

# **LA CONSULTA PREVIA**

*Un Análisis Crítico y Constitucional*

**Luis Alberto Rivera Ayala**



**Lijursánchez**

Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S.



La consulta previa.  
Un análisis crítico y constitucional



Luis Alberto Rivera Ayala

**La consulta previa.  
Un análisis crítico y constitucional**



**Lijursánchez**

Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S.

Rivera Ayala, Luis Alberto

La consulta previa : un análisis crítico y constitucional / Luis Alberto Rivera Ayala. -- 1a ed. -- Medellín : Librería Jurídica Sánchez R., 2021.

p.

Incluye bibliografía.

ISBN 978-958-53523-6-0

**texto**

1. Consulta previa 2. Derechos de los indígenas 3. Derechos de los negros I. Título

CDD: 342.8610873 ed. 23

CO-BoBN- a1079822

© Luis Alberto Rivera Ayala

La consulta previa. Un análisis crítico y constitucional

1.ª edición 2021

ISBN: 978-958-53523-6-0

Esta edición y sus características  
gráficas son propiedad de



**Lijursánchez**

Editorial Jurídica Sánchez R. S.A.S.

Calle 46 N.º 43-43

PBX: (57-4) 444 44 98

WhatsApp: 300 200 7382

Código postal: 50016

Medellín, Colombia

E-mail: [info@lijursanchez.com](mailto:info@lijursanchez.com)

Web: [www.lijursanchez.com](http://www.lijursanchez.com)

Hecho el depósito que exige la ley.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, *offset* o mimeógrafo (Ley 23 de 1982).

*Dedicado a mi padre Arturo y a mi hija Arwen;  
cada uno desde su ser, marcan el mío propio.*





## Índice general

	Pág.
Prólogo .....	13
Introducción .....	31
1. La consulta previa en el nuevo orden constitucional colombiano: su fundamentación normativa y jurisprudencial.....	37
1.1. Normatividad constitucional .....	37
1.2. La consulta previa en el bloque de constitucionalidad .....	59
1.3. El derecho de consulta previa en concreto.....	73
1.3.1. La consulta previa como derecho fundamental de comunidades étnicas.....	73
1.3.2. El problema de las comunidades negras como destinatarias del Convenio 169 de 1989 de la OIT .....	87
1.3.3. Concepto de la consulta previa .....	92
1.3.4. Objeto del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas .....	104
1.3.5. ¿Cuándo procede? .....	105
1.3.6. La consulta previa como derecho fundamental colectivo.....	107

1.3.7.	Procedibilidad de la consulta previa.....	114
1.3.7.1.	Frente a medidas administrativas.....	117
1.3.7.2.	Frente a medidas legislativas.....	119
1.3.7.3.	La consulta frente a proyectos, obras o actividades..	125
2.	Marco jurídico colombiano de la consulta previa .....	131
2.1.	Reglamentación sustantiva .....	131
2.1.1.	Ley 21 de 1991.....	132
2.1.2.	Ley 70 de 1993 .....	133
2.1.3.	Ley 99 de 1993 .....	139
2.1.4.	Ley 1437 de 2011.....	143
2.1.5.	Decreto 1320 de 1998 .....	148
2.1.6.	Directiva Presidencial 001 de 2010 y la 010 de 2013.....	150
2.1.7.	Proyecto de ley estatutaria para la reglamentación del derecho de consulta previa de los grupos étnicos	158
2.2.	Procedimiento de la consulta previa.....	159
2.2.1.	Comunidades negras como sujetos de especial protección constitucional .....	163
2.2.2.	La cuestión de las medidas objeto de consulta previa en Chocó .....	168
2.2.3.	La consulta previa de medidas nacionales a las comunidades étnicas .....	175
2.2.3.1.	Etapas .....	199
2.2.4.	La consulta previa de medidas nacionales a los pueblos indígenas.....	212

2.2.4.1.	El contexto de origen: la sangre y la lucha.....	214
2.2.5.	La institucionalidad de la consulta previa en Colombia.	224
2.2.5.1.	Ministerio del Interior .....	224
2.2.5.2.	Protocolo interinstitucional para la consulta previa...	252
	Anexo	
	Ley 21 de 1991.....	265
	Bibliografía.....	295



## PRÓLOGO



### La consulta previa y las comunidades negras

*Rosembert Ariza Santamaría, PhD<sup>1</sup>*

Esta posibilidad de presentar un trabajo de investigación, de reflexión, de compromiso y, sobre todo, de militancia es realmente una oportunidad única para señalar esos elementos que lo hacen un texto de interés, de consulta y de debate jurídico político.

Iré entonces de lo importante para las propias comunidades negras al mundo jurídico y a lo novedoso en este campo de estudio, con una anotación y es la pertinencia de una investigación que se hace con trabajo de campo, experiencia profesional y convicción política, trilogía bastante escasa en el mundo de los abogados y los jueces.

---

<sup>1</sup> Abogado, doctor en Sociología Jurídica, posdoctor Universidad de Brasilia —UnB—, profesor asociado del Departamento de Sociología de la Universidad Nacional de Colombia, miembro de Prujula y defensor de derechos colectivos y de minorías.

El presente libro, según su autor, tiene la pretensión de ser un texto de consulta para estudiantes de Derecho y comunidades que quieran conocer el derecho fundamental a la consulta previa; considero que ese cometido lo logra con creces y encuentro que es un trabajo académico que aporta en los debates centrales del tema, por ello es un texto sólido para la doctrina jurídica en el orden nacional e internacional.

Sin duda, la virtud superior que tiene el texto *La consulta previa. Un análisis crítico y constitucional*, escrito por el profesor y amigo Luis Alberto Rivera Ayala, es que dilucida el problema de las comunidades negras como destinatarias del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo —OIT—, pero como mencioné son varios los aportes que este libro hace para la doctrina y la investigación académica, contribuyendo al debate que este derecho fundamental suscita en nuestro país. Destaco en mayúscula el aporte crítico no muy común en el mundo jurídico que revisa la línea jurisprudencial del derecho fundamental a la consulta previa situando algunos vacíos, inconsistencias y aspectos operativos en los contextos de las comunidades.

Respecto a los aportes para las comunidades negras de este trabajo de investigación destacaría, del análisis hecho por Luis Alberto Rivera, la cuestión de las medidas objeto de consulta previa en Chocó, allí nos recuerda cómo en el departamento, por medio de la organización Foro Interétnico Solidaridad Chocó

—FISCH— se estipuló en el año 2010 un mandato de consulta previa, al cual se acogen 51 organizaciones entre resguardos y consejos comunitarios y que, para proyectos o consultas en dicho departamento, guiará los procedimientos que deban realizarse en el marco del ejercicio de participación y consulta. El mandato es interesante respecto a lo que acontece en el resto del país, pues las más representativas organizaciones étnico-territoriales, tanto de los pueblos indígenas como negros, lograron unificar un solo protocolo o mandato como ellos lo llaman, hecho que evidencia un grado esperanzador de unidad y sincronía organizativa que resulta siempre muy conveniente para defender los derechos de estas comunidades.

El otro aspecto se refiere a las comunidades negras como sujetos de especial protección constitucional; en este tema el autor hace un recorrido por el Auto 005 de 2009, providencia por la cual se hizo seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, que declaró el Estado de cosas inconstitucionales en materia de derechos a la población desplazada, advirtió la grave crisis de estas poblaciones étnicas. En la sentencia, agrega Rivera, la Corte impartió varias órdenes complejas encaminadas a asegurar su superación y a avanzar en la garantía del goce efectivo de los derechos de los desplazados.

El otro análisis es el del Decreto 1372 de 2018 del «Espacio nacional de consulta previa de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras»;

resalta Rivera que esta norma es un aporte importante para la institucionalización o reconocimiento de las instancias o espacios autónomos de consulta previa de las comunidades negras, raizales y palenqueras, además de poner funciones y responsabilidades claras en cabeza del Gobierno nacional sobre todo en la mecánica, la operatividad y la logística necesaria para que este espacio funcione adecuadamente.

La Corte Constitucional ha señalado en la Sentencia C-891 de 2002, con ponencia del magistrado Jaime Araújo Rentería, citando la «Guía para la aplicación del Convenio 169», lo siguiente:

*Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas debe identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos.*

En este sentido, en la Sentencia T-576 de 2014 la Sala aborda el debate sobre la titularidad de los derechos étnicos y las organizaciones legitimadas para representar a las comunidades étnicas; son tres los aspectos claves de este problema jurídico suscitado por una resolución del Ministerio del Interior que desconoce las formas organizativas de los afrocolombianos: i) quiénes son, en



su condición de afrocolombianos, titulares de derechos étnicos como la consulta previa; ii) si la adjudicación de un título colectivo era un criterio constitucionalmente válido para determinar quiénes podían participar en el proceso de elección de los integrantes del Espacio Nacional de Delegados, y iii) qué organizaciones estarían legitimadas para representar a los afrocolombianos en la instancia de consulta previa de los proyectos de ley e iniciativas de incidencia nacional.

Refiere la Corte, en la sentencia, que

El hecho de que la representatividad de las instituciones con las que se realizan los procesos de consulta previa sea un presupuesto clave para el pleno ejercicio de ese derecho fundamental impedía que el ministerio suplantara a las comunidades negras en la definición de las instituciones que podrían representarlas en la instancia de consulta de las medidas de amplio alcance.

Y es que, se repite, no son las autoridades administrativas ni las judiciales las llamadas a establecer qué institución representa legítimamente a determinada minoría étnica. La tarea del Estado en esta materia consiste en facilitar los procesos de decisión que permitan que sean las propias comunidades las que identifiquen a sus instituciones representativas. Lo que no es posible es que estas sean impuestas. Dado que el Convenio 169 insta a que sean las

comunidades interesadas quienes definan, en ejercicio de su autonomía, qué instituciones las representan, no corresponde a la Sala, tampoco, determinar qué organizaciones ostentan ese carácter representativo (Sentencia T-576 de 2014).

En Colombia como ya sabemos el derecho a la consulta previa fue incorporado a la legislación interna por la Ley 21 de 1991, que ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); en todos estos años los antecedentes con el poder ejecutivo y su manejo de este derecho fundamental deja poca credibilidad en su capacidad de gestionar el tema.

«Nos hemos guiado por los lineamientos de jurisprudencia de la Corte Constitucional», explicaba en su momento Natalia Gutiérrez Jaramillo, viceministra del Interior para la Participación Ciudadana e Igualdad de Derechos, de cuyo despacho depende la Dirección de Consultas Previas, que se creó hace apenas unos años.<sup>2</sup>

Agrega la viceministra que:

Ese mecanismo de concertación, no obstante, también se ha prestado para diversas conductas irregulares, como la aparición de supuestas

---

2 *Vanguardia Liberal*. «Consulta previa, defensa de las minorías étnicas». *Vanguardia Liberal*, domingo 27 de julio de 2014.

«nuevas comunidades» indígenas o afros en los sectores donde se ejecutarán los proyectos, campesinos que se hacen pasar por minorías étnicas y hasta «mafias» de abogados y dirigentes que buscan sacar réditos del Gobierno o la empresa privada.

Y aunque existe un proyecto de ley que busca «poner tiempos exactos, instancias concretas de solución, y mecanismos de desbloqueo de negociaciones», al decir de la viceministra de entonces, el ministro del Interior considera que «con la reglamentación que tenemos hoy, no se necesita esa reforma, porque al proyecto también hay que hacerle consulta previa». Estas voces del gobierno nos permiten constatar la línea gubernamental de inconsistencia y diletantismo político de los funcionarios en esta materia jurídico-política.

El Ministerio del Interior ha detectado en su entender cuatro tipos de «malas prácticas» en el proceso de consulta previa que son, a saber: el manejo de información (incompleta o imprecisa), en el manejo del tiempo (generar dilaciones o moras), en el manejo de la representación (representantes de la comunidad que no lo son) y en el manejo de los acuerdos (condicionar con exigencias el avance del proceso).

Lo que olvida mencionar el Ministerio del Interior es la desarticulación institucional y, sobre todo, la falta de coherencia del Estado en materia de reconocimiento y garantía de este derecho fundamental tal como lo

refiere la Sentencia T-129 de 2011; esta jurisprudencia que aborda de manera consistente y concreta la «tensión entre distintas visiones del desarrollo y la necesidad de protección de las riquezas culturales y naturales de la nación», en su parte resolutive sostiene:

Del estudio del caso sometido a revisión, la Sala advierte que uno de los principales rasgos negativos del actuar de las distintas entidades accionadas y encargadas de velar por la protección del territorio de comunidades étnicas y del medio ambiente, es la marcada desarticulación para tratar situaciones como las estudiadas, que claramente tienen núcleos en común. Por lo anterior, en aras de contribuir en la materialización de un esquema de desarrollo sostenible que respete las distintas visiones de desarrollo y la explotación equilibrada del medio ambiente y los recursos naturales, la Corte ordenará al Ministerio del Interior y de Justicia, crear e implementar en el término de ocho (8) meses un mecanismo de información y coordinación que permita articular a todas las entidades involucradas en la presente providencia en lo relacionado con el derecho fundamental a la consulta previa y la consecución del consentimiento libre, previo e informado en los términos y consideraciones de esta sentencia (subrayado fuera de texto).

Luis Alberto Rivera contribuye a esclarecer este tema complejo de la consulta y, profundiza en el

procedimiento o, como él lo denomina, el derecho de consulta en concreto, aborda una revisión de las medidas tomadas, así como la frágil institucionalidad de la consulta en el orden nacional. Y nos adentra en toda la reglamentación sustantiva del tema, aspecto que se constituye en un punto muy pertinente por el tono analítico con respecto al despliegue normativo de la consulta y, como lo señala en el inicio del capítulo dos, las reglamentaciones existentes son insuficientes o nugatorias del verdadero espíritu de este derecho fundamental.

En la misma línea agregaría que desde el año 2012 hasta la fecha los diferentes gobiernos insisten con un fuerte cabildeo para sacar adelante una ley que reglamente la consulta previa.

En el segundo Gobierno Santos, por ejemplo, el vicepresidente de la República lo situó como una necesidad inaplazable; no obstante, en el propio gobierno no encontró el consenso suficiente para concretar este marco legal. El Gobierno Duque, con el Decreto 2353 de diciembre de 2019 reestructurando el Ministerio, logró, de manera indirecta, reglamentar la consulta y dejarla en términos operativos e institucionales en manos del gobierno, pero como anota Luis Alberto Rivera, respecto a este decreto, quizá lo valioso son las reglas relacionadas con las etapas de preparación interinstitucional y el seguimiento a los protocolos o acuerdos hechos con las comunidades consultadas.

Sin embargo, esta pregunta formulada por Rivera deja entrever el fondo del asunto, ¿aseguran íntegramente no volver a cometer los errores de certificación de población étnica que motivaron la Sentencia SU-123 de 2018? Y se responde el autor: somos más del criterio de que las administraciones participativas, con organismos, consejos o directivas de carácter mixta, son, para dichos efectos, más eficientes. Así, consideramos que independiente de la figura administrativa adoptada, es necesario que en estos procedimientos previos de certificaciones de presencias de pueblos plurales estén involucrados representantes nacionales de todos estos pueblos, como prenda de garantía de la veracidad de los documentos y la protección del derecho de consulta previa.

Lo cierto es que el Decreto 2353 de 2019 le da todas las herramientas de control político del tema al ejecutivo, está por verse el papel que desempeñará la Autoridad Nacional de Consulta Previa defendiendo los intereses de las comunidades étnicas y las asimetrías propias del proceso de consulta.

