión de los proyectos u obras que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantice el derecho a la consulta previa. Del mismo modo, recientemente se ha ordenado la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Además, se han adoptado otras medidas como la indemnización y reparación de las comunidades afectadas cuando el daño ha sido ocasionado o cuando se advierte la potencialidad del mismo”³⁶.

Tal y como se observa, la Corte Constitucional reitera que el amparo al derecho de consulta previa es procedente siempre que se determine, “ante la gravedad de las problemáticas estudiadas”, que el proyecto, obra o actividad tiene la potencialidad

³⁵ Ibídem.

³⁶ Ibídem.

de afectar o ha afectado en sus territorios a las comunidades indígenas o afrodescendientes. Es decir, se reafirma que el criterio de procedencia del deber de realización de la consulta previa es que la medida administrativa afecte o pueda afectar directamente a las comunidades indígenas o afrodescendientes.

Así mismo, frente al interrogante propuesto por la Corte a si el consentimiento en la consulta previa se debe buscar solamente frente a los planes de inversión y o de desarrollo, el Tribunal expreso que la respuesta era negativa, aseverando consecuentemente que:

“Conforme a esta providencia toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas”³⁷.

Sin embargo, leída con cuidado la providencia en estudio se encuentra que se reitera el precedente establecido en la sentencia C-030 de 2008, referente a la afectación directa como criterio estricto para determinar la procedencia de la consulta previa tal y como se tuvo la oportunidad de ver.

Entonces, para determinar la procedencia de la consulta previa debe aplicarse el criterio de afectación directa, según el cual no toda medida administrativa genera el deber de realizar la consulta previa, sino solo aquellas actividades, obras o proyectos que tengan capacidad de afectar directamente a la comunidad en lo social, en lo económico, en lo cultural y en lo ambiental, mediante la modificación de su status jurídico como administrado protegido constitucionalmente, tal y como se desprende de las sentencias C-030 de 2008, C-461 de 2008, C-175 de 2009, T-769 de 2009 y T-745 de 2010, derivado directamente de la aplicación del artículo

³⁷ Ibidem.

6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado en Colombia mediante Ley 21 de 1991.

Recientemente la jurisprudencia constitucional, ha puntualizado aun mas las reglas jurídicas de procedencia de la consulta previa. Tres importantes pronunciamientos merecen ser analizados, pues en los mismos se encuentra el estado actual de las reglas jurídicas que deben tenerse en cuenta para determinar los eventos en los cuales resulta obligatoria la consulta previa.

El primero de ellos es la Sentencia T-698 de 2011 con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva. El caso puede resumirse así: la Secretaria de Planeación del municipio de Riosucio, concedió en un predio de carácter privado, una licencia de construcción para una estación de telefonía celular de la Empresa Comcel S.A., predio que el Resguardo Indígena Cañamomo Lomaprieta consideró hacía parte de su territorio ancestral.

Para resolver el caso, la Corte reiteró la regla constitucional de la afectación directa a comunidades étnicamente diferenciadas como criterio determinante para establecer si es obligatorio el adelantamiento de la consulta previa: estableció que el título de propiedad privada para construir la estación de comunicaciones no era lo esencial para que la consulta previa resulte obligatoria, es la afectación directa a la comunidad étnicamente diferenciada en su hábitat natural³⁸.

Hizo además consideraciones respecto de los aspectos probatorios a tener en cuenta para valorar si debe realizarse una consulta previa, de entre los que caben destacarse los siguientes: (i) la ausencia de reconocimiento formal de la existencia de territorios ancestrales o propiedad colectiva no implica que no deba adelantarse la consulta previa; (ii) La certificación de existencia de grupos étnicos en la zona

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-698 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

donde se vaya a adelantar la medida administrativa es un indicio sobre el deber de adelantar la consulta previa, pues es un “instrumento válido al que deben acudir las autoridades y a los particulares interesados en la medida susceptible de afectar a las comunidades indígenas”³⁹.

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, se tutelaron los derechos del Resguardo Indígena Accionante, ordenando la realización de la consulta previa y la suspensión del funcionamiento de la estación de comunicaciones, por encontrarse que la misma afectaba directamente a la comunidad indígena.

El segundo pronunciamiento es la sentencia T-348 de 2012 con ponencia de Jorge Pretelt Chaljub. Aquí la Corte resolvió el conflicto iniciado por la interposición de una acción de tutela en contra del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el Consorcio Vía al Mar, el Ministerio de Ambiente y de Desarrollo, el Instituto Nacional de Concesiones y el Instituto Nacional de Vías, por parte de la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco, por cuanto no se les garantizó un espacio de participación y concertación previo a la construcción del proyecto “Anillo Vial – Malecon del Barrio Crespo”.

La Corte Constitucional, a pesar de reconocer que debía consultársele como organización que podía resultar afectada en sus actividades económicas y en su mínimo vital, no tuteló el derecho fundamental a la consulta previa, por cuanto “no es aplicable la consulta previa, en razón a que no se está ante un grupo culturalmente diferenciado titular de este derecho especial de participación, como son los indígenas y afrodescendientes”⁴⁰

Sin embargo manifestó también que

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-348 de 2012. M. P. Jorge Pretelt Chaljub.

“el hecho de que los pescadores no sean parte de una población identificada como indígena o afrodescendiente, no implica una autorización para que las obras de un macroproyecto se realicen ignorando al resto de la comunidad posiblemente afectada. De hecho, por tratarse de obras que pueden afectar el medio ambiente y las prácticas productivas, se debe garantizar que la comunidad en general y sobretodo del grupo de personas que depende del espacio hídrico para acceder a un ingreso mínimo, tengan conocimiento claro e integral de la obra que se realizará, así como de los efectos positivos y negativos que se prevén, y participen en el diseño de las medidas de mitigación y compensación correspondientes”⁴¹.

El ultimo precedente sobre la materia lo constituye la sentencia T-376 de 2012 M. P. Maria Victoria Calle Correa. Esta sentencia refleja el estado actual de la cuestión de la consulta previa frente a las reglas que estructuran la obligatoriedad de adelantarla y aclara los eventos en los cuales debe obtenerse el consentimiento previo, libre e informado para establecer una medida administrativa. El caso se refiere a la acción de tutela interpuesta en razón al otorgamiento de una concesión marítima otorgada a un particular en el sector de la Boquilla del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, sin haber consultado a los miembros de la comunidad afrodescendiente de la Boquilla para la imposición de la medida.

Aquí la Corte determinó que: (i) el convenio 169 de la OIT es la fuente principal de derecho al momento de estudiar los casos de procedencia de la consulta previa; (ii) las reglas y subreglas para la aplicación de la consulta previa; (iii) el análisis de la procedencia de la consulta previa no se realiza frente a casos taxativamente determinados en la Ley sino frente a la aplicación de las reglas en el caso concreto; (iv) el derecho a la propiedad colectiva; (v) los ámbitos de participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes; (vi) la titularidad del derecho a la consulta previa; (vii) la tutela como mecanismo efectivo del derecho a la consulta previa; (viii) aspectos probatorios en la determinación de la procedencia de la consulta previa⁴².

⁴¹ Ibídem. Ver, igualmente la Sentencia T-244 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2012. M. P. María Victoria Calle Correa.

Respecto de lo primero, debe decirse que con esa determinación, las disposiciones legales y reglamentarias tales como la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1320 de 1998, son supuestos específicos previamente determinados por el Estado en los cuales debe adelantarse la consulta previa, pero no son los únicos determinados por el ordenamiento jurídico habida cuenta que lo determinante son los criterios contenidos en el convenio 169 de la OIT desarrollados por la Jurisprudencia; y que el análisis de la misma deba hacerse en el caso concreto, esto es, mediante la aplicación de las reglas frente a las circunstancias especiales del caso.

En lo concerniente a la propiedad colectiva, estableció que “es un derecho que, en principio, surge de la posesión ancestral”, de lo que se desprende que su reconocimiento estatal no tiene carácter constitutivo, independientemente de su importancia para facilitar su protección jurídica⁴³. En consecuencia, la ausencia de su reconocimiento no implica la inexistencia del derecho de propiedad colectiva, y su tardanza en su reconocimiento implica una vulneración al derecho fundamental⁴⁴.

Frente a los ámbitos de participación distinguió tres: el de simple participación, el dado por el ámbito de participación por afectación directa a los derechos del grupo étnico diferenciado y el ámbito de la participación directa e intensa de grupos con las anteriores condiciones. Cuando la medida legislativa o administrativa afecta directamente a grupos culturalmente diferenciados, debe realizarse el procedimiento de consulta previa, antes de implementar cualquier medida legislativa y administrativa. Si la afectación es directa, pero además es intensa en la medida en que toca con las condiciones esenciales del grupo, debe obtenerse el consentimiento de la comunidad o de las comunidades para poder expedir la

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ *Ibidem.*

medida administrativa. En cambio, si la afectación es indirecta, deben brindarse espacios de participación a las comunidades en las decisiones que les puedan interesar “al menos en condiciones de igual naturaleza a los que tiene el resto de la población a disposición”⁴⁵.

Indicó además, que de la consulta previa como derecho fundamental solo son titulares los pueblos indígenas y tribales, es decir, aquellos culturalmente diferenciados, y que por ese carácter, puede interponerse la acción de tutela para la protección frente a las amenazas y lesiones al mismo.

En cuanto a los aspectos probatorios, dejó claro que en materia de consulta previa rige el principio de *libertad probatoria*, así pueden tenerse en cuenta: títulos de propiedad colectivos, estudios etnográficos, reconocimiento estatal de la presencia de comunidades, pero en el caso de que no exista una declaratoria jurídica formal sobre su existencia no implica que no pueda probarse por cualquier medio probatorio; al respecto sobre este último tópico manifestó que:

“El reconocimiento estatal solamente contribuye a facilitar un medio de prueba sobre su existencia y, por lo tanto, a propiciar el acceso del grupo a los beneficios derivados de su condición, así como a los mecanismos de defensa de sus derechos fundamentales, pero no es un hecho constitutivo del derecho a la identidad cultural. La ausencia de reconocimiento o la imposición de trámites ineficaces o ineficientes para lograrlo, en cambio, comportan serias violaciones de sus derechos fundamentales. En otras palabras, como la existencia de una comunidad indígena es una cuestión material y puramente fáctica, puede probarse por cualquier medio que resulte adecuado para forjar la convicción del juez, en virtud del principio de libertad probatoria, el cual adquiere mayor fuerza en sede de tutela, debido a la informalidad de la acción y la prevalencia del derecho sustancial. || 73.3. En síntesis, cabe resaltar que (i) la existencia de una comunidad indígena o afrodescendiente no depende de un acto expreso de las autoridades públicas sino (ii) de los hechos constitutivos de la diversidad cultural y el auto reconocimiento del grupo. Sin embargo, (iii) el reconocimiento oficial facilita la prueba de la existencia de la comunidad ante la Administración y la

⁴⁵ *Ibidem*.

jurisdicción y, por lo tanto, el acceso a los servicios del Estado y la protección de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes⁴⁶.

De acuerdo al análisis de la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional sobre la procedencia de la consulta previa las reglas jurídicas que deben tenerse en cuenta sobre el particular son las siguientes:

- Debe existir una medida administrativa. Esa medida administrativa debe producir una afectación directa.
- Si se comprueba que la afectación es directa, deberá adelantarse el procedimiento de consulta previa. Si se comprueba que la afectación es directa, pero además es *intensa*, la Administración deberá no solo adelantar la consulta previa, sino que deberá actuar con el consentimiento previo, libre e informado de los grupos étnicos, pues de lo contrario la Administración no se ajustará a derecho. En cambio, si se comprueba que la afectación no es directa sino *indirecta*, debe garantizarse a la población espacios de participación, junto con el resto de los ciudadanos, destinatarios de la medida. Esto es, en el trámite de la actuación administrativa, deberán brindarse espacios para que esos grupos de especial protección constitucional puedan exponer sus planteamientos frente a la adopción de la medida administrativa. Estos espacios de participación pueden estar contemplados en la regulación de la actuación administrativa misma o, si no se encuentra regulado, porque, por ejemplo, la imposición de la medida es unilateral, deberá establecerse un procedimiento que facilite la comunicación entre los grupos étnicos y afrodescendientes, en iguales condiciones que los ciudadanos en general.
- La afectación directa debe sufrirla un grupo étnico culturalmente diferenciado. Solo es obligatorio adelantar la consulta previa si las

⁴⁶ *Ibidem*.

agrupaciones son de especial protección constitucional (grupos indígenas o afro descendientes), es decir, grupos con características culturales diferenciadas del conglomerado social.

- Durante el procedimiento de consulta previa debe respetarse el consentimiento libre e informado para con las comunidades y grupos culturales, pues la consulta previa es un procedimiento normado por el principio de buena fe.

3. EL FENÓMENO DE LA OMISIÓN DE LA CONSULTA PREVIA POR PARTE DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

La realización de la consulta previa como un procedimiento de concertación entre la Administración y los grupos diferenciados de especial protección constitucional, frente a la expedición de actos administrativos que tengan la capacidad de afectar a estos, es un deber constitucional según el derecho vigente, conformado por la aplicación directa del convenio 169 de la OIT, y las reglas derivadas del mismo establecidas por la Corte Constitucional; las reglas establecidas por el Consejo de Estado se ubican en contravía de aquel cuerpo normativo por la propensión hacia el simple bloque de legalidad.