El profesor Luis Alberto Rivera también nos recuerda cómo la consulta previa evidencia los debates y los conflictos del Estado multicultural y sus minorías, desde la sentencia fundacional, la T-428 de 1992 cuyo ponente fuera Ciro Angarita Barón, sobre el llamado conflicto del interés colectivo, señala la discusión de la

tensión más compleja de este derecho en todos estos años. Refiere la sentencia:

En caso de conflicto entre el interés general y otro interés protegido constitucionalmente, la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto y a la luz de los principios y valores constitucionales. Esta labor de interpretación es función primordial del juez y en especial de la Corte Constitucional (Sentencia T-428 de 1992, subraya fuera de texto).

Menciona Luis Alberto Rivera que la sentencia que marcó el camino de la ruta de exigibilidad es la T-129 de 2011, pues estableció los requisitos jurisprudenciales para la realización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas. Son once las reglas jurisprudenciales fijadas y que a la fecha son la base de todos los desarrollos en la materia en el país y en la región.

En la misma Sentencia T-129 de 2011, la Corte destaca la importancia de lograr el consentimiento libre, previo e informado ante las medidas de intervención en territorios étnicos y el derecho de las comunidades de compartir los beneficios. Aplicando una interpretación sistemática del Convenio, refiere la Corte que el Estado tiene la obligación de contar con el consentimiento de las comunidades implicadas antes de adoptar cualquier tipo de medida que involucre el traslado de la comunidad,

ya que esto desconoce el derecho a la existencia e integridad de las etnias. Y agrega, en efecto, ante la necesidad de reforzar la protección de los pueblos indígenas, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la ONU estableció:

### **Artículo 32**

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (subrayado por fuera del texto original).

Un caso ejemplarizante que se puede señalar es frente a la importancia que revisten los sitios sagrados, y la consulta previa y el consentimiento previo libre e informado como un mecanismo de protección. Cuando se vaya a tomar una decisión que pueda afectar dichos pueblos y sus sitios espirituales, debe realizarse la



consulta previa libre e informada. En esta materia se requiere el consentimiento libre, previo e informado ya que los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales y ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas, según el artículo 11, de la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de Pueblos Indígenas. Se requiere el consentimiento ya que su afectación representa alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que lleve a poner en riesgo la existencia de esta (Sentencia T-129 de 2011).

### **Entre no participar y participar para no poder decidir**

En Colombia suceden dos situaciones con respecto a la negación u oposición de las comunidades frente a la consulta previa, el primer aspecto tiene que ver con las consultas en las cuales los pueblos participan pero no llegan a un acuerdo, sobre este punto se pronunció la Corte en las sentencias C-461 de 2008 y T-680 de 2012 y, el segundo caso, cuando no quieren participar en la consulta.

Con respecto al primer caso, la Corte, en la Sentencia C-461 de 2008, afirma lo siguiente en el numeral 6.3.8. *«Preservación de la competencia para adoptar una decisión, no arbitraria y constitucionalmente*

*regulada, en cabeza de las autoridades públicas si no es posible llegar a un acuerdo».*

Agrega la Corte en la misma sentencia:

[...] el proceso de consulta previa no es un mecanismo adversarial de confrontación de intereses, sino una oportunidad valiosa provista por la Constitución Política para que las autoridades públicas propendan porque [sic] los proyectos que afecten directa y específicamente a las comunidades étnicas sean respetuosos de sus derechos fundamentales colectivos e individuales a la integridad étnica, cultural, social y económica.

Sin embargo, cuando después de un proceso de consulta previa en el que hayan sido cumplidas plenamente las diversas garantías constitucionales expuestas en esta providencia, no haya sido posible lograr un acuerdo o una concertación con el grupo étnico afectado, las autoridades preservan la competencia para adoptar una decisión final sobre la realización del proyecto. La adopción de esta decisión es, a su vez, un proceso sujeto a claros mandatos constitucionales; tal y como ha explicado esta Corporación, *«cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad*

*constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. // En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros».*

En cuanto al segundo caso, reiteradamente el Gobierno nacional sostiene que “[...] en los casos de renuencia a participar en la consulta previa sin justa causa el gobierno expidió [sic] la directiva 10 de 2013 que estableció un procedimiento garantista que es el llamado test de proporcionalidad»; con respecto a este tema vale la pena destacar que en la Sentencia T-376 de 2012 la Corte aceptó que un elemento cardinal adscrito a la protección de este derecho lo constituye la determinación de qué es una *afectación directa* sobre las atribuciones de una comunidad. Allí se destacó que ello «hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas». Con todo, también se aclaró que la consulta previa hace parte de un conjunto más amplio de potestades y herramientas de protección a favor de los pueblos; en esa providencia se planteó lo siguiente:

31. Con base en las consideraciones previas se puede concluir, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, que la participación

de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así: (i) la *simple participación*, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la *consulta previa* frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el *consentimiento previo*, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.

Estos elementos expuestos constatan nuevamente que la comprensión y la aplicación de este principio no es recogido de manera coherente por el Gobierno nacional en sus directivas, decretos y proyectos de ley. Por su parte, el profesor Luis Alberto Rivera, con respecto a esta particular discusión, entrega un exhaustivo análisis del tema de la «afectación» como de los impactos en el territorio de la consulta, elementos necesarios en la comprensión de la participación de las comunidades étnicas en el desarrollo, con posibilidad o no de vetar ciertos «emprendimientos».

Para concluir, dejo tres de los más interesantes debates que propone el autor. El primero hace referencia a la posición que Luis Alberto Rivera sostuvo en su

momento respecto a los acuerdos de paz firmados entre el Gobierno del presidente Santos y las FARC-EP; según su opinión, omitieron el deber de consulta a estos pueblos negros e indígenas, por las condiciones de víctimas masivas de la guerra colombiana, por ser sus territorios escenarios de guerra históricos y porque de los puntos acordados, como el 1.º sobre Reforma Rural Integral, el 4.º sobre el problema de las drogas ilícitas que contempla la sustitución de cultivos y el punto 5.º sobre víctimas, se deriva una relación necesaria e indiscutible con estas personas y sus territorios ancestrales.

El segundo debate, en materia de institucionalidad de la consulta previa, sostiene Luis Alberto Rivera que en el Decreto 2353 de 2019, creador de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, el Gobierno nacional fue tímido y cumplidor a secas de la orden constitucional, pues si bien el exhorto convocaba a la creación de una «institución» de consulta previa, bien pudo haber creado una dirección que, además de tener una autonomía administrativa y financiera, tuviera también personería jurídica, pues ello no se lo prohibió la Corte y aquel pudo haber sido más generoso en este aspecto, pudo haber creado una agencia u organismo con personería jurídica, descentralizado del nivel central del Gobierno nacional.

Y, tercero, con respecto al debate concerniente a la financiación de la consulta, el autor sostiene que el tema ya ha sido superado legalmente por el artículo 161

de la Ley 1955 de 2019 en gran parte debido a la creación de una tasa que se supone nutre un fondo para el financiamiento de los procesos de consulta previa; así el pago corresponde a los privados interesados en adelantar procesos de consulta previa, pero son administrados y ejecutados por el Estado por intermedio del Ministerio del Interior que es la entidad encargada de administrar dicho fondo.

Estos, entre otros aportes y temas, son rigurosamente trabajados y analizados en el texto de la investigación que Luis Alberto Rivera Ayala desarrolló en una década de activista, académico y abogado. Ante lo presentado el gran jurista chocoano Diego Luis Córdoba diría atinadamente «No olvido que este es un país de golillas; por manera que si no adorno mi exposición con ropajes jurídicos, quedo perfectamente deslucido...» , espero que la comunidad jurídica y política reconozca la valía de este esfuerzo personal e intelectual.

Bogotá, 2 de agosto de 2020

## Introducción



En este libro, he decidido recopilar gran parte de mis pensamientos, análisis, juicios e interpretaciones relacionados con la consulta previa, que, como deben saber, es un derecho fundamental de naturaleza colectiva del que son depositarios los grupos étnicos. De mi trabajo como abogado defensor de derechos humanos, defensor de Consejos Comunitarios en varias regiones del país, abogado litigante, socio-investigador y profesor universitario, conferencista nacional e internacional he mantenido una relación casi necesaria con las discusiones que siempre han rodeado a la consulta previa y que la han puesto en muchas ocasiones como eje de debate nacional. Y en todos esos irs y venires académicos y profesionales han sido muchas las reflexiones que se han provocado con colegas y profesores de Derecho aquí en Colombia y de otros países, como Brasil, Ecuador o Chile, en donde este derecho étnico genera pasiones y tensiones permanentemente. En este libro, quise evidenciar parte de esas disquisiciones personales y colectivas que la consulta previa ha dejado como rastro.

Y es que han sido muchas las ocasiones en las cuales a la consulta previa y a sus destinatarios, generalmente indígenas y afrodescendiente, se les ha criticado por sectores conservadores de la sociedad, y también por los ultraliberales, si pudiéramos darles ese nombre, que han atacado ferozmente este derecho por considerarlo una tranca contra la «economía y desarrollo nacional». Lo paradójico es que hasta apenas 2018, cerca de una decena de municipios de Colombia de departamentos como Tolima y Cundinamarca con población no perteneciente a comunidades negras e indígenas, mediante consultas populares vetaron la viabilidad de proyectos mineros a gran escala en sus territorios. Pareciera, entonces, que el bicho de las consultas populares como factor de obstáculos al «desarrollo nacional» no es asunto exclusivo de negros y cholos.

Pero, más allá de los elementos de discusión política y económica que parecen flotar inevitablemente alrededor de las consultas previas, hay otras discusiones eminentemente jurídicas y filosóficas que también nos deben parecer interesantes y merecen nuestro tiempo y esfuerzo para ser analizadas.

Las consultas previas, como ejercicio *iusfundamental*, se desarrollan regularmente en contraposición con algún otro derecho o facultad jurídica de quien desarrolla el proyecto materia de consulta, obligándonos a realizar ponderaciones de principios y juicios de razonabilidad para poder



resolver las pugnas que generan las consultas. Hemos visto cómo la Corte Constitucional ha venido, desde hace más de veinte años, delineando este derecho y desarrollando una serie de subreglas que le han dado el pragmatismo necesario a la consulta previa para que hoy sea un arma muy eficaz en la defensa de los intereses de las comunidades negras e indígenas.

En la mayoría de los casos, la Corte ha acertado en la resolución de los casos y en el establecimiento de las reglas de interpretación y aplicación de la consulta; en otras ocasiones en particular he estado en desacuerdo como lo expondré en su momento en este libro.

Por su lado, el Gobierno nacional ha intentado muchas veces intervenir en el establecimiento de pautas para la ejecución de los procedimientos de consulta previa, sobre todo de aquellas medidas de alcance nacional que es en las que el Gobierno tiene mayor interés y en las cuales la consulta previa y sus comunidades adquieren mayor importancia y trascendencia. No podemos decir que estas intervenciones han sido todas correctas; muchas de ellas fueron un gran despropósito, como la Directiva Presidencial 001 de 2010 del Gobierno Uribe Vélez que violó el mismo derecho de consulta previa que buscaba reglamentar y que el suscrito autor de este libro, el colectivo de abogados José Alvear Restrepo y la Corporación Jurídica Tierra Digna demandamos ante la sección primera del Consejo de Estado; caso aún sin fallo. Es en este punto en el que mayor pugna se ha suscitado

entre las autoridades administrativas y las comunidades consultadas.

La consulta previa ha sido también objeto de análisis y debate internacional, pues es un derecho fundamental internacional de los pueblos indígenas y tribales, con nacimiento en 1989 mediante el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que ha provocado pronunciamiento de muchas cortes con control de constitucionalidad en América Latina y por jurisdicciones multilaterales como la Corte Interamericana, a quien le debemos unos fallos muy interesantes que tendremos oportunidad de comentar.

En los salones de clases las discusiones son candentes y fervorosas, sobre todo en zonas con alta presencia de comunidades negras e indígenas como en Chocó en donde el tema toca sensibilidades específicas, pero que curiosamente pareciera que no fuera un tema de dominio de juristas, sino más bien un asunto exclusivo de las comunidades étnicas y sus organizaciones. Para algunos colegas la consulta previa es algo ininteligible, como un fantasma o algo realmente incomprensible al que no hay que prestarle mucha atención. Solo ahora los estudiantes de Derecho de la presente generación han puesto su mirada e interés en este derecho fundamental; quizá han comprendido que un mundo con alta conflictividad por el dominio de la tierra, con superpoblación y carencia de alimentos, es caldo de cultivo para que las tensas relaciones industria-

comunidad sean resueltas defendiendo la exigibilidad de la consulta previa. Este es quizá el más determinante motivo por el cual este libro existe: ayudar a la formación de abogados que comprendan los aspectos centrales y básicos de la consulta previa como derecho fundamental, y como fenómeno jurídico que hay que tomárselo en serio.



# 1. La consulta previa en el nuevo orden constitucional colombiano: su fundamentación normativa y jurisprudencial



## 1.1. Normatividad constitucional

Es imperativo para mí, en el propósito de explicar cómo la Constitución de 1991 dio acertada cabida a la pluralidad de derechos étnicos, como la consulta previa, hace referencia a la Constitución conservadora y homogeneizante de 1886, pues así lograremos apreciar el gran salto cualitativo que dio la sociedad colombiana en materia de pluralismo jurídico y cultural.

Claramente, la Constitución de Núñez encerraba una pretensión homogeneizante de la sociedad colombiana, que uniformaba ideológica, racial y políticamente a la ciudadanía, anulando sin disimulo alguno cualquier forma diferente de pensar, actuar y sentir. Naturalmente que la idea de pluralismo en ese ámbito constitucional era inexistente, y menos probable el reconocimiento de derechos étnicos y más absurdo todavía era admitir que Colombia fuera una nación

compuesta por pueblos diversos. No era gratuito que, en ese orden constitucional, existieran sin reproche jurídico leyes, como la Ley 89 de 1890 que llevaba por título, «*Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*», cuando su solo nombre resultaba odioso para cualquier sociedad democrática y pluralista.

Se vivía, pues, en una sociedad cuya Constitución era muy ajena a cualquier forma de reconocimiento de la diversidad cultural y étnica. Recordarán todos que en aquella Constitución nuestra sociedad estaba organizada como Estado de derecho a secas, en donde independiente de lo moralmente aceptable o no de una ley, lo importante era su cumplimiento, el respeto por el derecho y el estado de cosas. Una sociedad parada sobre un estilo jurídico propio del más ortodoxo *iuspositivismo*. No había ninguna ponderación por la igualdad material; como dijimos, lo verdaderamente relevante era el derecho, el imperio de la ley y la eficacia de esta, excluyente o no, discriminatoria o no.

Por fortuna, las cruentas épocas de la violencia colombiana, desde la Guerra de los Mil Días hasta la actual, trajo consigo también una serie de reivindicaciones económicas, laborales, políticas y étnicas gestadas por un centenar de organizaciones sociales que a lo largo del siglo xx lograron imponer la necesidad de reconocer por parte del Estado unas realidades que eran simplemente innegables. La llegada del comunismo a la

práctica gubernamental en la Rusia de Lenin, luego de la Revolución de octubre en 1917 y, ese mismo año, la socialista proclamación de la Constitución de Querétaro en México, convirtió las reivindicaciones laboristas de izquierda, promovidas desde las primeras organizaciones marxistas y obreras del siglo XIX, en una realidad palpable que diseminó la creación de partidos comunistas y sindicatos de trabajadores a lo largo y ancho del planeta, volviéndose así el comunismo una «amenaza» real contra el capitalismo y sus oligarquías endémicas.