Es el carácter de derecho fundamental de la consulta previa, el que crea para la Administración una posición de garantía frente al mismo, correspondiéndole garantizar las condiciones establecidas por el convenio 169 de la OIT y por la jurisprudencia constitucional; igualmente la Administración debe proteger el derecho fundamental a la consulta previa frente a su puesta en peligro o vulneración, inclusive aquella cuando ejerce sus potestades exorbitantes frente al conjunto de administrados.

Mediante la expedición de actos administrativos se modifican situaciones jurídicas de los administrados; empero cuando se tiene conocimiento de que el Acto Administrativo contiene disposiciones que afectan directamente a grupos indígenas o afrodescendientes, la Administración no puede ejercer sus potestades unilateralmente y de forma exorbitante, pues ante el mandato debe concertar las medidas a adoptar con estos grupos constitucionalmente protegidos por medio del mecanismo de la consulta previa; y, en el evento en que la afectación sea intensa para las condiciones del grupo social, no podrá expedir el acto administrativo sin antes obtener el consentimiento libre e informado de las comunidades interesadas.

En este ámbito pueden afirmarse que existen dos supuestos generales en los cuales puede producirse la nulidad del acto administrativo por omisión de la consulta previa: cuando se presenta su omisión absoluta, y cuando se expide el acto sin tener en cuenta el consentimiento, libre e informado, evento en el cual debe distinguirse si el consentimiento es o no necesario.

3.1 OMISIÓN ABSOLUTA DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA

Dentro de una concepción estricta, la consulta previa es una típica actuación administrativa, sometida al principio de legalidad y al Código Administrativo; en una concepción amplia, la consulta previa, además de lo anterior, es un derecho fundamental que se deriva directamente del bloque de constitucionalidad.

Como actuación administrativa debe adelantarse cuando el acto administrativo que pretenda expedir la Administración Pública, afecte directamente a comunidades indígenas o afrodescendientes, en lo económico, social, ambiental y cultural.

Se presenta la nulidad del acto administrativo en el evento en que el mismo se haya expedido sin haberse llevado a cabo la consulta previa cuando la misma era de ineludible cumplimiento; esto es cuando se expida sin haberse adelantado la actuación administrativa que tiene como finalidad garantizar la participación de sujetos especialmente protegidos constitucionalmente, por razones de interés cultural.

Se presenta también omisión de la consulta previa cuando se adelanta un procedimiento que no reúne las características de la consulta previa, esto es, cuando aquel no es un procedimiento de concertación de las medidas de la Administración Pública, sino que en el mismo la Administración ejerce sus poderes exorbitantes e informa sobre las medidas que adoptaran, sin permitir la conciliación de los intereses de las comunidades indígenas o afrodescendientes. La consulta previa no son simples reuniones en las que la Administración,

mediante la utilización simbólica de procedimientos administrativos, dice cumplir su deber de garantizar el derecho fundamental de consulta previa.

También se presenta la omisión absoluta de la consulta previa cuando la misma se adelanta con personas que no son representantes autorizados de las comunidades indígenas o afrodescendientes. En el caso de resguardos indígenas, cuando la consulta no se adelanta con el líder designado por los estamentos del resguardo, sino con un miembro más de la misma que dice ser delegado y representante de los intereses de la aquella; también cuando se adelanta con personas diferentes a los representantes legítimos de los consejos comunitarios o con aquellos que a pesar de ser miembros del mismo, no se les delega para el efecto.

El análisis debe realizarse en el caso concreto puesto que, en algunos casos, no se darán los supuestos en los que la Administración se encontrara con organizaciones formalmente constituidas, debiendo facilitar a la comunidad mecanismos de participación para que esta pueda designar a los representantes que participaran dentro de la consulta; lo cual debe ser llevado a cabo dentro del procedimiento de preconsulta.

3.2 VIOLACIÓN DEL CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO

Se presenta nulidad del acto administrativo cuando a pesar de haberse llevado a cabo el procedimiento de consulta previa, no se tienen en cuenta los acuerdos entre la Administración y las comunidades indígenas o afrodescendientes.

De acuerdo con las reglas establecidas por la jurisprudencia constitucional, si el acto administrativo contiene disposiciones normativas que tienen la potencialidad de afectar directa e intensamente a las comunidades indígenas o afrodescendientes, la Administración solo puede expedir el acto ejecutorio si cuenta con la anuencia de las mismas. En estos supuestos el acto administrativo resulta arbitrario y manifiestamente contrario al orden jurídico, pues además de

violarse el derecho a la consulta previa se colocan en peligro otros derechos fundamentales como la subsistencia misma del grupo en tanto la puesta en peligro de su status es extrema.

El acto administrativo es nulo cuando, a pesar de que no se necesita el consentimiento para adoptar la medida, la autoridad administrativa no toma en cuenta las condiciones que en el proceso de consulta exigieron las comunidades indígenas y afrodescendientes, expidiendo el acto administrativo de forma arbitraria. Aquí se presenta una vulneración por violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁴⁷, toda vez que no se toma en cuenta el consentimiento de la comunidad y sus intereses plasmados en el proceso de consulta.

El acto administrativo es anulable cuando, a pesar de que se adelanta la consulta previa, la Administración utiliza maniobras engañosas o coacción para obtener el consentimiento de las comunidades que se afectaran por la expedición del acto administrativo. Utilizar información falsa e incompleta sobre los alcances del acto administrativo y sus efectos, o cualquier otro tipo de maniobra engañosa viola el principio de buena fe por parte de los administrados, generándose una irregularidad sustancial que defrauda expectativas normativas que los administrados esperan se den cumplimiento.

Del mismo modo, utilizar métodos coercitivos para obtener la aprobación de las condiciones del acto administrativo, genera la nulidad del acto administrativo: la

⁴⁷ RAMIREZ ESCUDERO, Daniel Sarmiento. El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007. Pag. 67-68. “El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo ha encontrado su verdadero hábitat en la aplicación de sus contenidos a la actividad formal administrativa, lo que la dogmática ha clasificado en actos, contratos, coacción y actividad técnica administrativos. Si bien la administración puede sufrir un control de proporcionalidad de sus disposiciones reglamentarias, el ámbito “natural” del principio, donde se topará difícilmente con la función deferente y hallará juicios con de derechos subjetivos e intereses legítimos involucrados, es el de la actividad administrativa. Aquí la administración ejerce sus competencias no normativas y aplica de manera individual lo dispuesto en las disposiciones que atribuyen competencia. Con todo, la actuación central de la Administración, su quehacer diario, se encuentra en este tipo de actos, que en ocasiones pueden manifestarse de manera desproporcionada a la luz del ordenamiento. Cuando se da esta situación y contamos con un acto, contrato, coacción o actividad técnica excesiva en relación con los fines de la potestad, estaremos ante una actuación desproporcionada y susceptible de impugnación por contravenir el principio de proporcionalidad”.

violencia física sobre los representantes de las comunidades o sobre los miembros del grupo, así como la utilización de los poderes que se derivan de la investidura del cargo, generan un vicio insubsanable del acto administrativo. Si un tercero ejerce coacción, y la Administración no hace nada al respecto, viola el derecho fundamental por defraudación de su deber de proteger a los pueblos indígenas y afrodescendientes.

4. UBICACIÓN DE LA OMISIÓN DE CONSULTA PREVIA DENTRO DE LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

4.1 LA ACCIÓN CONTENCIOSA DE NULIDAD CON PRETENSIÓN DE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Son tres medios⁴⁸ los consagrados en el Código Contencioso Administrativo para controlar la legalidad de los actos administrativos: la nulidad por inconstitucionalidad, la nulidad simple y la nulidad y restablecimiento del derecho.

4.1.1 Nulidad por inconstitucionalidad

El artículo 135 de la Ley 1437 de 2011 dispone el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, así:

“Artículo 135. Nulidad por inconstitucionalidad. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional

⁴⁸ Con la expedición de la ley 1437 de 2011, se abandonó la denominación que se daba a las diferentes acciones contencioso administrativas establecidas por el decreto 01 de 1984, pues hoy se les denomina “medios de control”. Con el nuevo Código Administrativo se considera que existe una acción contenciosa administrativa en la que se establecen diferentes pretensiones, entre ellas la de nulidad de actos administrativos, a diferencia del criterio establecido en el decreto 01 de 1984, en el cual la acción de nulidad era considerada una acción administrativa diferente a la electoral; Según la doctrina: “La distinción entre las nociones procesales de acción y pretensión, la primera el derecho público subjetivo de toda persona a acudir ante un juez con una pretensión y ésta última entendida como la prestación buscada, esto es la protección judicial del derecho vulnerado, utilizadas indistintamente en el código de 1984 y los problemas que tal tratamiento trajo consigo (imposibilidad de acumulación de acciones, entre otros), llevaron a omitir el término acción para identificar las diferentes pretensiones procesales que pueden ser formuladas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, cuyo objeto está constituido por el mantenimiento del orden jurídico y el reconocimiento de los derechos amparados en las normas”: CORREA PALACIO, Ruth Stella. Las novedades en relación con las pretensiones procesales en la Ley 1437 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En: Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre. 2012. Pág. 441. || Debe indicarse que la acción contenciosa administrativa es una de las características diferenciadoras del modelo contencioso administrativo francés, en la cual no existen acciones contenciosas administrativas sino *recursos administrativos* en contra de las decisiones ejecutorias proferidas por la Administración, habida cuenta que el Consejo de Estado no es un órgano del poder judicial sino de la Administración Pública. Al respecto, véase, OSPINA GARZON, Andrés Fernando. De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo ¿un viaje de ida y vuelta? Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009. Así mismo, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 25-70.

en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.

Parágrafo. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”.

La acción contencioso administrativa con pretensión de nulidad por inconstitucionalidad o, como lo denomina la ley, el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad es una acción pública⁴⁹ que puede interponer cualquier ciudadano en contra de actos administrativos de carácter general dictados por el gobierno nacional o por organismos distintos de este, así como Entidades territoriales (Departamentos, Municipios o Distritos).

Respecto de los actos administrativos de carácter general dictados por el gobierno nacional, solo podrán interponerse contra aquellos cuyo control, según la Constitución Política, no corresponda a la Corte Constitucional⁵⁰.

Esta acción pública no procede contra actos administrativos de carácter particular, sino exclusivamente contra actos de carácter general, por violación directa de la Constitución, pues según el artículo 135 que se analiza, interpuesta la demanda con pretensión de nulidad por inconstitucionalidad, debe analizarse si el acto

⁴⁹ Nos referimos a acción pública en el sentido empleado por la doctrina clásica del derecho procesal civil, en donde fue acuñado y desarrollado el concepto de acción: “La *acción o derecho de obrar procesal* (con su contenido de pretensión de sentencia) es un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo mediante sentencia favorable”. GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil. Editorial Labor S. A. Barcelona: Labor S. A. 1956. Pág. 96.

⁵⁰ En este sentido debe decirse que el medio de control por inconstitucionalidad es un desarrollo directo del numeral 2° del artículo 237 de la Constitución Política, que determina que corresponde al Consejo de Estado: “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

administrativo o los que se desprendan del mismo son violatorios de normas constitucionales.

La fuente para estudiar el caso de nulidad son normas de carácter constitucional, excluyéndose las legales y las reglamentarias. La causal de nulidad no se refiere solamente a la violación de las normas contenidas en la Constitución Política, sino a todas aquellas que la misma Constitución ordena que tengan el carácter de constitucionales. A partir de esa premisa se colige que puede pedirse la nulidad de actos administrativos de carácter general proferidos por el Gobierno nacional, por los órganos distintos a aquel y por las distintas entidades territoriales, por desconocimiento al bloque de constitucionalidad, de entre los cuales hace parte el Convenio 169 de la OIT.

El alcance de la disposición permite que

“en la sentencia que le pone fin al proceso iniciado con pretensión de esta naturaleza, el juez podrá pronunciarse sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales. Se trata de aquellas normas que repliquen en iguales términos las que si fueron demandadas”⁵¹.

Si el acto administrativo contiene disposiciones que afectan directamente a grupos culturalmente diferenciados, en tanto el acto y sus efectos modifican su estatus y posición jurídica de grupos especialmente protegidos constitucionalmente, deberá ser retirado del ordenamiento jurídico por el Juez Contencioso Administrativo; es decir, en los eventos en que se expida un acto administrativo con omisión absoluta de la consulta previa o con violación del consentimiento, previo, libre e informado.

Para el éxito de su pretensión, el accionante deberá demostrarle al Juez Contencioso Administrativo, que el acto administrativo infringió el convenio 169 de

⁵¹ CORREA PALACIO, Ruth Stella. Óp. Cit. Pág. 456.

la OIT, el cual al ser parte del bloque de constitucionalidad, contiene disposiciones de carácter constitucional.

4.1.2 Control inmediato de legalidad

El control inmediato de legalidad constituye una figura novedosa en el derecho administrativo colombiano⁵², habida cuenta que en el Decreto 01 de 1984 no se consagró este control frente la expedición de actos administrativos expedidos por las autoridades nacionales en ejercicio de sus funciones administrativas y las entidades territoriales, en desarrollo de los decretos legislativos expedidos por el Ejecutivo durante los estados de excepción.

Esos actos administrativos de carácter general deben ser enviados por la autoridad administrativa, dentro de las 48 horas siguientes a su expedición, para su control inmediato por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Debido a la urgencia y por la excepcionalidad misma de los actos administrativos, no resulta necesario adelantar un proceso de consulta para determinar el alcance de las medidas administrativas, pues por el carácter de la consulta previa, la misma resulta inidónea frente a las medidas excepcionales tomadas por las autoridades en los actos administrativos.