Esto provocó que por la fuerza y ante el miedo por el ascenso del comunismo, los gobiernos capitalistas hicieran cambios constitucionales y legislativos para mejorar un poco las condiciones sociales y laborales del pueblo en general; asimismo partidos de centro-izquierda, como el Liberal colombiano, ascendieron al poder por promover ideas más cercanas a las populares consignas comunistas que se hicieron apetecibles entre el electorado, y estos, a su vez, hicieron cambios jurídicos y económicos como la disminución de la jornada de trabajo, el reconocimiento de prestaciones laborales, una ampliación significativa de la seguridad social y el otorgamiento de créditos y ayudas económicas al sector agrícola. Poco a poco, más y más organizaciones de toda índole aparecieron para presentarle al Estado colombiano demandas en otros sectores sociales, como es el caso del tema étnico, con el surgimiento de organizaciones, como el Consejo Regional Indígena del Cauca —CRIC— (Toribío, 1971), La Organización Nacional

Indígena de Colombia —ONIC— (1982) y Autoridades Indígenas de Colombia —AICO— (1987); mientras que por el lado de las comunidades negras, estas se empezaron a pensar lo organizativo desde 1976 por lo menos con un congreso convocado en Cali por Manuel Zapata Olivella y Quintín Moreno, o el colectivo Soweto que surge ese mismo año en Pereira liderado por el chochoano Juan de Dios Mosquera, colectivo que luego se convertiría en la Organización Cimarrón en el año de 1982.

Estas recientes expresiones sociales de carácter étnico, incrustaron en el escenario nuevas demandas al Gobierno en las que se reclamaba una visión amplia de país, pluralista e incluyente de todas las cosmovisiones del mundo, las formas de convivir, de relacionarse, de concebir el derecho, incluso, por intermedio de sus autoridades comunitarias de gobierno que por siglos habían gobernado pacíficamente esos territorios «remotos». En síntesis, planteaban un país étnica y antropológicamente muy distinto al frío país que encerraba la Constitución vigente; los indígenas y los negros coincidían enfáticamente en decir enérgicamente «aquí estamos, somos distintos pero hacemos parte de este país y lo enriquecemos con nuestra diferencia».

Tierra, territorio, paz, autogobierno, democracia, participación, reconocimiento de la pluralidad eran, pues, las consignas innegociables de negros e indígenas por medio de sus organizaciones, que cayeron como anillo al dedo en el marco de un país conmocionado por el terror



del narcotráfico, el asedio de los grupos guerrilleros, la barbarie paramilitar, la pobreza generalizada, la corrupción y un centralismo anticuado que tenían agobiado y cansado al pueblo colombiano, lo cual desencadenó inexorablemente en un llamado para redactar una nueva constitución, una moderna, equitativa, justa, plural e incluyente en donde todos tuviéramos lugar. Personalmente, pienso que el propósito fue logrado, pues se redactó una ley fundamental que supo incluir muchos de esos deseos socioétnicos, en ella se resguardan gran parte de las aspiraciones del pueblo colombiano y, en el particular caso de los pueblos étnicos, el pluralismo y la diversidad cultural como principios del Estado fueron una loable respuesta del constituyente. Podré tener mis desapegos y diferencias con otros aspectos de nuestra Constitución, como las ambigüedades en materia de algunos derechos que son al mismo tiempo objeto de lucro o, en general, su concepción económica neoliberal que mercantiliza todo; pero en materia de reconocimiento de derechos étnicos y principios étnicos, la tarea fue bien hecha, sin que podamos decir por supuesto que ya todas las luchas por la mejora en la calidad de vida y de derechos de negros e indígenas esté agotada; por el contrario, todavía hay mucho camino que andar.

Es pertinente recordar el tenor del artículo 1.º de la Constitución:

Colombia es un Estado social de derecho,  
organizado en forma de República unitaria,

descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (República de Colombia, 1991; subrayado fuera de texto).

Evidentemente, resalta la nueva fórmula constitucional de Estado, pues pasamos de un Estado de derecho a secas, a uno de carácter social, donde no queda de lado la importancia de la norma jurídica y su eficacia, sino que ahora esta debe enfrentarse de cara a la realidad social. Ya implica eso que no es solo el imperio de la ley lo importante, sino la sociedad en su conjunto, y cuando hablamos de sociedad nos referimos a ella tal cual como se compone, con sus matices y divergencias, todas, totalmente respetables.

Por otro lado, de sumo valor y como por vida propia, de dicho artículo destacamos la expresión «dignidad humana». Concepto absolutamente incompatible con cualquier acto de discriminación e invisibilización, y que, por el contrario, rescata la importancia del ser humano, individualmente vinculado al conjunto social.

Pero, para las comunidades étnicas, es inevitable reconocer que aparece con mayor importancia el artículo 7.º de la Constitución Política: «El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana», el cual está íntimamente vinculado

con el 8.º: «Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación» (República de Colombia, 1991).

De manera expresa la Constitución Política proclama que Colombia es una sociedad de gente distinta, de comunidades étnicas diversas, culturalmente multicolor, donde por supuesto no todos somos iguales hablando en un sentido material. Y a lo largo de todo el texto constitucional, queda clara la idea de que el constituyente entendía que esa realidad colombiana era justamente su riqueza, su valor extra. En muchos casos la Corte Constitucional ha resaltado esa naturaleza multicultural y pluriétnica de Colombia (Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2002) y, recientemente, ha protegido a negros e indígenas su derecho fundamental a la consulta previa sobre la base del deber que tiene el Estado de proteger esa riqueza multicultural. Así lo afirmó mediante la sentencia que analizó la constitucionalidad de la Ley 1382 de 2010 que modificaba el Código de Minas:

El punto de partida para la fundamentación del derecho a la consulta previa, para el caso particular de las comunidades tradicionales, es la confluencia del principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, y su significación en el constitucionalismo contemporáneo (Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011; subrayado fuera de texto).

Ahora, que se erija un derecho fundamental con los alcances que ha demostrado tener la consulta previa en nuestro ordenamiento jurídico, debe ser analizado desde la fundamentación normativa que la propia Constitución nos ofrezca. Es claro que hay una nota característica, muy elocuente y expresa en nuestra *norma normarum* tendiente a reconocer la realidad étnica del país, esto es, al reconocimiento sin rodeos de que Colombia es una nación de naciones, de pueblos, de comunidades de distintos colores de piel, de distintas culturas y formas de pensar. Pero aun esto no es suficiente, por lo menos no con una rigurosa lógica jurídica, para extraer y fundamentar un derecho fundamental denominado consulta previa. Para ello, es imperativo hacer revisión exhaustiva de cada una de las normas que puedan servir de fundamento a dicho derecho fundamental de las comunidades plurales.

En dicha revisión, por supuesto, recibe importante papel el ya citado artículo 1.º constitucional, pero, también es necesario aceptar que este artículo fundamenta múltiples derechos, nociones jurídicas e instituciones de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no podríamos decir que por sí solo es el fundamento directo de la consulta previa como derecho fundamental colectivo de las comunidades étnicas; además, porque dicho artículo es el sustrato básico y más general del conjunto institucional llamado Estado colombiano y, por tanto, es la fuente primaria de todo cuanto existe en él.

Lo anterior quiere decir que en esa revisión normativa de nuestro sistema jurídico, debemos seguir detectando aquellas normas que en efecto, de manera eficaz, le den vida y validez a la consulta previa como noción jurídica. En ese camino, el primer artículo al que ha recurrido la Corte Constitucional para extraer de la carta magna un derecho fundamental denominado consulta previa, ha sido el artículo 2.º, con buen sentido, creemos nosotros. En efecto el mentado artículo consagra que:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (República de Colombia, 1991; subrayado fuera de texto).

De la anterior prescripción constitucional se extraen con facilidad argumentos para fundamentar

la consulta previa como derecho de las comunidades étnicas. Lo subrayado resulta ser muy elocuente y sugiere, podríamos decir que pacíficamente, la idea de que el Estado está en el deber de garantizar, de manera oportuna y eficaz, la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones que sean de su incumbencia.

El presupuesto que trae esta norma para que el Estado esté en la obligación de someter a consulta de los ciudadanos sus actuaciones, es que dicha decisión, una vez tomada, sea de incumbencia de quien va a ser consultado. Asumimos como de incumbencia aquellos temas que adquieren interés para el ciudadano, puesto que su realización, o la puesta en marcha de la decisión administrativa o legislativa del Estado, afecta sus intereses y derechos. Consideramos nosotros que dicha afectación debe ser entendida desde la dimensión jurídica y fáctica, pues una u otra pueden ser, eventualmente, amenaza para la vida normal y cotidiana de cualquier persona. En ese caso, cuando la decisión o actuación estatal impone cargas, afecta o interviene jurídica o fácticamente la vida del ciudadano, debe este tener la oportunidad de participar activamente en la construcción de dicha actuación estatal.

El elemento «afectación» aparece en el Convenio 169 de 1989 de la OIT como presupuesto *sine qua non* para hablar de consulta previa como exigencia jurídica de los grupos étnicos en cualquier medida administrativa o legislativa. El mismo convenio lo

expone así, según nos enseñan los profesores Ricardo López y Tania Mohr:

Así como la OIT, por medio de su manual, ejemplifica casos de medidas legislativas y administrativas que deben ser objeto de consulta previa, basándose —según entendemos— en el criterio de la susceptibilidad de afectación directa, lo propio hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante CIDH— a partir del caso *Saramaka vs. Surinam*, brindando un listado de requisitos mínimos para tal caso. Señala también la CIDH que «[c]ualquier decisión administrativa que pueda afectar jurídicamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios debe estar basada en un proceso de participación plena» llegando a indicar el criterio, un tanto amplio, que las decisiones que «se relacionen con los territorios ancestrales» exigen que se realice la consulta previa incluso antes de otorgar concesiones para explorar o explotar recursos naturales ubicados dentro de territorios ancestrales. Por último, también sería un criterio aquellas «medidas relacionadas» con el acceso y goce efectivo del territorio ancestral. En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha declarado: «La Corte ha destacado que la protección constitucional del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas se hace efectiva de manera especial mediante

el deber estatal de adelantar procesos de consulta antes de la adopción y la ejecución de decisiones que directamente puedan afectarles». Así, la Corte Constitucional parece no requerir la acreditación efectiva de la afectación directa para llevar a cabo la consulta previa, bastando para ello que el proyecto se ejecute en territorios de usos ancestrales o en donde desarrollan sus prácticas tradicionales.

En Noruega, el acuerdo para el procedimiento de consulta del 2005 establece que los procedimientos de consulta aplican *in matters that may affect Sami interests directly*, dejando entrever que se deja espacio a la susceptibilidad de afectación como elemento desencadenante de la consulta previa en lugar de la afectación pura y simple.

En la doctrina chilena, Contesse entiende que la consulta previa debe aplicarse siempre, aunque precisando que procede cuando haya afectación directa a los pueblos indígenas y no cuando «la posibilidad de afectarles sea remota, o bien uniforme respecto de otros integrantes del Estado».

Hasta aquí podemos concluir que este punto dentro de la consulta previa es uno de los que puede parecer menos claro y más potencialmente conflictivo debido a la subjetividad propia de determinar qué es



susceptible de afectar o no de manera directa a los pueblos indígenas y tribales, lo que los volverá —o no— «pueblos interesados» y por lo tanto, sujetos del derecho a consulta previa. La razón de por qué este punto es tan conflictivo radica en que escapa al ámbito del Derecho, inmiscuyéndose en el campo de la antropología, pues, en términos simples, aquello (una medida legislativa o administrativa) que no afecta a una persona o grupo de una determinada cultura sí puede afectar a una persona o grupo que provenga de una cultura distinta y viceversa, debido a que presentan diferentes referentes cognitivos. De tal manera es que no se percibirán los actos externos de un mismo modo y siendo así, una alternativa válida es llevar a cabo un peritaje antropológico una vez que se conozca al menos en términos generales el contenido de la medida a consultar, siendo una herramienta útil para determinar si se consulta o no (López Vyhmeister y Mohr Aros, 2014, pp. 109-111; subraya y negrilla fuera de texto.)

Como lo dicen los autores, la definición sobre qué es «afectación» en los términos del Convenio 169 de 1989, del cual se desprende este derecho fundamental, no está ni definida y mucho menos precisada; por lo que este elemento o requisito que hemos querido llamar definidor de lo que se debe consultar o no, depende del caso concreto, de la temática de la medida administrativa o legislativa y del pueblo étnico. Son las

condiciones específicas, las circunstancias que rodean el caso concreto, al pueblo étnico con relación con el asunto consultado.

La Corte Constitucional recientemente señaló una serie de hechos que pueden catalogarse como claras afectaciones directas o indirectas a los grupos étnicos:

Para determinar qué debe consultarse a las comunidades étnicas la jurisprudencia constitucional ha indicado, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y con los desarrollos del derecho internacional, que deben consultarse las medidas legislativas o administrativas que tengan la susceptibilidad de impactar directamente a los pueblos étnicos. El presupuesto clave para la activación del deber de consulta previa es entonces que una determinada medida sea susceptible de afectar directamente a un pueblo étnico. Por economía de lenguaje suele hablarse del concepto de «afectación directa», que si bien es un concepto indeterminado, no significa que carezca de contenido, pues ha sido delimitado por el Convenio 169 de la OIT, por la legislación interna, y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte IDH.

[...]

La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas

cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido (Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018; subrayado fuera de texto).

A la par de esta especie de casuística desarrollada por la Corte, en la que coincidimos, no consideramos sin embargo, que sea pertinente desarrollar un listado explícito de situaciones que *per se* requieran consulta, pues bajo la imperativa dinámica del mundo actual es riesgoso someternos a dicha idea so pena de que aparezcan nuevas circunstancias no incluidas en el listado descrito por la Corte. A nuestro parecer, lo conveniente es mantener el presupuesto normativo traído por el

Convenio 169 de 1989 de la OIT de qué es consultable y qué no, esto es, toda medida o proyecto susceptible de afectar o de posible interés de los grupos étnicos en cualquiera de sus esferas de vida social y colectiva. La definición de un presupuesto normativo por medio de conceptos de textura en blanco o abiertos resulta mucho más conveniente y resolutive para cada caso concreto; es necesario, en nuestro criterio, hacer un análisis del caso concreto y sus especificidades para determinar si hay afectación o interés de consulta.

Creemos que visto así, puede significar que dicho artículo, ubicado como un fin estatal, intenta prevenir actuaciones gravosas del Estado en contra de las personas, ya que, claro es, la participación ciudadana previa a la decisión puede evitar que una acción estatal conlleve medidas abusivas o gravosas.

Como se verá, es básicamente la noción central y la misma lógica que compone la consulta previa de comunidades étnicas, por lo cual es claro que hay razones y argumentos de técnica constitucional válidos para esgrimir como fundamento de la consulta previa el artículo 2.º de nuestra Constitución.

En nuestra revisión de la normatividad constitucional que da piso a la consulta previa de comunidades plurales aparecen como es de esperar los artículos 7.º y 8.º que al tenor rezan: el primero, «El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana», y

el segundo, «Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación» (República de Colombia, 1991).

Como sugeríamos al inicio de este libro, la nueva ingeniería constitucional colombiana impone un orden democrático, en el que la soberanía popular es pilar y fuente del poder estatal; un orden que, por democrático que es, abre las puertas a instancias y escenarios de participación efectiva de los ciudadanos en las decisiones que afectan sus vidas. Ese es punto importante de lo que reconocemos como democracia: la capacidad del ciudadano, del pueblo en su conjunto de regirse y de gobernarse de manera directa o indirecta. Pero también, aparecen valores como el del pluralismo, muy bien incrustado en el artículo primero de la ley superior.