A pesar de ello, si el acto administrativo contiene disposiciones que consagran medidas absolutamente irrazonables y desproporcionadas frente a los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción, debe ser retirado del ordenamiento jurídico, especialmente si el acto administrativo impone cargas y gravámenes irrazonables y desproporcionados a comunidades indígenas o

⁵² Ley 1437 de 2011. "Artículo 136. Control inmediato de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código. ||Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento."

afrodescendientes, en la medida en que, durante los estados de excepción, deben respetarse los derechos fundamentales de los administrados, carácter que comparte el derecho a la consulta previa.

Si el acto administrativo impone cargas que afectan intensamente los derechos fundamentales de los pueblos étnicos, indígenas y afrodescendientes, el acto administrativo debe ser retirado del ordenamiento jurídico, por afectar el núcleo esencial del derecho fundamental a la estabilidad del grupo y a sus condiciones de existencia.

4.1.3 Nulidad simple

El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, consagró la nulidad de actos administrativos de carácter general por “infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.”

Excepcionalmente puede acudirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el objeto de pedir la nulidad de actos administrativos de carácter particular cuando la nulidad no genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero; cuando se trate de recuperar bienes de uso público; cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico y cuando la ley lo consagre expresamente.

La regla general es la nulidad de actos administrativos de carácter general y la excepción es la nulidad simple de actos administrativos de carácter particular, por las causales determinadas en la ley.

Del criterio de afectación directa, proveniente del convenio 169 de la OIT, debemos decir que procede la nulidad simple no solo en contra de actos

administrativos de carácter general, sino también frente a aquellos de carácter particular en la medida en que se proyecte una afectación directa de los intereses colectivos de comunidades indígenas y afrodescendientes, y se halla desconocido el deber de adelantar la consulta previa o, habiéndose adelantado la misma, se vulneró el consentimiento de las comunidades culturalmente diferenciadas para la adopción de la medida administrativa.

4.1.4 Nulidad y restablecimiento del derecho

El artículo 138 del Código Contencioso Administrativo consagra la pretensión de nulidad de los actos administrativos y el restablecimiento del derecho del mismo, en los siguientes términos:

“Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

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

Caben las mismas consideraciones respecto de la acción de nulidad simple; sin embargo debe agregarse que el restablecimiento del derecho es diferente a la consulta previa cuya misión es la que fundamenta la declaratoria de nulidad del acto administrativo.

El restablecimiento del derecho se refiere a derechos subjetivos de la comunidad culturalmente diferenciada o de sus miembros individualmente considerados, que se vieron afectados por la expedición de un acto administrativo cuyo contenido los afectó directamente. La pretensión de restablecimiento del derecho busca sanear las consecuencias nocivas del acto administrativo sobre la comunidad indígena o

afrodescendiente; no es restablecimiento del derecho la realización de la consulta previa.

4.2 LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Con el objeto de dilucidar si la nulidad del acto administrativo por omisión de la consulta es una causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, resulta necesario realizar una aproximación a las diferentes causales de nulidad que son tradicionalmente admitidas por la ley, por la doctrina y por la jurisprudencia. Los actos administrativos, siguiendo las líneas del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, son nulos, en primer lugar, cuando han sido expedidos con infracción de normas en que deberían fundarse; en segundo lugar, cuando sido expedidas sin competencia; en tercer lugar, cuando han sido expedidos en forma irregular, esto es, con violación del procedimiento establecido para el efecto; en cuarto lugar, con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa; en quinto lugar, cuando ha sido expedido mediante falsa motivación; y, en sexto lugar, cuando han sido expedidos con desviación de las atribuciones de quien los profirió, en otras palabras, cuando han sido expedidos por desviación de poder.

4.2.1 Violación de normas constitucionales y legales

Los actos administrativos, a causa de su sometimiento al orden jurídico, deben ser expedidos siempre y cuando se adecuen a normas superiores. La doctrina tiene dicho que esta causal es general y amplia pues incluye al resto de causales establecidas en la Ley. Si el acto administrativo se expide en contravía a disposiciones superiores el mismo carece del sustento normativo para tenerse como válido por parte del ordenamiento jurídico.

4.2.2 Nulidad por incompetencia

La Administración Pública y los miembros que conforman la función pública, al proferir un acto administrativo deben actuar con la competencia otorgada por la Constitución, la Ley o el reglamento, e inclusive, con competencia otorgada

mediante modalidades de acción administrativa como la delegación, desconcentración y descentralización. Cuando se expide un acto administrativo por un funcionario sin la competencia otorgada por el ordenamiento jurídico, incurre en un vicio sustancial que genera el deber al Juez Administrativo de retirarlo del ordenamiento jurídico.

4.2.3 Nulidad por haberse expedido irregularmente

Los actos administrativos tienen un procedimiento previo de formación, que se concreta en el llamado procedimiento administrativo; cuando se desconocen disposiciones del procedimiento o se adelanta sin tener en cuenta las reglas jurídicas y los principios que rigen a la actuación administrativa, se causa una irregularidad en la etapa previa a la formación del acto que se extiende hasta su validez, una vez ha sido expedido.

4.2.4 Nulidad por violación al derecho de audiencia y de defensa

La nulidad por violación al derecho de audiencia y de defensa ocurre cuando el acto administrativo, tanto en su etapa de formación como en el acto mismo, se desconocen las garantías constitucionales del debido proceso establecidas en el artículo 29 de la Constitución Política y las establecidas en el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4.2.5 Falsa motivación

La motivación del acto administrativo constituye un requisito de la esencia del mismo, por lo que su omisión o indebida motivación genera un vicio insalvable en el acto administrativo; de allí que la decisión administrativa expedida sin motivación alguna o con una indebida motivación sea contraria al ordenamiento jurídico. En ese sentido la Corte Constitucional ha determinado que

“El deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la Administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la Administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos

de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión”⁵³.

La motivación del acto administrativo “corresponde a las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso inducen a su expedición, o lo determinan, puesto que la Administración no puede actuar caprichosamente, es por esto que en las actuaciones fundamentalmente regladas, sus actos están casi totalmente determinados de antemano”⁵⁴, lo que implica que su omisión o una motivación indebida implica un defecto *sustancial* en el acto de la Administración que lo hace contrario al ordenamiento jurídico. De manera paladina la jurisprudencia administrativa tiene dicho que:

“El acto de la Administración obedece a unas circunstancias fácticas y legales anteriores a su expedición, las cuales deben ser expresadas en el cuerpo de la decisión, salvo excepción legal, con el objeto de que los afectados con el acto conozcan las razones que influyeron para su expedición, ya que “la Administración no puede actuar caprichosamente, sino que por el contrario, debe hacerlo respondiendo a las circunstancias de hecho y derecho que en cada caso correspondan.”⁵⁵

El Código Contencioso Administrativo establece la obligación de motivar, en forma sumaria,⁵⁶ las decisiones de la Administración, a pesar de lo cual hay que entender que la motivación debe incluir la totalidad de los aspectos en los cuales es necesario tener en cuenta, como reiteradamente lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia, que la motivación no se cumple con cualquier fórmula de carácter general, llamadas comodín o *passe-partout*⁵⁷, sino que ella ha de ser suficiente, esto es ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión, en cada caso concreto.

⁵³ Corte. Constitucional. Sentencia SU-917 de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de febrero de 2009. C. P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 15797.

⁵⁵ HÉCTOR ESCOLA. Tratado general de procedimiento administrativo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1975. pág. 89.

⁵⁶ Sumario, *ria*. adj. Reducido a compendio; breve, sucinto. Diccionario de la Real Academia Española, vigésima primera edición, Madrid, Editorial Espasa Calpe, S.A., 1992. Tomo II, pág 1919. MARIENHOFF señala que la motivación ideal o perfecta es aquella que contiene “una relación de las circunstancias de hecho y derecho que determinaron la emanación del acto” y concluye diciendo que “la motivación idónea o eficaz requiere que ella sea “suficiente” para apreciar con exactitud los motivos determinantes del acto.” Tomo II, págs. 331 y 332.

⁵⁷ Son aquellas que valen para cualquier supuesto y no para el supuesto determinado que se decide.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina afirman, cuando se trata de actos de carácter particular y concreto, que la Administración debe señalar en la decisión cuales fueron los motivos de hecho y derecho que dieron lugar a la expedición del acto administrativo, con el fin de permitir a los implicados en la decisión ejercer su derecho de audiencia y defensa y, además, controvertir y controlar el ejercicio de la función administrativa^{58,59}.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha dicho que:

“la Administración debe señalar en la decisión cuales fueron los motivos de hecho y derecho que dieron lugar a la expedición del acto administrativo, con el fin de permitir a los implicados en la decisión ejercer su derecho de audiencia y defensa y, además, controvertir y controlar el ejercicio de la función administrativa”⁶⁰.

Un acto administrativo, en el que no se expresan los fundamentos facticos y jurídicos que lo sustentan, o cuando estos son sustentados de manera indebida, habilitan al Juez Contencioso Administrativo para retirar el acto del ordenamiento jurídico.

4.2.6 Desviación de poder

En sentencia C-456 de 1998, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, se definió la figura de la desviación de poder en los siguientes términos:

“El vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”.

En concepto de MARIENHOFF la violación de la finalidad del acto administrativo “se particulariza fundamentalmente por trasuntar un contenido o elemento

⁵⁸ “Tratándose de actos administrativos que creen o modifiquen una situación jurídica de carácter particular o concreto, reconozcan o nieguen un derecho, la motivación del acto constituye una garantía que le permite al beneficiado o afectado conocer y controvertir la decisión con mayor seguridad jurídica.” Sala plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de marzo de 1999, Exp. S-780.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de junio de 2004. C. P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 15705.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de junio de 2004. C. P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 15705.

subjetivo psicológico, caracterizado por la voluntad -generalmente encubierta o disimulada- de lograr determinado fin”⁶¹.

Por otro lado para GARCÍA DE ENTERRÍA⁶², la desviación de poder no sólo se presenta cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia, sino en el evento en que “abstracción hecha de la conducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa”.

Al decir de Georges VEDEL⁶³ “la utilidad de la desviación de poder subsiste como último remedio en ciertas hipótesis, es decir, en general cuando la ilegalidad no puede ser descubierta mediante ningún control de naturaleza objetiva”. De este modo “la desviación de poder incorpora a la legalidad ciertos principios de moralidad cuya observancia el juez estima necesaria⁶⁴”.

El Consejo de Estado ha manifestado, refiriéndose a la noción de desviación de poder, que “las atribuciones o poderes otorgados a los funcionarios o corporaciones deben siempre ejercerse en razón del interés general del buen servicio público; el poder ejercicio con fines distintos, es un poder torcido o desviado de sus propios fines⁶⁵”.

Igualmente, ha dicho el Consejo de Estado que “el desvío de poder está constituido por los hechos de una autoridad administrativa que observando las formalidades requeridas y realizando un acto de su competencia *ratione personae*,

⁶¹ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1982, pág. 517.

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas. 1986, pág. 443.

⁶³ VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, pág. 587

⁶⁴ Ídem. Pág. 513

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 13 de Septiembre de 1968, C.P: Hernando Gómez Mejía) y- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2da, Sentencia del 3 de agosto de 1988, C.P. Álvaro Lecompte Luna.

y no violando la ley, abusa de su poder con un fin y por motivos distintos a aquellos en vista de los cuales se le confirió⁶⁶”.

El Consejo de Estado ha dicho que lo que no exime por supuesto al juzgador de tener las pruebas necesarias “que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la Administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley”⁶⁷.

4.3 EL ENCUADRAMIENTO DE LA OMISIÓN DE LA CONSULTA PREVIA DENTRO DE LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Frente a la causal de nulidad por violación de normas superiores en que debería fundarse, es claro que, al ser una causal donde convergen las demás causales de nulidad del acto administrativo, la omisión de la consulta encuadra perfectamente en esta causal, habida cuenta que lo que se discute frente la nulidad del acto administrativo por omisión de la consulta previa, es precisamente, si se desconocieron las disposiciones contenidas en el convenio 169 de la OIT, la Ley 99 de 1993 y el decreto 1320 de 1998. En el análisis de los pronunciamientos del Consejo de Estado encontramos antecedentes de como el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo abordó el estudio de acciones contencioso administrativas de nulidad, en las que precisamente se discutía la violación de normas superiores.

No es admisible ubicar la omisión de la consulta, como causal de nulidad del acto administrativo, en el vicio que afecta la validez por ausencia de competencia de la autoridad y el funcionario que lo expidió, pues en la omisión de la consulta previa no se discute que el acto haya sido expedido sin competencia por el funcionario

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Septiembre 30 de 1975, C.P. Gustavo Salazar Tapiero.

⁶⁷ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 31 de Agosto de 1988. C.P. Clara Forero de Castro.

que lo expidió sino que el leitmotiv del asunto lo constituye la omisión absoluta de un mecanismo de obligatorio adelantamiento por parte de la Administración, en garantía de grupos culturalmente diferenciados.

Respecto de los vicios por violación al debido proceso, debemos decir que si existía el deber por parte de la Administración de adelantar la consulta previa, no se adelantó, y se expidió una decisión administrativa, se omitió una etapa fundamental en el desarrollo de la actuación administrativa, por lo que fácilmente podríamos encuadrar la omisión de la consulta previa dentro de este vicio invalidante del acto administrativo. Cabe decir lo mismo del derecho de audiencia y defensa, pues al ser la consulta previa un procedimiento en donde debe existir lealtad entre los intervinientes, actos arbitrarios de la Administración o maniobras engañosas y coercitivas afectan el núcleo esencial del derecho de defensa de comunidades culturalmente diferenciadas.