Sabemos todos que el pluralismo que preconiza nuestra Constitución no es solo de carácter político o de pensamientos, sino que es un pluralismo referido mucho más allá de las ideologías políticas. Pues bien, el pluralismo vigente en Colombia es aquel que considera y reconoce la existencia de una diversidad étnica y cultural que justamente hace parte de nuestra riqueza como nación y sociedad organizada democráticamente.

Para nosotros es patente, como lo es por la misma Corte Constitucional (Corte Constitucional, sentencias: C-370 de 2002, C-175 de 2009, C-366 de 2011 y C-367 de 2011), que los artículos 7.º y 8.º son efecto directo de

que nuestra sociedad sea pluralista tal como lo señala la Constitución en su artículo primero.

La mejor exposición, en cuanto a cómo juegan el pluralismo, la diversidad cultural y étnica en un escenario de consulta previa, es la de Corte Constitucional colombiana cuando afirmó:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en el marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana (arts. 7 y 70 Const.) y en el contexto de la definición de Colombia como república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (art. 1 ib.), la Constitución Política otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan (Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009).

Pero, ¿cómo se conecta lo anterior con la consulta previa? ¿En qué medida puedo justificar la consulta previa desde la perspectiva del pluralismo, la multietnicidad y el multiculturalismo? Pensamos, sencillamente, que la consulta previa se ha erigido en una herramienta muy útil para defender la integridad cultural de las comunidades étnicas, su entorno, territorio y a las comunidades propiamente dichas. En el caso de la ejecución de megaproyectos por ejemplo, es evidente que la consulta

previa se constituye en un escudo protector de su integridad y autonomía, esta última rasgo distintivo de todo pueblo que intenta permanecer lejos de la extinción.

No somos los únicos que pensamos en esta línea, es decir, que la implementación de macroproyectos sobre el territorio de comunidades étnicas impuestos sin el consentimiento de la comunidad conllevan la vulneración de la diversidad cultural de estos grupos, pues en muchas ocasiones se amenaza la existencia de comunidades o pueblos enteros.

Los mega-proyectos [*sic*], además de tener serias repercusiones ambientales, desconocen la existencia de sitios sagrados, los destruyen o se construye sobre ellos, afectando los procesos culturales y sociales de los pueblos indígenas, atentando contra las posibilidades de permanencia de su cultura y transmisión del conocimiento tradicional, constituyendo, en suma, un modelo de violación de los derechos territoriales y de la autonomía, en franco desconocimiento de la relación ancestral que tienen los grupos étnicos con sus territorios (Becerra Becerra, 2009, p. 101).

En suma, el desconocimiento de la consulta previa como derecho fundamental, en casos en donde hay graves amenazas a pueblos o comunidades étnicas, a su territorio, expresiones culturales o formas de organización, afecta directamente ese carácter

multicultural y pluriétnico de nuestra nación, que muy bien sabemos consagra nuestra Constitución.

Entre tanto, el artículo 40 de la Constitución es también punto de apoyo y fundamentación de la consulta previa como derecho fundamental de comunidades negras. En efecto el artículo 40 dispone que: «Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político» (República de Colombia, 1991).

En primer lugar, es indiscutible que una de las fórmulas de ejercer el poder y de hacer parte de una democracia es participar en las decisiones que el Estado debe tomar, en particular en las que van a afectar o incidir intensamente en la vida del ser humano. No hay duda de que es inconcebible hablar de democracia sin la participación ciudadana, con lo que se hace evidente el valor de la igualdad de que se habla en el artículo 13 constitucional (Santofimio Gamboa, 2007).

En efecto, compartimos plenamente que la violación o afectación del derecho fundamental a la participación en los casos de actividades estatales o no estatales que afecten a las comunidades negras o a los pueblos indígenas amenaza también su derecho a la igualdad, puesto que el hecho de no ser consultados sobre asuntos de su incumbencia, los pone en notoria desventaja frente al resto de la población, ya que es normal que estos procesos de consulta procedan contra



actividades que desmejoran su vida normal, poniéndolos por debajo del promedio de vida del resto de la sociedad, especialmente en casos de macroproyectos, como megaconstrucciones o megaminería. Con ello, se viola así el principio de igualdad material, imperante en nuestra interpretación constitucional.

Más escueto para nosotros es el mencionado artículo 40 en su numeral 2.º cuando dispone que una de las formas de participar en la democracia es: «Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática» (subrayado fuera de texto).

Por supuesto que al ser la consulta previa un escenario propicio para que las comunidades determinen sus destinos por medio de la participación activa que estos espacios representan, son expresión genuina de participación democrática como subrayamos.

Luego de revisar con lupa nuestra Carta Política en búsqueda de la normatividad que sirve de apoyo a la existencia de un derecho fundamental llamado consulta previa, una última disposición constitucional que debe llamarnos la atención es la encontrada en el parágrafo del artículo 330 que al tenor prescribe:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones

que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (República de Colombia, 1991; subrayado fuera de texto).

En este caso, abordamos una disposición que hace alusión especial a un tipo de participación que está el Estado en deber de fomentar cuando se trate de la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas. Se trata de una disposición que prescribe u ordena un derecho en favor de los pueblos indígenas de manera especial que tiene que ver con la posibilidad que estos tienen de participar en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales inmersos en sus territorios.

Nos llama curiosamente la atención, que en primera medida la norma constitucional reitera el compromiso estatal de proteger y conservar la integridad cultural y social que representan los pueblos indígenas, e inmediatamente a ello, luego de recordarse a sí misma ese deber, consagra que debe garantizar la participación de los mismos indígenas. Lo anterior confirma nuestra tesis de que la consulta previa es una herramienta de carácter preventiva, que, entre otros aspectos, intenta proteger la riqueza cultural y étnica de la sociedad colombiana y, con ello, salvaguardar el valor del pluralismo del que hablamos cuando comentábamos el artículo 2.º de la Constitución.

## 1.2. La consulta previa en el bloque de constitucionalidad

El primer instrumento internacional que reguló las obligaciones de los Estados con los pueblos indígenas y tribales asentados en sus territorios fue el Convenio 107 de la OIT, el cual fue aprobado en el marco de la conferencia general que este organismo celebró en 1957. No obstante, el ejercicio o, mejor, el escenario considerado como un derecho exigible de parte de estos pueblos a que los Estados les permitieran participar y opinar en procesos de toma de decisiones que les afecten, solo se empezó a ver como algo necesario en la década de 1980.

La adopción de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en 1965<sup>3</sup> y de los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1976, contribuyeron a crear un

---

3 La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que entró en vigor en enero de 1969, comprometió a sus Estados signatarios con la adopción de una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas. Esto suponía, entre otras cosas, que deberían abstenerse de incurrir en actos o prácticas de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones, de fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones, y que deberían adoptar medidas especiales y concretas para asegurar que ciertos grupos raciales y las personas pertenecientes a estos grupos, disfrutaran plenamente y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. La Convención había sido adoptada cuatro años antes por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la convicción de que toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial era científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa.

consenso acerca del valor intrínseco de las minorías étnicas como portadoras de unas formas de vida y de unos saberes diversos que merecen ser protegidos y conservados. Esto motivó al Consejo de Administración de la OIT a formular una propuesta para cambiar aquellas disposiciones del Convenio 107 que dejaban el destino de las comunidades indígenas y tribales en manos de los Estados, promoviendo con ello, derechos como la autodeterminación, el autogobierno y el reconocimiento de sus normas comunitarias como sistema jurídico válido.

Tras las deliberaciones correspondientes, la Conferencia General de la OIT decidió que debían ser los grupos étnicos, y no la sociedad mayoritaria, quienes determinaran qué medidas resultaban más convenientes para su desarrollo social, económico y cultural; como se dijo, se propugnaba por darles total autonomía, brindándoles la libertad de que pudieran tomar en sus manos, las decisiones que deben regir su destino. La aceptación de la importancia de asegurar que fueran ellos quienes decidieran de forma libre y autónoma sobre sus propios asuntos e intereses marcó la aprobación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en 1989, y con él, la aparición en el mundo jurídico de la consulta previa.

Ahora, ¿cómo se inserta la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano? ¿Cómo es que hoy decimos sobre este tema que es un derecho fundamental de las comunidades étnicas? Son las preguntas que

se responden, desde lo que llamamos *bloque de constitucionalidad*.

De forma preliminar, delimitaremos, a manera de información pertinente, lo que se ha entendido en nuestro país por bloque de constitucionalidad.

Definitivamente la Corte Constitucional ha recurrido a esta expresión de bloque de constitucionalidad en numerosas ocasiones; pues le ha sido muy útil para resolver problemas constitucionales planteados en el marco de acciones de tutela, para resolver conflictos individuales de la ciudadanía o, incluso —como ha sucedido muy seguido recientemente— para declarar la inexecutable de muchas leyes. Esto implica que el llamado bloque de constitucionalidad resulta ser un fenómeno jurídico-constitucional de gran trascendencia para la vida legal colombiana de hoy, por lo que ha sido objeto de estudio por muchos autores e investigadores jurídicos; sin embargo, ha sido la propia Corte Constitucional la que le ha dado forma y le ha otorgado la dogmática suficiente como para que hoy se constituya en un tema vital para cualquier jurista colombiano.

Así, nos encontramos que el punto de partida de toda esta discusión fue el problema planteado por el artículo 93 constitucional, que prescribe:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los

derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (República de Colombia, 1991).

Como es de suponer, la novedosa fórmula planteada por esta norma dejaba muchos interrogantes por resolver, una especie de incertidumbre hermenéutica a la que solo el intérprete auténtico de la Carta Superior podía darle claridad.

Por primera vez, o por lo menos en lo que el autor recuerda, la Corte Constitucional abordó el tema cuando tuvo necesidad de analizar la validez del llamado derecho internacional humanitario en el sistema jurídico colombiano. Inicialmente la Corte en esa oportunidad explicaba claramente cómo dicho conjunto normativo era eficaz y de obligatorio cumplimiento por los Estados independiente de su consagración positiva: «El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo» (Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992).

El llamado derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos hacen parte del llamado *ius cogens* o normas de derecho internacional inderogables por los Estados. Es, según la Corte, el haz de derechos

mínimos de los cuales goza la persona humana, por su condición natural: «En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le han dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario» (Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992).

Ahora, ya en 1995 la Corte Constitucional aclaró que lo que llamamos derechos humanos y el derecho internacional humanitario hacen parte del *ius cogens* y, además, son complementarios. La corporación casi dio por sentado que ambas clasificaciones tienen la misma finalidad, pues en definitiva buscan el respeto por la dignidad humana:

Para ello conviene tener en cuenta que estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del *corpus* normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para

situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos (Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995; subrayado fuera de texto).

Es importante recordar, aunque es muy elocuente el texto constitucional analizado, que el tratado 169 de 1989 de la OIT, para que sea parte del mencionado bloque, debe haber sido aprobado por el Estado colombiano, esto es, mediante ley interna, incorporado al ordenamiento jurídico.

La anterior fue la primera claridad básica para entender el contenido del artículo 93 superior. Pero en nuestro criterio, aún es necesario analizar el segundo presupuesto que exige este artículo para que proceda la norma de derechos humanos como válida en el ordenamiento interno colombiano. El enunciado normativo constitucional trae dos reglas necesarias para que podamos hablar de bloque de constitucionalidad como hoy lo entendemos. Así también lo comprendió la Corte Constitucional cuando en una oportunidad, aclaró:

*Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia tales tratados en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba [sic] durante los*



*estados de excepción* (Corte Constitucional, Sentencia C-295 de 1993).

Constatados los dos elementos que exige el artículo 93 de la Constitución Política de 1991, la consecuencia es que dicho tratado de derechos humanos entra a regir con plenitud en el ordenamiento interno colombiano. Dicha técnica constitucional por supuesto no es exclusiva de Colombia, pues similares artículos podemos encontrar en otros textos constitucionales de América Latina.<sup>4</sup>

La pregunta inmediata es la que se desprende del mismo artículo, cuando este se refiere a «*prevalecen en el orden interno*». ¿A qué se refería el constituyente cuando se expresó de esa manera? ¿A que dichos tratados estaban por encima de la propia constitución? ¿Acaso se trata de un conjunto de normas supraconstitucionales?

Pues la expresión prevalece, semánticamente da la idea de ser algo que está por encima o con prioridad a algo. Se intuía entonces que la prevalencia a la que se refiere el artículo 93, debía ser entendida como la superioridad jerárquica en la escala de normas que le correspondía a los tratados sobre derechos humanos que no se limitaban en los estados de excepción y de los cuales se podían imputar las demás normas del ordenamiento

---

4 Se puede revisar como ejemplo el artículo 17 de la Constitución de Ecuador de 1998, el artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, el artículo 17 de la Constitución de Argentina, el artículo 5.º de la chilena y el 23 de la venezolana.

jurídico; se les atribuía, o mejor, se pensaba de ellos que eran normas superiores a la Constitución.

La verdad, no era tal. Pues ese artículo así entendido era imposible conciliarlo con el 4.º de la misma Constitución:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades (República de Colombia, 1991; subrayado fuera de texto).

La Corte con su función de intérprete auténtico de la Constitución entró a zanjar esta incómoda incertidumbre interpretativa de la carta política. Fue clara la corporación constitucional al decir que la Constitución era norma de normas, y que ello implicaba la consagración de esta como norma superior del ordenamiento jurídico de la cual se imputaba el resto de las normas existentes.

Así fue expuesto y resuelto por la Corte:

Este concepto tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del

Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutableidad de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los «principios fundamentales de la República» a que hace referencia el Preámbulo de 1946.

*Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.*

*En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido*

*razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un «bloque de constitucionalidad», cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93) (Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 2001; subrayado fuera de texto).*

Queda claro, entonces hasta el momento, con esta breve exposición, lo que hasta hoy se comprende como bloque de constitucionalidad. En nuestro concepto, el bloque no es más que todas aquellas normas con valor o jerarquía de norma constitucional que están o no de manera directa en el texto llamado *Constitución*. Esto por virtud de ella misma cuando de manera expresa lo dicta, como en el caso colombiano con el artículo 93 ya señalado.

Ahora bien, el constitucionalismo moderno nos ha enseñado que las cartas constitucionales no son textos inflexibles, con rigor exegético inamovible en un grado de sacramentalidad tal que imposibilite su pliegue y ajuste a la realidad de la sociedad respectiva. Así también

lo percibe el profesor Rodrigo Uprimny, cuando esboza que:

[...] es necesario tener en cuenta que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución, tiene relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional (2001, p. 2).

En efecto, consideramos que el nuevo constitucionalismo requiere este tipo de técnicas jurídico-constitucionales para hacerse eficaz, para cumplir con sus finalidades políticas, sociales y jurídicas. El bloque de constitucionalidad, o como lo queremos llamar aquí, el *acordeón constitucional*, puesto que este se asemeja a un conjunto de normas que se pliegan y despliegan conforme con la exigencia del caso concreto para resolver, en el que el juez constitucional escoge de acuerdo con los principios y las técnicas de interpretación permitidas, las normas que le resulten útiles para dar una solución normativa-constitucional que le permita dejar incólume todos los artículos de la carta. Con esta idea de bloque o acordeón de normas con valor constitucional, los fines estatales son materializables. Ahora, con respecto al Convenio 169 de 1989 expedido por la OIT, en el que se consagra, entre otros, el derecho a la consulta previa

de pueblos indígenas y pueblos tribales, corresponde decir que en efecto se trata de un corpus normativo que contiene buen número de derechos humanos de las personas pertenecientes a los pueblos tribales o indígenas como veremos más adelante.