Del mismo modo, la cláusula de nulidad del acto administrativo por omisión de la consulta previa puede encuadrarse en la falsa motivación del acto administrativo, cuando se consigne en la parte motiva del acto administrativo el haber adelantado el procedimiento de consulta previa, cuando en la realidad el mecanismo de concertación fue llevado a cabo; también puede haber falsa motivación cuando se dice haber obtenido el consentimiento previo, libre e informado por parte de la comunidad para expedir un acto administrativo que afecta directamente a grupos étnicamente minoritarios y de especial protección constitucional, así como cualquier motivo que no encuentre sustento en los supuestos facticos ocurridos en la realidad.

Con relación a la desviación de poder, en tanto al ser una causal residual que se utiliza cuando ha fallado el control objetivo de legalidad acto administrativo, no puede ubicarse la omisión de la consulta previa, en la medida en que esta se constata objetivamente, frente a las circunstancias particulares del caso, no frente la voluntad arbitraria y contraria al interés público de quien lo expidió.

A pesar de ser compatible con algunas de las causales, debe tenerse en cuenta que la cláusula de nulidad del acto administrativo por omisión de la consulta previa, tiene características propias frente a su determinación y procedencia en el caso concreto, que deben ser tenidas en cuenta por el Juez contencioso administrativo al momento analizar si un acto administrativo de carácter general o particular debe ser retirado del ordenamiento jurídico.

5. CONCLUSIONES

- La cláusula de nulidad de decisiones administrativas establecida en el Código Administrativo es de rango amplio en cuanto afecta a actos administrativos, contratos administrativos y convenios interadministrativos, expedidos o celebrados sin llevarse a cabo el procedimiento de consulta previa en los eventos en que el orden jurídico así lo exija, debiendo determinar el operador jurídico en cada caso la necesidad de adelantar el procedimiento de consulta previa.
- Se identifican dos conceptos de consulta previa, uno estricto, que lo concibe como una actuación administrativa de carácter formal, que debe adelantarse frente a los casos taxativamente definidos por el legislador; otro de carácter amplio o garantista, que define a la consulta previa como un derecho fundamental frente a cualquier clase de medida legislativa o administrativa capaz de afectar directamente a grupos culturalmente diferenciados de especial protección constitucional.
- El desarrollo de la concepción estricta del procedimiento de la Consulta previa se encuentra en la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1320 de 1998, cuerpos normativos que establecen la obligatoriedad de la consulta previa únicamente frente a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas o de comunidades afrodescendientes, así como en la jurisprudencia del Consejo de Estado; la concepción amplia o garantista de la consulta previa como derecho fundamental deriva del convenio 169 de la OIT y en el desarrollo que sobre el mismo ha dado la Corte Constitucional.

- La definición de los alcances del deber de adelantar la consulta previa dada por el Consejo de Estado se encuentra en contradicción con la posición planteada por la Corte Constitucional, respecto de la fuente de derecho para determinar los eventos en los cuales debe realizarse la consulta previa, pues mientras la primera corporación se atiene a lo previsto por la ley y el reglamento, la segunda entiende que la fuente de derecho principal es el Convenio 169 de la OIT, enfoque que se halla acorde con la coherencia del ordenamiento jurídico, pues acepta también los supuestos jurídicos previstos en la ley y el reglamento como eventos de procedencia de la consulta previa, considerando estos como eventos previamente definidos por el legislador en los cuales debe llevarse a cabo la consulta previa.

- Al ser las normas del bloque de constitucionalidad de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades administrativas, la fuente principal de interpretación para analizar cuando se tiene el deber de adelantar la consulta previa es el convenio 169 de la OIT, cuerpo normativo de aplicación directa que entiende que, existe el deber de adelantar la consulta previa cuando medidas legislativas o administrativas, entre estas, actos administrativos, contratos o convenios administrativos, producen una afectación directa a comunidades indígenas o afrodescendientes; en ese sentido, debe seguirse las reglas jurídicas de procedencia establecidas por la Corte Constitucional, cuya violación genera el fenómeno de la omisión de la consulta previa.

- Las reglas jurídicas de procedencia de la consulta previa desarrolladas por la Corte Constitucional a partir del bloque de constitucionalidad, son las que debe verificar el operador jurídico con el objeto de determinar si se omitió el deber de adelantar la consulta previa por parte de la autoridad administrativa. Estas reglas son: (i) es una actuación administrativa

tendiente a concertar entre la Administración y los administrados frente a una medida administrativa que vaya adoptar aquella; (ii) esa medida administrativa debe producir una afectación directa, entendiendo por esta la modificación del estatus y posición jurídica de un grupo de administrados, de carácter positivo o negativo, debiendo diferenciarse si la afectación además de ser directa es intensa, evento en el cual deberá obtenerse el consentimiento de los administrados para proferir el acto administrativo; (iii) ese grupo de administrados a los que la medida afecta, debe ser comunidades indígenas o afrodescendientes; (iv) el proceso es un espacio de concertación y en el que debe propenderse por el mantenimiento del consentimiento libre e informado durante toda la actuación administrativa, debiendo los grupos indígenas o afrodescendientes estar representados por quienes deleguen para la defensa de sus intereses.

- El fenómeno de la omisión de la consulta previa se presenta cuando, siendo la misma obligatoria, se produce la omisión absoluta del procedimiento o se viola el consentimiento en contravía a la concertación que debe regir entre las partes en el desarrollo de la consulta.
- La omisión absoluta del procedimiento de consulta previa ocurre cuando teniendo el deber de llevarse a cabo, nunca se inició o se dio trámite a dicha actuación administrativa; también cuando se llevan a cabo actuaciones que no reúnen las características de la consulta previa, referidas a que la misma es un procedimiento previo y una instancia de concertación de los intereses de la administración pública con los de las comunidades indígenas o afrodescendientes; igualmente, cuando la Administración ha adelantado el procedimiento de consulta con sujetos que no son representantes o delegados de las comunidades indígenas o afrodescendientes.

- El segundo supuesto cuando se ha expedido un acto administrativo con violación del consentimiento libre e informado, debiendo determinarse, como situación preliminar determinarse si la medida afecta directamente a comunidades indígenas o afrodescendientes de forma simple o de forma intensa, pues en el primer caso la decisión administrativa solo será nula si la Administración toma una decisión desproporcionada e irrazonable en contravía de los intereses de las comunidades protegidas en virtud de sus condiciones culturales, pues no está obligada a obtener el consentimiento previo o autorizante de la comunidad. Si se deduce del contenido del acto administrativo que con la expedición del mismo se afectarían directa e intensamente a las comunidades, la Administración no podrá expedir la decisión ejecutoria sino con la anuencia de la comunidad, por lo que el mismo podrá ser retirado del ordenamiento jurídico por el juez contencioso administrativo si no se tiene en cuenta el consentimiento previo de la comunidad. También habrá nulidad del acto administrativo por violación del consentimiento libre e informado cuando se utilizan maniobras engañosas o información incompleta sobre los alcances de los efectos del acto administrativo, o coercitivas para obtener el consentimiento de las comunidades sobre el contenido del acto administrativo.

- La omisión de la consulta previa como causal de nulidad del acto administrativo no es una causal de nulidad novedosa en el derecho colombiano, pues la misma encaja en varias de las causales de nulidad tradicionalmente analizadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano.

- A pesar ocupar un lugar autónomo en el código administrativo como cláusula de nulidad de decisiones administrativas, la omisión de la consulta previa puede encuadrarse dentro de las diversas causales propuestas por

el legislador en el Código Contencioso Administrativo, dependiendo de la naturaleza de la regla de procedencia de la consulta previa omitida, teniendo como regla general que la violación a todas las reglas encuadran dentro de la causal general de nulidad por violación de normas superiores, en este caso, violación a normas de carácter supraconstitucional; debe tenerse en cuenta sin embargo, que la misma no encuadra dentro de la desviación de poder porque lo que se sanciona con la misma es la violación a la moralidad administrativa.

- La finalidad del legislador al establecer la mención expresa de la nulidad por omisión de la consulta previa es simbólica, pues además de recordar a la Administración Pública y a sus miembros su deber de concertar con grupos y comunidades indígenas o afrodescendientes, se quiere enviar un mensaje a la sociedad de que el Estado está protegiendo y protegerá a las comunidades indígenas o afrodescendientes.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

ALVAREZ JARAMILLO, Luis Fernando. *Antecedentes y presentación general de la ley 1437 de 2011*. En: Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Visible en: <http://190.24.134.67/pce/publicaciones/LIBRO%20MEMORIAS%20Nuevo%20CCA.pdf>.-

BUITRAGO VALENCIA, Susana. *Aportes del Nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al ordenamiento jurídico colombiano*. En: Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Visible en: <http://190.24.134.67/pce/publicaciones/LIBRO%20MEMORIAS%20Nuevo%20CCA.pdf>.-

CASAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I-II. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 7° Ed. 1998.

CORREA PALACIO, Ruth Stella. Las novedades en relación con las pretensiones procesales en la Ley 1437 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En: Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre. 2012. Págs. 435 – 460.

CRUZ RUEDA, Elisa. Mecanismos de Consulta a los Pueblos Indígenas en el marco del convenio 169 de la OIT: El caso Mexicano. En: Revista Pueblos y Fronteras Digital. Universidad Autónoma de México. No. 5. Junio –

Noviembre. 2008. Visible en:
[http://www.pueblosyfronteras.unam.mx/a08n5/pdfs/n5_Art03.pdf].

ESCOLA, Hector Jorge. *Tratado integral de los contratos administrativos*. Tomo I, Parte general. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.

GALVIS, María Clara. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. [<http://www.dplf.org/uploads/1301596126.pdf>]

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I y II Bogotá - Lima: Editorial Temis. 2008.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas. 1986.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, Abeledo-Prelo, Buenos Aires, 1982.

ORDUZ SALINAS, Natalia (coord.). *Tejiendo Derechos. La Consulta previa y el consentimiento libre e informado*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-De justicia. 1° Ed. ISBN 978-958-99142-4-3. 2011.

OSPINA GARZON, Andrés Fernando. *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo ¿un viaje de ida y vuelta?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009.

SALAZAR, Katya. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas*. En: Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal. Numero 14. Septiembre de 2010. [<http://dplf.org/uploads/1285264789.pdf>].

SALINAS ALVARADO, Carlos Eduardo. *La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*. En: Revista de Derecho del Estado. No. 27. Universidad Externado de Colombia. Julio-Diciembre. 2011. Págs. 235-259.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, II, III. Bogota: Universidad Externado de Colombia. 2007.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El Derecho de Defensa en las actuaciones administrativas*. Situación jurisprudencial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1º Ed, 1998.

SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique. *Construcción Doctrinaria de la revocación del acto administrativo ilegal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

SANTOS RODRIGUEZ, Jorge. Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. En: Revista de Derecho Administrativo. No. 1. Universidad Externado de Colombia. Pág. 1-24.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo. I, 8ª ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 2002.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *El Concepto de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2010.

RAMIREZ ESCUDERO, Daniel Sarmiento. *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.

RIVERO, Jean. *Derecho Administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela. 2006.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar; MORRIS, Meghan; ORDUZ SALINAS, Natalia; BURITICÁ, Paula (dirs.). *La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del Derecho Internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes. 2010. Pág. 75.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. *La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia*. En: [<http://200.69.103.48/comunidad/dependencias/facultades/medioambiente/Documentos/Eventos/Tendencias-Administracion/CONSULTA%20PREVIA%20SEMILLAS.pdf>].

ROJAS BETANCOURTH, Danilo. *Legitimidad, validez y eficacia del Nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. En: Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Visible en: <http://190.24.134.67/pce/publicaciones/LIBRO%20MEMORIAS%20Nuevo%20OCCA.pdf>.-

ZAMBRANO CETINA, William. *Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo*

Contencioso Administrativo. En: Memorias Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Visible en: <http://190.24.134.67/pce/publicaciones/LIBRO%20MEMORIAS%20Nuevo%20OCCA.pdf>.-

Jurisprudencia

- Sentencia SU-039 de 1997. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia T-652 de 1998. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-169 de 2001. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia SU-383 de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia T-737 de 2005 M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia T-737 de 2005 M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia T-880 de 2006. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C-030 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-461 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinoza.
- Sentencia C-175 de 2009. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia SU-917 de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio.
- Sentencia T-769 de 2009 M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia T-745 de 2010 M. P. Huberto Sierra Porto.
- Sentencia T-129 de 2011 M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia C- 129 de 2011. M. P. Jorge Iván Palacio.
- Sentencia T-698 de 2011 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva

- Sentencia T-348 de 2011. M. P. Jorge Pretelt Chaljub.
- Sentencia T-376 de 2012 M. P. María Victoria Calle Correa.

Consejo de Estado.

- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 13 de Septiembre de 1968. C.P. Hernando Gómez Mejía.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Septiembre 30 de 1975. C.P. Gustavo Salazar Tapiero.
-
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 3 de agosto de 1988, C.P. Álvaro Lecompte Luna.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 4 de marzo de 1997. C. P. Libardo Rodríguez Rodríguez. Rad. S-673.
- Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 2 de febrero de 2006. C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.
- Concepto de 17 de mayo de 2007. C. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.
- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 20 de mayo de 1999. C. P. Juan Alberto Polo Figueroa. Rad. 5091.
- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de junio de 2004. C. P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 15705.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Diciembre 6 de 2007. C. P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de febrero de 2009. C. P. Myriam Guerrero de Escobar. Exp. 15797.
- Sentencia de 22 de Julio de 2010. C. P. María Claudia Rojas Lazo. Rad. 11001-03-24-000-2002-00373-01.