Adicionalmente, el tratado internacional de la OIT está formalmente aprobado por nuestro Estado e incorporado a nuestro ordenamiento local mediante la Ley 21 de 1991. Lo anterior significa que la precitada norma internacional encaja en el artículo 93 de la Constitución Política. Dicha conclusión ha sido expuesta en tupida jurisprudencia del tribunal constitucional colombiano.<sup>5</sup>

Ahora, aceptar que el Convenio 169 de 1989 de la OIT hace parte del bloque constitucional, trae como consecuencia jurídica varias afirmaciones: 1) este convenio tiene jerarquía o valor constitucional; 2) con base en él se pueden hacer análisis de constitucionalidad de las normas jurídicas con fuerza de ley, de manera que si estas lo contradicen, en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad dispuesta en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, pueden ser eliminadas del mundo jurídico, y 3) en caso de que el Convenio 169 de 1989 contenga derechos catalogados como fundamentales,

---

5 Revisar al menos las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: C-175 de 2009, C-366 de 2011, T-769 de 2009, C-051 de 2012, C-077 de 2012, C-196 de 2012, C-293 de 2012, C-317 de 2012, C-331 de 2012 y C-398 de 2012.

estos pueden ser objeto de protección mediante la acción de tutela.<sup>6</sup>

En consecuencia, a nuestra Constitución Política por virtud de la denominada idea de bloque de constitucionalidad, y en especial por este convenio, hay necesidad de sumarle como normas de su seno, los 44 artículos que este tratado internacional tratante de derechos humanos contiene.

Los 44 artículos del convenio están distribuidos en 10 partes así: Parte I. Política general, Parte II. Tierras, Parte III. Contratación y condiciones de empleo, Parte IV. Formación profesional, artesanía e industrias rurales, Parte V. Seguridad social y salud, Parte VI. Educación

---

6 «ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión» (República de Colombia, 1991).

y medios de comunicación, Parte VII. Contactos y cooperación a través de las fronteras, Parte VIII. Administración, Parte IX. Disposiciones generales y la Parte X. Disposiciones finales.

Lo anterior, a nuestro parecer, más allá de generar un escenario de incertidumbre jurídica, de desafíos contra la soberanía colombiana como se ha expuesto por algún sector de la doctrina, que afortunadamente hoy ha cedido en sus posturas, por el contrario, enriquece vigorosamente nuestra carta política, la llena de contenido axiológico y le permite ser un documento con la capacidad de expandirse tanto como las necesidades sociales o las circunstancias de un caso en particular lo exijan. Tal como lo afirmamos con anterioridad, el bloque de constitucionalidad, mirado como un acordeón expansivo, permite estirar el texto de la Constitución tanto como se requiera, con el único objeto de asegurar el cumplimiento de los fines estatales; además, la inclusión de este tipo de convenios y los valiosísimos derechos individuales y colectivos que consagran, redundan en la materialización de la dignidad humana como eje del orden constitucional proclamado en 1991 por el constituyente colombiano. Por tanto, son más las razones que respaldan la necesidad del bloque de constitucionalidad que aquellas que pudieran argumentarse en su contra.



### 1.3. El derecho de consulta previa en concreto

#### 1.3.1. La consulta previa como derecho fundamental de comunidades étnicas

La identificación del Convenio 169 de 1989 de la OIT como uno que contiene consagración de derechos humanos, se evidencia en varios de sus artículos. Por ejemplo, en el artículo 3.º numeral 1.º encontramos: «Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos» (Organización Internacional del Trabajo, 2003; subraya fuera de texto).

Es clara, entonces, la referencia que hace el Convenio al conjunto de los derechos considerados por el *ius cogens* como derechos mínimos del ser humano o, lo que es lo mismo, los llamados derechos fundamentales del hombre. En consecuencia, podría decirse que el Convenio 169, es relativo a los derechos humanos porque el tratado mismo se califica de esa manera.

No solo por una simple técnica de remisión a los derechos humanos, es por lo cual este convenio debe considerarse tal, sino que el efecto de esa remisión al grupo de derechos humanos se hace como mandato de aplicabilidad de estos por parte de los Estados en favor de los pueblos indígenas y tribales, lo que lo hace en la práctica un verdadero tratado de esta naturaleza,

por tanto, es de aquellos que señala el artículo 93 de la Constitución como ya lo habíamos afirmado.

El punto clave con respecto a la consulta previa, como derecho de las comunidades étnicas, es poder argumentar su carácter de *fundamental*. Para ello es preciso, antes que nada, investigar rápidamente cómo un derecho subjetivo o colectivo como en el caso de la consulta previa, adquiere el tono de *fundamental*.

Un derecho pues, a nuestro modo de pensar, es fundamental en la medida en que su goce o protección garantice la plenitud de la vida humana, de manera que sucediendo lo contrario, esto es impidiendo su goce o afectándolo, se generen graves consecuencias para la calidad de vida del ser humano o, incluso, amenazas contra su existencia.

Lo anterior nos remite a pensar que los derechos fundamentales tienen un ligamen fuerte con el valor de la dignidad humana, tanto, que se puede identificar la vulneración de un derecho fundamental a un ser humano revisando si hay una violación o amenaza a su dignidad humana. Por tanto, todo derecho subjetivo o colectivo que violándose implique la transgresión de la dignidad humana, debe catalogarse como fundamental para la persona humana. Esta acepción nos obliga a entender la noción de *dignidad humana*, percibiéndola en el sentido enseñado por Kant (2013), esto es, teniendo

que la dignidad humana se logra tratando a la persona como un fin en sí mismo. De acuerdo con Kant, e interpretándolo, la esclavitud, por ejemplo, en la que al ser humano se le cosifica, se le usa como un instrumento de producción, es, por supuesto, un trato indignante; la discriminación por razones de cualquier índole también es conducta vulneratoria de la dignidad humana porque se instrumentaliza al individuo; o la exclusión de un sector de la población de las políticas estatales, condenándolas a subdesarrollo, analfabetismo o privándolas de los elementos básicos para gozar de una calidad de vida digna, atentan contra esa dignidad humana entendida como Kant la enseña.

La dignidad humana como fundamentación de los derechos fundamentales, es también aceptada por el profesor alemán Robert Alexy, pues este opina que: «Una excepción vale tan solo para las teorías de un solo punto con un grado máximo de abstracción, tales como las que sostienen que el fin último de los derechos fundamentales es asegurar la dignidad humana» (2010, p. 20).

No compartimos aquí definiciones de derechos fundamentales de tipo formal o estructuralistas, como la expuesta por el también alemán Carl Schmitt, quien piensa que los derechos fundamentales son «solo aquellos derechos que pertenecen al fundamento del Estado y que, por lo tanto, se reconocen como tales en la Constitución» (Alexy, 2010, p. 20).

La clave, entonces, de la consulta previa como derecho fundamental de los grupos étnicos, es decir, de los pueblos indígenas y comunidades negras, estriba en determinar si con su violación se atenta contra la dignidad de estos pueblos. En nuestra opinión es patente que la consulta previa sí es un derecho de trascendencia fundamental para estas comunidades étnicas, pues con ellos se reafirman como personas humanas dignas, ya que con el goce de este derecho se garantiza en muchos casos su propia existencia como grupo étnico, como sucede con la ejecución de megaproyectos en medio de sus territorios ancestrales.

No hay duda para nosotros, como tampoco para la Corte Constitucional,<sup>7</sup> de que la consulta previa a grupos étnicos es un derecho fundamental, de vital importancia para ellos, con el cual se viabilizan, además, muchos otros derechos también fundamentales. Esa es una característica *sui generis* que hay necesidad de señalar. La consulta es un derecho fundamental de los que llamaría el profesor alemán Robert Alexy «Los derechos a algo». En su explicación sobre este tipo de derechos fundamentales el profesor explica que para su entendimiento hay que tener presente que en estos siempre hay una relación triádica cuyo primer elemento es el portador o titular del derecho (grupo étnico), segundo, un destinatario al cual se le exige el

---

7 Especialmente en las sentencias C-461 de 2008 y la C-175 de 2009, hace esta reflexión.

cumplimiento del derecho (Estado o tercero), y tres, el objeto del derecho, esto es, la consulta como tal (Alexy, 2010, pp. 163 y 164).

En esta aplicación triádica del profesor alemán, el objeto del derecho fundamental es la consulta misma, pero su goce, generalmente, significa la pretensión del pueblo étnico de respetar un segundo derecho fundamental y hasta un tercero o más. Piénsese en aquellos casos en los que una empresa multinacional de la minería, intenta adelantar proyectos de extracción de minerales a gran escala en territorios de los grupos étnicos, lo cual puede traer como consecuencia graves afectaciones al entorno territorial en el que viven estos, poniendo en riesgo su vida y tranquilidad. Es claro que al ser el proyecto de extracción minera una actividad que afecta de manera directa el entorno de los grupos étnicos, se requiera el cumplimiento de la consulta previa como derecho fundamental, pero en ejercicio de esta, también suele garantizarse el derecho a la vida o la integridad cultural o cualquier otro derecho de naturaleza fundamental que esté en riesgo para las comunidades plurales.

En estos casos de explotación de recursos naturales no renovables como extracción de hidrocarburos o minerales, implican además la necesaria materialización de la justicia ambiental, como concepto constitucional al que ha recurrido la Corte para combinarlo con la consulta previa como fórmula para la resolución de demandas

de tutela impetradas por comunidades étnicas ante la falta del derecho fundamental de consulta en el marco de proyectos mineros. Para la Corte Constitucional colombiana, la justicia ambiental es:

*La justicia ambiental puede ser entendida como el «tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales» (Corte Constitucional, Sentencia T-294 de 2014).*

La consulta previa actúa, entonces, como un instrumento protector de otros derechos fundamentales, siendo ella misma uno de ellos. En esa relación triádica de la que habla Alexy, en su elemento denominado el *objeto* del derecho fundamental, aparece no solo uno sino varios derechos fundamentales. Para las organizaciones que agremian los intereses de la gran minería, sin embargo, la consulta previa no es propiamente un tema que les agrade o que en su criterio ayude con el desarrollo del país, puesto que así lo han manifestado.<sup>8</sup> No obstante

---

8 Por ejemplo así lo expresó Carlos del Solar en calidad de presidente de la Sociedad Nacional Minera del Perú —SNMPE—, quien mediante una carta expresó al Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM, siglas en inglés), Tom Butler: «La ley de consulta es una estupidez; no la necesitamos. Sólo es un obstáculo para la inversión minera [...] Hasta ahora no he visto al Ministerio del Ambiente proponer nada. Lo único que sabe es decir no a las inversiones». <https://redaccion.lamula.pe/2016/04/06/organismo-mundial-minero-critica-a-la-snmpe-por-declaraciones-contrala-consulta-previa/victorliza/>.

ello, los pronunciamientos de los tribunales de justicia, en particular latinoamericanos, sí han dado mucho valor a la consulta previa como derecho de los grupos étnicos, como lo veremos a lo largo de este libro.

La práctica jurisprudencial que ha tenido la Corte Constitucional colombiana al respecto de este derecho fundamental de grupos étnicos, ha señalado que no es un derecho fundamental de naturaleza subjetiva, es decir, cuyo titular sea una persona individualmente, sino un conjunto poblacional, que toda la comunidad, de manera inescindible, es la titular de ese derecho. Lo cual es perfectamente posible en derechos de naturaleza fundamental (Alexy, 2010, p. 89).

Lo anterior sugiere, como ya explicamos antes, que el titular del derecho fundamental a la consulta siempre será una pluralidad de personas que ubicadas en el caso concreto comparten iguales y uniformes condiciones que los hacen víctimas de la violación *iusfundamental* y, por tanto, titulares de las acciones constitucionales para su protección judicial, por ser portadores del mismo derecho a la consulta previa. No son titulares de este derecho por razones individualizadas, sino por condiciones objetivas, dada su pertenencia al grupo étnico que les otorga esa titularidad.

En el caso de la comunidad amenazada por la explotación minera, no son los individuos aislados de esa comunidad los que gozan y pueden ejercitar el derecho

a la consulta, sino la comunidad entera. Otra cosa es que sí haya la posibilidad de la defensa de otros derechos fundamentales de carácter personal como la vida o la libertad, los cuales no son extensivos a otros individuos, como sí lo es la consulta previa.

Pero la cuestión constitucional para destacar, luego de esta caracterización de la naturaleza jurídica de la consulta previa como derecho fundamental, es: ¿en qué momento llegó jurisprudencialmente a ser tal en Colombia? Digamos que la respuesta no puede ser contestada de manera precisa. La Corte Constitucional colombiana, de manera gradual, poco a poco fue dándole forma a este derecho hasta el punto que hoy conocemos. Uno de sus primeros pronunciamientos sobre la consulta, la hizo referida a los pueblos indígenas. En aquella ocasión dijo:

*La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: 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 dé 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 [sic]. 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 (Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997; subrayado fuera de texto).*

Si se presta atención, titubea la Corte en darle el sentido de derecho fundamental a la consulta previa, pues se expresa de ella como una «institución», lo que está bien lejos del momento actual de la jurisprudencia constitucional en lo que a la consulta respecta. No podemos, en todo caso, dejar de mencionar que este es un fallo hito en la jurisprudencia constitucional colombiana.

No obstante, en la *ratio decidendi* de la sentencia, sí hace de manera tangencial alusión a un derecho a la consulta previa, aunque vinculándolo con el artículo 40 de la Constitución Política que trata sobre participación política, de forma que en ese momento el tribunal no le otorgaba vida propia y autonomía como derecho fundamental. Lo dicho por la Corte en esa ocasión fue esto:

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 como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, 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 referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

[...]

3.3. La Constitución en diferentes normas alude a la participación ciudadana que ofrece diferentes modalidades (preámbulo, arts. 1, 2, 40, 79, 103, entre otros). Por lo tanto, la única forma de participación no es la política.

A juicio de la Corte, 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 o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social (Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997; subrayado fuera de texto).

Aun no daba la Corte, según lo que acabamos de citar, el paso hacia la determinación de la consulta previa de grupos étnicos como derecho fundamental, ya que lo establecía como condicionamiento o, mejor, como procedimiento instrumental para garantizar el de la participación política (40 de la CP) y otros derechos a los que llamaba *de la integridad cultural, étnica, social y económica*.

Uno de los primeros fallos en los que la Corte habló de sujetos de especial protección constitucional en razón de su condición étnica, fue en la Sentencia T-422 de 1996,<sup>9</sup> de hecho fue la primer vez en la que se catalogó a las comunidades negras como una población objeto de un trato preferente en el país.

A nuestro juicio, ese paso se dio definitivamente entre los años 2008 y 2009, cuando finalmente en dos pronunciamientos la Corte sentenció secuencialmente:

En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles [sic] de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo [sic] es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo [sic], a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural

---

9 La Corte se refirió a este asunto porque la tutela fue promovida por un integrante de la Asociación Nacional Cimarrón. Esto hizo suponer al juez de segunda instancia que la accionante era una persona jurídica, por lo cual declaró el amparo improcedente. La Corte por su cuenta, revocó dicha sentencia argumentando que bien puede una organización que defiende los derechos de las minorías y rechaza la discriminación racial, proteger a sus miembros de este tipo de actos denigrantes.

y a su condición de mecanismo de participación (Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008; subrayado fuera de texto).

*La Carta Política propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales. Es así como para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas [sic] y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan. Ello, sumado al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un **derecho fundamental** de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la Consulta Previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente (Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2009; subrayado y negrilla fuera de texto).*

Luego de sus respectivos análisis, la Corte sustrajo del Convenio 169 de 1989 de la OIT ese derecho

fundamental; de dicho convenio dijo que se resaltaban dos elementos, uno referido a las medidas que los Estados debían adelantar en beneficio de los pueblos indígenas y tribales para que alcanzaran niveles de desarrollo en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad; y un segundo elemento referido a «la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía» (Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2009).

Con el anterior pronunciamiento quedó totalmente clara la naturaleza jurídica de la consulta previa dentro de nuestro ordenamiento constitucional; la Corte creó, haciendo uso de la jurisprudencia y con la facultad que le corresponde como intérprete auténtico de la carta magna, un nuevo derecho fundamental atribuido a los grupos étnicos en Colombia; un derecho que, como lo llamaría Robert Alexy, es de los llamados tácitos (2010, p. 324) puesto que no está expresa ni formalmente consagrado como tal, sino que es elaboración empírica o jurisprudencial del Tribunal Constitucional respectivo en su quehacer interpretativo de la ley fundamental.

Hoy, no hay discusión sobre la naturaleza de derecho fundamental de la consulta previa. Para su dogmatización como tal, la Corte ha hecho uso de sin número de normatividades constitucionales como lo vimos antes. Los casos en los que la Corte ha tenido que dar solución a problemas constitucionales, en donde la

consulta previa ha intervenido como elemento central, han sido de la más variada especie y, por ello, hoy la consulta previa como noción jurídico-constitucional es muy rica. Lo que valoramos alegremente, pues gracias a ello, se ha podido conservar parte de la riqueza étnica del país y todo lo que ella conlleva.

Por ahora es necesario aún, para tener un panorama más amplio y suficiente sobre la consulta previa y poder continuar con el objeto de este libro, terminar de analizar algunos puntos que suscitan algún grado de dificultad.

### 1.3.2. El problema de las comunidades negras como destinatarias del Convenio 169 de 1989 de la OIT

La cuestión planteada en el presente apartado, surge por preguntas formuladas acerca de si a las comunidades negras les era aplicable el Convenio 169 de 1989 de la OIT, y con ello, si eran titulares del derecho fundamental a la consulta previa en particular.

En lo que respecta a los pueblos indígenas, era claro que dicho convenio les era aplicable, pues el artículo 1.º, numeral 1.º, inciso b) no dejaba duda acerca de ello:

Artículo 1. El presente Convenio se aplica:

[...]

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en

el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (OIT, 2003; subrayado fuera de texto).

El problema de las comunidades negras se derivaba de que el convenio en ningún aparte hace alusión a las comunidades negras o afrodescendientes. En su lugar el convenio se refiere a *pueblos tribales*, lo cual compone una definición muy oscura con la cual se presentaban problemas.

Sin embargo, la Corte Constitucional sugirió que el problema planteado era un inconveniente semántico o lingüístico que no podía, desde ningún punto de vista, representar impedimentos para su aplicación real y la materialización de los fines que inspiraron la creación de este instrumento internacional.

En primer lugar, y de manera sabia, la Corte, para resolver esta serie de dudas planteadas, recurrió a la definición que sobre comunidades negras nos proporcionaba el ordenamiento jurídico colombiano; dicha definición se encuentra en la Ley 70 de 1993, que en su artículo 2.º numeral 5.º consagra:

Comunidad negra. Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una



cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

Pues bien, según la Corte:

Este reconocimiento genera, como consecuencia inmediata, el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Lo que es más importante, se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la O.I.T. [sic].

[...]

Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento «objetivo», a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento «subjetivo», esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado (Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001).

La discusión finalmente, quedó resuelta en los términos planteados por la Corte Constitucional como acabamos de ver. Hoy es pacífico afirmar que las comunidades negras son destinatarias del Convenio 169 de 1989 de la OIT y, con ello, beneficiarias de todos los derechos que este consagra, incluida, por supuesto, la consulta previa.

En 2014, en una sentencia de tutela, que deberemos examinar en detalle en el último capítulo por su gran relevancia, la Corte retoma este debate de la siguiente forma:

El Convenio 107 de la OIT fue el primer instrumento internacional que se refirió a la protección especial que los Estados les deben a los pueblos minoritarios asentados en sus territorios. El Convenio reconoció a los pueblos indígenas y tribales como titulares de unos derechos asociados al hecho de que compartieran unas condiciones que los distinguieran de otros sectores de la colectividad nacional. De ahí que, por cuenta de la incorporación del instrumento

internacional a los ordenamientos internos de los países firmantes, sus comunidades cultural y étnicamente diferenciadas hubieran quedado legitimadas para reclamar la protección de su derecho a ser consultadas sobre las medidas que pudieran afectarlas, de sus derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que habían ocupado tradicionalmente y, en fin, de todos aquellos derechos que la OIT les reconoció en razón de su diversidad.

[...].

*El término [refiriéndose a comunidad negra o persona negra] comprende a aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad (elemento subjetivo). Como las comunidades negras, tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, reúnen ambos elementos, decidió que era posible considerarlas un pueblo tribal, en los términos del Convenio 169 (Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2014; subrayado fuera de texto).*

Entre otros aportes, esta sentencia es particularmente importante porque añade al debate estos dos criterios con los que puede esclarecerse a qué comunidades se les puede considerar como poblaciones

étnicas y, por tanto, beneficiarias y destinatarias del mencionado Convenio 169 de 1989. Y da un avance importante porque permite más allá de las formas legales predeterminadas, como la de la Ley 70 de 1993, ubicar con mayor facilidad y más exactamente a los denominados grupos étnicos.

Lo que denomina criterio objetivo, es decir, las condiciones externas, o puede llamarse también fácticas, tales como el color de la piel, su ubicación espacial, ritos ceremoniales, lenguaje, religión o tipo de fe, prácticas artesanales o consuetudinarias; y las subjetivas, que llamamos nosotros internas, porque están en los individuos que componen el grupo y que siendo uniformes en toda la comunidad, es lo que da el carácter de pertenecer a la especificidad que encierra la etnia, y que no es más que la manifestación libre e inequívoca de pertenecer a determinado grupo poblacional, aceptando y practicando todos sus elementos objetivos ya dichos; da la utilidad de que en cada caso concreto se cuente con unos parámetros generales que puedan ayudar a establecer si estamos o no frente a un grupo humano que pueda caracterizarse como étnico merecedor de que le sea aplicado el Convenio 169 de 1989.

### 1.3.3. Concepto de la consulta previa

Según lo visto hasta este punto, la consulta previa es ante todo un derecho fundamental del cual son titulares en Colombia las comunidades negras y los pueblos

indígenas. Este hace parte, como ya explicamos *in extenso*, del bloque de constitucionalidad, lo cual le da el valor de norma perteneciente a la carta magna, otorgándole los efectos jurídicos que esto implica.

Por su parte, el profesor John Jairo Morales Alzate, la define así:

La Consulta Previa es un derecho que poseen las comunidades étnicas o también denominados sujetos colectivos de protección especial, reconocidas y protegidas constitucionalmente, cuya finalidad es la salvaguarda y preservación de su identidad étnica, cultural, social y económica, basada en la garantía de la participación frente a eventuales medidas legislativas, administrativas o la realización de obras, proyectos o actividades —OPA's en adelante—, que afectan directa o específicamente su integridad étnica o su subsistencia como grupo social —preservación— cuya finalidad es procurar un acuerdo viable (2013, p. 85).

Según la Corte, como órgano judicial y de interpretación autorizada de nuestra Constitución y todas las normas que por virtud del bloque o *acordeón constitucional* la componen, la consulta previa, es:

La consulta previa es un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas, directamente la

participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan en nuestro país.

Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave para la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas en la medida de lo posible (Corte Constitucional, Sentencia T-154 de 2009).

En otra ocasión, cuando por primera vez debió pronunciarse sobre procedimientos de consulta ante medidas legislativas, dijo:

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 (Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001).

Recientemente, mediante el fallo de unificación SU-123 de 2018 la Corte Constitucional definió como objetivo de la consulta que:

Entre otras, en las sentencias T-129 de 2011, C-389 de 2016, SU-133 de 2017, SU-217 de 2017, T-298 de 2017 y T-103 de 2018, esta Corte ha explicado que el objetivo de la consulta es intentar genuinamente lograr un acuerdo con las comunidades indígenas y afro descendientes [sic] sobre medidas que las afecten directamente (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.). Así mismo se ha decantado que el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta y que por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Sobre este tópico la jurisprudencia ha explicado que el significado de la participación activa es que no pueda admitirse como tal a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas. Que esa participación sea efectiva significa que el punto de vista de los pueblos debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas.

Hasta aquí, normativamente, de la consulta previa puede decirse que es un derecho fundamental de carácter colectivo, positivamente consagrado en el bloque o *acordeón constitucional*, derivado del Convenio 169 de 1989 de la OIT, que beneficia a sujetos colectivos que por su condición étnica y siendo minoría dentro

de un Estado, deben ser escuchados, brindándoles participación efectiva en todas las decisiones o medidas que puedan ser de su incumbencia o interés. Este derecho tiene como propósito, primordialmente, defender la integridad humana del pueblo consultado, manteniendo esa especialidad que le hace diferente y valioso en la respectiva sociedad nacional.

Nuestra definición es más o menos equivalente a la del profesor Juan Pablo Charris:

La consulta previa es un derecho fundamental del que son titulares los grupos étnicos para decidir sobre todo tipo de medida estatal que pueda afectarlos directamente. Encuentra su fundamento constitucional en el reconocimiento de la identidad multicultural del Estado colombiano, bajo una óptica democrática incluyente; en el derecho que tienen los pueblos a decidir sus propias prioridades de acuerdo con sus propias creencias, instituciones y/o territorios que ocupan o utilizan; y en el derecho de participar en el diseño, implementación y evaluación de programas de desarrollo nacional y regional susceptibles [*sic*] de afectarlos. En este sentido, el Estado colombiano ha sido receptor de importantes instrumentos internacionales para la protección de los derechos de las minorías étnicas, no obstante, los órganos legislativo y gubernamental no han brindado los instrumentos legales y reglamentarios



suficientes para hacer efectiva tal protección, vacío que ha sido suplido por una labor activa de la Corte Constitucional (2014, pp. 123-124).

Asistimos a la Corte cuando expresa la idea de que este es un derecho fundamental, por el cual, se hace viable la defensa de otros derechos y principios constitucionales que atañen a la comunidad; de allí que prefiramos considerarlo como un *derecho fundamental instrumental*, lo cual hacemos no en un sentido reduccionista, por el contrario, queremos destacar su gran valía para estos pueblos, puesto que es instrumento o herramienta eficiente para reclamar la garantía de otros derechos fundamentales de estas personas. Esta es una de las particularidades de la Consulta Previa, que le da una trascendencia especial en nuestra práctica judicial y constitucional.

A la par de estas disquisiciones que podemos extraer de las normas constitucionales y los pronunciamientos de nuestro tribunal constitucional que hasta ahora hemos visto, también hay otra serie de pronunciamientos que ligan sus definiciones acerca de la consulta previa a elementos más antropológicos o axiológicos, o si se quiere, como un acto por el cual se reivindica la simetría de derechos que entre estos pueblos y los llamados occidentales, debe suponer una sociedad moderna y democrática. En esta línea de pensamiento encontramos a la doctora Gloria Amparo Rodríguez quien afirma sobre este derecho que:

En la consulta previa lo que hay de por medio es la vida. Esto dice el líder indígena Albenis Tique en algunos de los tantos espacios públicos donde hace referencia a este tema tan polémico. Lo que plantea Albenis es cierto, porque este mecanismo de participación está concebido para la protección de la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos, cuando se van a tomar decisiones que pueden afectarles.

La consulta previa «es un valioso instrumento que permite impulsar el respeto por los derechos étnicos y los derechos humanos colectivos de las comunidades indígenas y negras, como son el derecho al territorio, a la identidad, a la autonomía, a la participación plural, y en general a su plan de vida» (DGAJ et al., 1999 p. 9). Lo anterior, significa que la consulta previa se constituye en un mecanismo para avanzar en el reconocimiento real de los derechos humanos de los pueblos o las comunidades étnicas, el cual se aplica cuando se va a expedir una norma o un acto administrativo, cuando se vaya a realizar un proyecto o adoptar programas o políticas que incidan en sus vidas, en sus territorios o en sus formas organizativas (2009, pp. 56, 57).

En particular, el autor del presente libro tiene la convicción de que el ejercicio de este derecho es un acto de resistencia frente a la desigualdad y la discriminación

que hoy en nuestras sociedades se camuflan en distintas formas y expresiones.

En efecto, la consulta previa es un acto de legitimación de estos pueblos frente a los Estados modernos, legitimación de su cultura, de sus formas de pensar y sentir el planeta, legitimación de sus esquemas de reglas sociales y economías solidarias, y de lo cual, creo debe ser una oportunidad de oro para comprender y aprender de ellos sus formas genuinas y humanas que hasta hoy, a pesar de tanto avasallamiento sufrido por las culturas «civilizadas», les ha permitido mantenerse alejados de la extinción.

Nos ha gustado cómo la Corte Constitucional ha venido ubicando la consulta como un diálogo o encuentro de dos epistemologías que en la conversación, se ponen en pie de igualdad para construir unos acuerdos que no impongan al otro nada:

La Corte igualmente ha señalado que la consulta constituye un proceso de diálogo intercultural entre iguales, en el entendido de que esto significa que ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas para imponerles caprichosamente cualquier decisión sino que opera un intercambio de razones entre culturas que tiene igual dignidad y valor constitucional (CP art 70). Esto

no significa que, desde el punto de vista fáctico, los pueblos indígenas o las comunidades afro descendientes [*sic*] tengan un igual poder a los particulares o al Estado en este proceso de consulta pues usualmente se encuentran en una situación de desventaja frente a ellos por la discriminación a que han sido sometidos. Por eso el Estado tiene el deber de tomar las medidas compensatorias necesarias para reforzar la posición de estos pueblos en estos procesos de consulta para que efectivamente opere ese diálogo intercultural entre iguales (Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018).

Los tres aspectos cruciales de un verdadero y completo proceso que garantice la consulta previa como derecho fundamental de las comunidades negras debe observar plenamente que esta sea *previa, libre e informada*, criterios que, de manera sencilla, expone la doctora Patiño así:

En primer lugar, la consulta debe ser previa implicando un elemento temporal para satisfacerla, es decir esta debe realizarse desde la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución, ya que este tipo de práctica desconoce los derechos de los pueblos indígenas al romper los tiempos propios de las comunidades étnicas. Su fundamento se encuentra en los artículos 6° numeral 1° letra a) y 15° del Convenio 169 de la

OIT, así como el artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas.

Para ello, conforme a las especificidades y exigencias propias de cada caso, al momento de la consulta inicial se deberán fijar los tiempos de revisión a corto, mediano y largo plazo. El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite pre-consultivo [sic] en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de los pueblos indígenas, las bases del procedimiento participativo acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo, el cual deberá corresponder a la medida a consultar [sic], y las características propias del pueblo indígena que podría ser afectado.

En esta etapa previa se sugiere realizar una evaluación exhaustiva junto con participación indígena para determinar si existen otras comunidades étnicas a quienes se requiera consultar; buscando una mayor eficiencia, equidad y no contradicción de los procesos de consulta se debería intentar realizar una consulta conjunta con diferentes comunidades étnicas de un mismo territorio, por ejemplo, si existiera un mismo proyecto en territorio indígena y afrodescendiente. Es un reto complejo pero muy fructífero que fomenta un diálogo en un espacio multicultural. Además,

en todas las etapas se podría constituir una instancia de participación que incluyera terceros intervinientes que pueden coadyuvar en la garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

En segundo lugar, la consulta debe ser libre, esto es, participar en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que los afecten, sin ningún tipo de intromisión o de presión sobre la comunidad que afecte el principio de libertad y por lo tanto vicie las decisiones que se tomen. La libertad de decisión de los pueblos indígenas también se afecta cuando se asesina o se desaparece a los líderes que se opongan a la realización de un proyecto. Significa entonces que la consulta debe ser libre en el sentido en que no debe existir ninguna manipulación o predeterminación que conduzca a la adopción de determinada posición, es decir, no debe haber intimidación o presión, esta última implica riesgos reales. En casos de conflicto armado no existe un consentimiento libre hasta tanto no *[sic]* existan las debidas garantías para su realización, en consecuencia, mientras continúe el conflicto, se pueden proponer áreas de exclusión de medidas por encontrarse viciado el procedimiento al mediar fuerza dependiendo del caso.

En tercer lugar, la consulta debe ser informada, lo cual implica que los pueblos

indígenas deben disponer de tiempo suficiente para realizar su propio proceso de adopción de decisiones y participar en las decisiones tomadas en consonancia con sus prácticas culturales y sociales. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes, brindando información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible ya que el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado (acceso a la información). Por ejemplo, tratándose de proyectos se deben conocer los alcances del proyecto a desarrollar [sic]. Con este fin se deberían realizar estudios antropológicos por parte de expertos imparciales acerca de la afectación al interior de los pueblos sobre su cosmovisión y la forma como debe desarrollarse la consulta dentro de un pueblo indígena específico, y, a su vez, traducir a la lengua del pueblo estos estudios para su comprensión (Patiño Palacios, 2012, pp. 83-85).

A este punto, creemos también ilustrativo y útil, por el fin democrático y pluralista que persigue, tener presente el conjunto de características que aconseja el Instituto Interamericano de Derechos Humanos deben estar siempre presentes en procesos de consulta previa con comunidades étnicas:

- La consulta debe realizarse con carácter previo;
- La consulta no se agota con la mera información;
- La consulta debe ser de buena fe durante un proceso que genere confianza entre las partes;
- La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas;
- La consulta debe ser sistemática y transparente; y
- El alcance de la consulta busca el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de las decisiones (2016).

#### 1.3.4. Objeto del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas

La consulta previa es un mecanismo que busca salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y las comunidades negras que habitan el territorio colombiano. Esta tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la implementación de cualquier tipo de proyecto para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio o por la aplicación de alguna medida administrativa o la expedición de una ley que incida gravemente en sus vidas, como ya hemos tenido oportunidad de ver.

La consulta previa, por lo tanto, es un procedimiento-derecho mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades representativas de los grupos étnicos,



la participación y el acceso a la información sobre el programa o proyectos que se pretenda aplicar o realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los efectos positivos y negativos de estos.

### 1.3.5. ¿Cuándo procede?

La consulta previa se realizará cuando la medida legislativa o administrativa o el proyecto, obra o actividad toque intereses o afecte los derechos del sujeto colectivo denominado comunidad negra. Igualmente, se realizará consulta previa cuando se intente adelantar un proyecto, obra o actividad que se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, puesto que lo importante no es la demostración de un título jurídico que acredite la propiedad sobre la tierra habitada, sino la comunidad misma. Este es un derecho dirigido fundamentalmente a salvaguardar la integridad de estas comunidades, por ello lo importante es saber si el territorio está o no habitado por personas pertenecientes a estas comunidades, más allá de una certificación que emita alguna institución estatal, ya que estas en múltiples ocasiones se han emitido negando la existencia de pueblos étnicos por no identificar resguardos indígenas o consejos comunitarios constituidos, hecho que, por supuesto, ha generado escenarios muy problemáticos.<sup>10</sup>

---

10 Como lo sucedido en un caso que tuvo que resolver la Corte Constitucional mediante la acción de tutela T-880 de 2006.

De acuerdo con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT la consulta previa se debe realizar cada vez que se prevean medidas legislativas, administrativas u OPA que puedan afectar a los pueblos indígenas o las comunidades negras. Sobre la afectación puede decirse al unísono con lo dicho por la Corte Constitucional en la ya mencionada Sentencia SU-123 de 2018, que la afectación puede medirse como aquel acto u omisión que incide positiva o negativamente intereses, planes, derechos, pasado, presente y futuro de los grupos plurales:

La jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa como **el impacto positivo o negativo** que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible [*sic*] de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente [*sic*] (negrilla fuera de texto).

El carácter de previo, indica que la consulta debe someterse a los grupos étnicos antes de que la medida administrativa, legislativa o proyecto de explotación o afectación de sus territorios sea adelantada, lo contrario significa, a la luz del Convenio 169 de 1989 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte, una violación al

núcleo esencial del derecho fundamental, puesto que la temporalidad, en estos casos, resulta determinante en el goce del derecho. Lo que se dice, no es más que entender que la consulta y cada uno de los pasos que a ella generalmente la componen, sigue la finalidad de establecer las consecuencias jurídicas y fácticas que sobre el pueblo o comunidad étnica tendrá la medida sometida a consulta.

### 1.3.6. La consulta previa como derecho fundamental colectivo

Un punto crucial en el análisis de este derecho fundamental es que comprende una naturaleza jurídica particular entre los típicos derechos fundamentales, además de lo ya visto como derecho *fundamental instrumental*, este derecho no es exigible desde la individualidad de algún ciudadano, así sea miembro de algún grupo étnico. Las razones tienen un origen antropológico y constitucional lo cual es fructífero referirlo brevemente.

Luego del expreso reconocimiento de la nación colombiana como una amalgama de colores, costumbres, ritmos, reglas sociales comunitarias, religiones o creencias, idiosincrasia, y en fin, todo aquello que pueda incluirse dentro de la idea de diversidad étnica y cultural, que se hizo en los artículos 7.º y 8.º de la Carta, el constituyente en un momento específico y sobre un tema particular, esto es, el reconocimiento de la propiedad de las tierras ancestralmente ocupadas

por las comunidades negras, las concibió como una comunidad de personas que, bajo unas mismas circunstancias étnicas, culturales e históricas, era merecedora de ese importante reconocimiento jurídico de sus tierras, que, por demás, era una de las grandes reivindicaciones que por esos tiempos promovía el movimiento negro colombiano recién despertado hacía unos diez años antes.

Dicho pronunciamiento lo hace el constituyente, cuando redacta y aprueba el artículo 55 transitorio constitucional que es del siguiente tenor:

Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas.

La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.

La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

Parágrafo 1. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

Parágrafo 2. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley (República de Colombia, 1991; subrayado fuera de texto).

Es insistente la norma en la expresión *comunidad*, dejando claro el mensaje de que el sujeto étnico, como receptor de medidas estatales diferenciales, no es el individuo o ciudadano de la etnia negra aislado, sino el conjunto poblacional que se autorreconoce como tal, y que comparte un pasado, una experiencia cultural y étnica que justifica ese trato diferencial.

Por su parte, la Corte, muy tempranamente, empieza a abordar el tema de la diversidad étnica y cultural recién reconocida por la Constitución de 1991. Lo hizo en la Sentencia T-380 de 1993 en donde

se refirió, precisamente, a la importancia que tiene, con respecto al propósito de concretar el paradigma multicultural incorporado en la Constitución, el hecho de reconocer que colectividades diferenciadas como los pueblos afrodescendientes e indígenas tienen derechos fundamentales distintos a los de sus integrantes individualmente considerados, cuyos derechos subjetivos, valen igual para todos los ciudadanos colombianos sin distingo alguno. Por tanto, ese plus de derechos constitucionales, de los que gozan los afrodescendientes e indígenas, y que no se erige de otra forma que contemplando al conjunto poblacional étnico, es el resultado o la consecuencia jurídico-constitucional de los artículos 7.º y 8.º de la ley superior.

Esas consideraciones especiales, a favor de estos pueblos, por supuesto no es una necesidad del constituyente, no faltaba más, es simplemente la consecuencia de una reingeniería constitucional y social que en aquel momento exigía el país para dar un nuevo inicio hacia una sociedad más justa y equitativa. Esa distinción y trato especial tiene, además, bastantes razones de tipo histórico y sociológico, ya que estas comunidades son eminentemente comunitarias y cooperativas, de manera que su sentido del «conjunto», del «todo», es trascendental en cada una de sus esferas de vida, desde lo familiar, lo económico, lo ceremonial, lo social, lo religioso y lo político.

El antropólogo Eduardo Restrepo, lo reseña así:

Los procesos de etnización, tienen que ver con la construcción de una diferencia cultural, que en el caso de las comunidades negras se apoyó en sus prácticas tradicionales de producción, caracterizadas por un manejo colectivo y sustentable del territorio. Se ha explicado que Colombia experimentó un proceso de etnización de la negridad que tuvo origen en la segunda mitad de los años ochenta, con la aparición de la estrategia organizativa que imaginó a los campesinos negros como grupo étnico con derechos territoriales y una cultura e identidad particulares. Ese discurso fue fundamental para que, en los noventa, y gracias al giro multicultural que propició la Constitución de 1991, el proceso de etnización de las comunidades negras se trasladara al plano jurídico, en el marco de las discusiones que antecedieron la aprobación de la Ley 70 de 1993 (2013, p. 172).

Pues bien, esa personería jurídica colectiva reconocida por la Constitución a estas comunidades fue también aplicada por la Ley 70 de 1993, que como vimos, fue el cumplimiento de ese mandato constitucional del artículo 55 transitorio. En ella, una vez más, el reconocimiento de derechos étnicos, y concretamente de la titulación de la tierra, se hace no de manera individual, sino al sujeto colectivo que bajo la institución

del consejo comunitario, es quien ejerce la personería jurídica del título colectivo, como lo dice la Ley 70 en el artículo 2.º, literal b) numeral 5:

Comunidad negra. Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

En cuanto a la Corte Constitucional, luego de expedir el Auto 005 de 2009, de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, la jurisprudencia de este tribunal se ha ocupado de estudiar, en su mayoría, casos relativos a la eventual transgresión de los derechos fundamentales que les corresponden a los afrocolombianos en su condición de sujeto colectivo.

Es claro que la consulta previa no se hace exigible para una persona de la etnia negra individualmente, sino que su desconocimiento o violación, pone en alerta los derechos que de manera masiva y colectiva, atañen al conjunto humano enteramente. Ha abundado mucho la Corte en este aspecto, pero, recientemente lo aclaró de la siguiente forma:

Los cuestionamientos que en estos términos plantearon los intervinientes ponen de presente el desafío que implica comprender que una



comunidad étnicamente diversa sea titular de derechos fundamentales distintos a los que ostentan sus integrantes, individualmente considerados. La Corte dio cuenta de esa dualidad desde sus primeras providencias, cuando, al referirse al reconocimiento expreso que la Constitución hace de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, advirtió que dicho atributo era predicable de las *comunidades* como sujetos colectivos autónomos en los que tienen cabida cierto modo de vida social y una serie de expresiones culturales que merecen una protección especial.

La Sentencia T-380 de 1993 advirtió, en ese sentido, que las comunidades étnicas —el fallo se refirió específicamente a las comunidades indígenas— no eran solo una realidad fáctica y legal, sino un verdadero sujeto de derechos fundamentales, porque *«la defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla»*. La protección de la diversidad étnica y cultural y su reconocimiento solo podría hacerse efectiva, en esos términos, concediéndoles a las minorías étnicas una

personería sustantiva en el plano constitucional que les permitiera exigir, por sí mismas, la protección de sus derechos fundamentales.

Así, interpretando los instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos que identifican a los pueblos indígenas y tribales como destinatarios de sus disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las comunidades étnicas, en tanto grupos humanos diversos, son titulares de derechos fundamentales — como los derechos a la subsistencia, a la propiedad colectiva de la tierra, a la integridad cultural y a la consulta previa, sobre el que aquí se discute— que son esencialmente distintos a aquellos que se predicen de sus integrantes individualmente considerados (Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2014).

Con lo dicho, creemos suficientemente explicado y agotado el factor colectivo de la consulta previa como derecho fundamental.

### 1.3.7. Procedibilidad de la consulta previa

Nada más oportuno y conveniente para entender este aspecto que citando directamente la norma. Pues bien, su aplicación se desarrolla en los términos del mismo Convenio 169 de 1989 de la OIT, de los cuales citamos los artículos 2.º, 6.º y 7.º:

## Artículo 2.

1. Los gobiernos deberán 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.

[...]

## 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 [sic] 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.

Artículo 7.

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe 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. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles [sic] de afectarles directamente (OIT, 2003; subrayado fura de texto).

Se desprenden de las anteriores normas elementos importantes. El derecho de consulta previa de que tratan estos artículos hace alusión al deber que tienen los Estados en consultarles a los pueblos denominados

étnicos las medidas administrativas y legislativas que posiblemente puedan afectarles o interesarles a las comunidades, que afecte su tráfico de derechos e intereses. Y principalmente deben los Estados someter a consulta aquellos actos jurídicos conocidos como actos de carácter administrativo y los legislativos, que veremos seguidamente.

### 1.3.7.1. Frente a medidas administrativas

Cualquier procedimiento administrativo, o medio por el cual actúa la rama ejecutiva en cualquier nivel territorial o descentralizado o en general la función administrativa, que pueda impactar —en nuestro criterio no importará si la afectación es positiva o negativa, en tanto que el convenio no hace esa distinción— a la comunidad o pueblo étnico tendrá que ser socializado y, dependiendo del caso, autorizado por el mismo pueblo para que se pueda adelantar la medida administrativa.

En primer lugar, entendemos por medida administrativa toda aquella acción proveniente de una de las ramas del poder público, pero generalmente de la Rama Ejecutiva del Estado. La Rama Ejecutiva, ya sabemos, actúa o se expresa por uno de los siguientes medios: 1) actos administrativos en ejercicio de su potestad reglamentaria o la definición de una situación jurídica particular de un administrado; 2) la celebración de contratos; 3) hechos administrativos, y 4) operaciones administrativas (Vidal Perdomo, 2010).

En el primer caso, podemos encontrar los ejemplos de la expedición de las licencias ambientales, permisos de explotación de recursos naturales otorgados por las corporaciones autónomas regionales (CAR) que se materializan por medio de los actos administrativos correspondientes.

Entre tanto, los contratos de concesión a multinacionales cuyo objeto es la explotación de recursos naturales inmersos en los territorios ancestrales de estos grupos étnicos son ejemplos de la segunda forma como la administración pública se manifiesta en Colombia, según la doctrina especializada.

Por su lado, las operaciones y los hechos administrativos son actividades fácticas que tienen alguna incidencia en la gestión pública, en tanto, que las operaciones son la ejecución o puesta en marcha de una decisión de la administración, y los hechos son fenómenos de la naturaleza que tienen consecuencias jurídico-administrativas, sea el caso del desbordamiento de un río que obliga a la administración a declarar la urgencia manifiesta.

Todas las anteriores, al ser manifestaciones de la administración pueden ser consultadas por ser medidas administrativas, siempre que, como ya comentamos, tengan una afectación a los grupos étnicos.

Hoy, con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —

CPACA—, dicho imperativo es mucho más evidente. El corpus normativo administrativista trae una norma específica sobre consultas; se trata del artículo 46 que consagra lo siguiente:

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

Se entiende que hoy esa eventualidad de que la administración deba poner sus decisiones en consulta de los administrados, cuando la ley o la Constitución lo ordenen, es, por supuesto, consecuencia aunque sea indirecta de la existencia de un derecho llamado consulta previa del que gozan los grupos étnicos, de la cual es mucho más consciente hoy la administración pública; tanto, que su estatuto por excelencia (CPACA) ya la considera por medio de una norma positiva como acabamos de ver.

### 1.3.7.2. Frente a medidas legislativas

Entre tanto, el convenio también señala como medidas que pueden consultarse, aquellas de carácter legislativo, es decir, la actividad ordinaria del poder legislativo. No hay dudas, y de ello la práctica judicial de nuestro tribunal constitucional nos ha dado cuenta, que las leyes son

también objeto de consulta previa cuando su contenido o su aplicabilidad tengan como consecuencia una afectación o particular interés en comunidades negras o pueblos indígenas.

En nuestro criterio, no debe haber discusión sobre si los decretos expedidos por el presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias como legislador, sea por autorización del Congreso, mediante ley habilitante, o por la declaratoria de estados de excepción, son objeto o no de consulta; es indiscutible que al ser estos actos normas con fuerza material de ley, son en efecto susceptibles del deber de consulta.

Pensamos que el convenio no hace distinción al respecto, por tanto, sería traído de los cabellos hacer una limitación a dicho derecho fundamental, que no contempla la misma norma que crea el derecho. El convenio es claro al expresar que las consultas de los pueblos indígenas o tribales (entiéndase comunidades negras) están dirigidas contra las medidas legislativas que les puedan incumbir o afectar. Es decir, el tratado hace alusión a una especie de norma jurídica producto del ejercicio legislativo, la cual por excelencia es la *ley*, pero se debe leer que en realidad es a toda norma jurídica con esa misma jerarquía en la escala de normas jurídicas, lo cual evidentemente incluye los decretos con fuerza de ley y los denominados decretos legislativos.

Ahora, por la trascendencia que implica que una norma pueda ser objeto de declaratoria de



inexequibilidad al violar el bloque de constitucionalidad por no realizar procesos de consulta previa a los grupos étnicos, ha sido mucho el debate que sobre el particular se ha abierto.

La Corte Constitucional ha tenido por lo menos dos posiciones al respecto, reflejadas en varias de sus sentencias.

La primera de sus posiciones aparece cuando por primera vez tiene que evaluar la constitucionalidad o no de una ley por el cargo de no haberse realizado consulta previa a los grupos étnicos. Se trató de un proyecto de ley estatutaria por medio del cual se reglamentaba el artículo 176 de la Constitución Política el cual consagraba en su momento:

Habrà una circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior.

Esta circunscripción constará con cinco (5) curules distribuidas así: dos (2) para las comunidades negras, una (1) para las comunidades indígenas, una (1) para las minorías políticas y una (1) para los colombianos residentes en el exterior.

**Parágrafo.** Quien sea elegido para la circunscripción especial de los colombianos

residentes en el exterior, deberá residir en el territorio nacional mientras ejerza su condición de Representante a la Cámara (República de Colombia, 2001).

En aquella ocasión, la Corte Constitucional resolvió que el derecho de las comunidades a la consulta previa no procedía en relación con las medidas legislativas directamente, sino sobre su ejecución o implementación por parte del Gobierno, en ejercicio de su potestad reglamentaria, es decir, mediante la expedición de los decretos que reglamentan las leyes y que son, regularmente, facultad del ejecutivo. En efecto, dispuso en esa ocasión la Corte:

Lo que resulta de especial importancia para el caso presente, es que ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas como la que se estudia. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T. [*sic*], es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas [refiriéndose a los supuestos del artículo 330 de la CP]. En criterio de la Corte, ello no desconoce los límites de la discrecionalidad que este tratado otorga

a sus Estados Partes [sic], puesto que cada una de ellas pretende combinar la protección del territorio en que habitan estas etnias y la salvaguarda de su identidad particular, por una parte, con el fomento de su participación, por otra; lo cual, a todas luces, satisface el objetivo principal del Convenio referido. La ampliación de los supuestos en que dicho procedimiento es obligatorio, tendrá que ser objeto de una regulación legal futura (Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001).

Además de considerar que no era exigible la consulta en la creación de las leyes sino en su aplicación, consideró que en todo caso era la ley la que debía determinar las pautas para este tipo de procedimientos, ya que el Convenio no señaló ninguna reglamentación al respecto.

Sin embargo, mediante la sentencia hito, C-030 de 2008, que ya hemos tenido oportunidad de citar, esa regla, o por lo menos la posición jurisprudencial, fue reorientada, y dispuso la Corte sobre el asunto que:

Las medidas legislativas pueden convertirse en un escenario de afectación directa cuando alteran el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque les impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, les confiere beneficios. La consulta procede cuando «la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación

directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta». Lo que debe consultarse en esos casos, por lo tanto, son aquellas medidas susceptibles [*sic*] de afectar directamente a las comunidades étnicas en su calidad de tales, no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos.

La Sentencia C-461 de 2008 reiteró la procedencia de la consulta con respecto a medidas de amplio alcance, esto es, leyes o decretos del ejecutivo que configuraran una hipótesis de afectación directa de los derechos de las minorías étnicas. El fallo determinó, precisamente, que algunas de las disposiciones de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 (Ley 1157 de 2007) contemplaban proyectos y programas que incidirían de manera directa y específica sobre distintos grupos étnicos del país, lo cual representaba una potencial afectación de su autonomía y de sus derechos colectivos que hacía exigible la consulta previa. Y en efecto ordenó que aquellas actividades del Plan Nacional de Desarrollo que en su ejecución implicaran una posible afectación de los intereses o derechos de estas comunidades, debían ser consultadas con estas, lo cual hizo mediante una declaratoria de constitucionalidad condicionada.

Luego, en 2010, la Corte añadió un elemento más a esta regla de entender que toda norma de amplio

alcance, que afecte de manera significativa derechos de las comunidades étnicas, debe ponerse bajo su consulta; y fue que dicha consulta debe realizarse de manera previa a su trámite legislativo. Se trató de la Sentencia C-702 de 2010, que decidió la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2009.

Finalmente, mediante la Sentencia C-253 de 2013, en donde analizó la constitucionalidad de la expresión «negro» y «comunidad negra» utilizada en la Ley 70 de 1993, determinó que dicha exigencia de que las leyes o normas nacionales cuyo nivel de interés o incumbencia para las comunidades étnicas sea directo y trascendente, operaba solo desde que dicha regla fue constituida, es decir, a partir de la Sentencia C-030 de 2008.

### 1.3.7.3. La consulta frente a proyectos, obras o actividades

Particular interés representa este tema para este autor, pues se trata de actividades o, como llamaremos en este libro, «intervenciones», que si bien no son medidas legislativas o administrativas en los términos que indica el Convenio 169 de 1989, se ha asumido que hay otras intervenciones que por sus implicaciones sobre la vida, territorio, cultura, economía, educación, espiritualidad o desarrollo social de los grupos étnicos, también deben ser objeto de consulta.

Se trata de una conclusión jurídica que se sigue de hacer una interpretación teleológicamente del

mismo Convenio 169 de 1989, pues se entiende que en definitiva el espíritu de dicho organismo era proteger a estos pueblos frente a amenazas o peligros que pongan en grave asedio la tranquilidad y la dignidad de estas personas. Lo cual nos parece absolutamente plausible, pues analizando en la práctica la vida y la dinámica de estos pueblos y en particular las riquezas de sus territorios, no son fuente de riesgos únicamente las decisiones que sobre ellos tome el Estado que es el único que toma medidas administrativas o legislativas, sino que, también los proyectos, obras o actividades emprendidos por privados, son asunto que en bastante pueden llegar a afectar la vida o existencia completa de una comunidad étnica.

Adicionalmente, debemos recordar que el convenio es un documento con valor jurídico que reivindica y recuerda que sobre estos pueblos han recaído sucesos históricos, políticos, económicos, religiosos o sociales que los ha puesto en seria y objetiva desventaja con respecto a las denominadas «civilizaciones» occidentales, por lo que intenta superar esa condición de desigualdad en el goce de derechos. El derecho al autogobierno y a la autodeterminación, son también sustrato de la consulta previa en cuanto que son expresiones de soberanía de estas comunidades, permitiéndoles tomar rumbo propio y autorregirse en el planeta.

La autodeterminación y el autogobierno son derechos que ponen por encima de cualquier consideración el interés supremo de la existencia del

conglomerado étnico, garantizando el respeto de sus propias formas de vivir y entender el mundo, y ello incluye naturalmente, cualquier intervención que siendo estatal o privada, intervenga su esfera de vida en su respectivo territorio o contexto social en el que se encuentren.

Lo dicho, es solo parte de muchas razones, que jurídica o fácticamente, pueden solventar el hecho de que no solo las medidas legislativas o administrativas son objeto de consulta, sino toda intervención pública o privada que tenga interés o incumbencia sobre los intereses y derechos de las comunidades negras o pueblos indígenas.

En este punto, es conveniente traer a colación lo que sobre las intervenciones ha dicho la doctora Gloria Amparo Rodríguez en una revista especializada ya citada, en donde relaciona algunas intervenciones que en su sentir y de acuerdo con algunos casos concretos resueltos por la Corte, deben ser puestas bajo consulta a estos pueblos:

La participación que se da a través de la consulta previa es de obligatoria aplicación no sólo para los pueblos indígenas sino también para las comunidades afrocolombianas, raizales y gitanas, cuando:

- Se desee expedir una orden de medida nacional, departamental, o local susceptible de afectar a estas comunidades.

- Se vayan a erradicar cultivos de uso ilícitos en sus territorios.
- Se pretendan realizar procesos de investigación científica o arqueológica.
- Las fuerzas armadas, el Instituto Nacional Penitenciario, y Carcelero, (INPEC) u organismos de seguridad del Estado que pretendan desarrollar actividades en sus territorios.
- Se desee realizar la adopción de menores de edad pertenecientes a estos grupos étnicos.
- Se pretenda otorgar autorizaciones para realizar proyectos o utilizar recursos naturales renovables en su territorio.
- Se vayan a ejecutar proyectos de exploración, prospección y explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios.
- Se tramiten proceso administrativos ambientales que puedan afectarles, como por ejemplo licencias ambientales para la realización de proyectos, obras o actividades, u otorgar permisos ambientales para la utilización de recursos naturales.
- Se pretende adoptar los regímenes especiales de manejo en el caso de traslape de parques con territorios indígenas.



- En los casos de traslado de comunidades de sus tierras tradicionales a otro lugar.
- Se realice diseño y la implementación del Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y se establezcan los planes de salvaguarda étnica ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado, para cada uno de los pueblos indígenas, señalado por la Corte constitucional. Adicionalmente, en el caso de la población afrocolombiana, cuando se realice el diseño y la puesta en marcha de los planes específicos de protección y atención para cada una de las comunidades afrocolombianas y en situación de desplazamiento y confinamiento, y el plan de caracterización de los territorios colectivos y ancestrales habitados mayoritariamente por esta población.

Este tema es de tanta trascendencia por ser la consulta previa un derecho fundamental y porque infortunadamente, a pesar de la cantidad de consultas realizadas hasta la fecha como lo veremos más adelante, la tendencia que se presenta es la confrontación y el conflicto en su aplicación. Por razones que tienen que ver con el alcance, el procedimiento para su realización y la manera en que lo señalado por las comunidades es tomado en cuenta la decisión final. Lo anterior evidencia las diferentes visiones que se poseen en relación con este mecanismo de participación (2009, pp. 56-57).

Por último, y tomando notas sobre lo que es y no es consultado en ejercicio de su derecho fundamental a los grupos étnicos, una conclusión también expuesta de la lectura de los artículos 2.º, 6.º y 7.º del Convenio 169 de 1989, es que únicamente el ejercicio jurisdiccional está exento de procedimientos de consulta previa.

La labor realizada por los jueces de la República por voluntad de la OIT fue excluida de dicho procedimiento o derecho fundamental, quizá entendiendo que es el juez el símbolo de la civilización y el garante de la aplicación y cumplimiento de los más caros postulados sociales, entre ellos los derechos fundamentales.

## 2. Marco jurídico colombiano de la consulta previa



### 2.1. Reglamentación sustantiva

El despliegue normativo en materia de consulta previa para grupos étnicos hasta el momento ha sido dinámico, más que por intención legislativa, por necesidad de darle claridad a un derecho fundamental que, en ocasiones, sobre todo al principio de su aplicabilidad, no contaba con unos procedimientos definidos para su implementación.

En otras ocasiones ha sido objeto de reglamentaciones insuficientes o nugatorias de su verdadero espíritu. Esto principalmente por falta de un interés gubernamental en que dicho derecho de comunidades negras y pueblos indígenas sea plenamente respetado y protegido, ya que, ha sido en múltiples veces criticado por funcionarios de la Rama Ejecutiva,<sup>11</sup>

---

11 Includiendo dos presidentes de la República que han criticado el derecho a la consulta previa por considerarlo un «tropiezo y obstáculo al desarrollo». Uno de ellos, incluso desarrolló una campaña para derogar el Convenio 169 de 1989 en el que se contempla la consulta previa.

al considerar que dicho derecho obstaculiza proyectos importantes para el desarrollo y el progreso nacional.

Lo anterior para explicar lo dificultoso que ha sido en materia de actividad legislativa y de reglamentación de la consulta previa como derecho fundamental de pueblos indígenas y comunidades negras. No obstante hoy existen algunas normas jurídicas bajo las cuales ha de guiarse el ejercicio de este derecho; pero, advirtiendo, que si bien existen normas con el objeto de darle aplicabilidad al derecho de consulta previa, en realidad ha sido la Corte Constitucional en ejercicio de su labor como interprete autorizado de la Constitución, quien ha sido más eficaz en dicho propósito.

Ya tuvimos tiempo para hacer un recuento de las normas constitucionales con las que en nuestro país se sustenta jurídicamente la consulta previa como derecho; ahora nos corresponderá echar una mirada a las normas con rango legal y reglamentario que tratan del tema.

### 2.1.1. Ley 21 de 1991

La Ley 21 de 1991 es la norma por medio de la cual se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76.<sup>a</sup> reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989.

Dicha norma, solo tuvo como objeto darle formalmente aprobación por el Estado al Convenio 169 de 1989. Técnicamente en estos casos, la validación del

convenio internacional se hace con una transcripción literal de este en el contenido de una ley ordinaria. En ella, por lo tanto, encontramos el mismo contenido que en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, incluyendo, por supuesto, las normas relativas a la consulta previa.

### 2.1.2. Ley 70 de 1993

Esta es la ley conocida como Ley de Negritudes. Es la ley mediante la cual se reglamenta o desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución, que ordena la titulación jurídica de las tierras ancestrales a las personas de la etnia negra en el Pacífico colombiano.

El objeto de esta se describe en el artículo primero que al tenor reza:

La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de

igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

De acuerdo con lo previsto en el párrafo 10. del artículo transitorio 55 de la Constitución Política, esta ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley (Ley 70 de 1993).

La importancia de esta norma en lo tocante con la consulta previa es que contempla también este derecho de consulta en el caso particular de las comunidades negras. En efecto en su artículo 3.º numeral 3.º se lee:

Artículo 3. La presente ley se fundamenta en los siguientes principios:

1. El reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana.

2. El respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras.

3. La participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley.

4. La protección del medio ambiente atendiendo a las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza (Ley 70 de 1993; subrayado fuera de texto).

Como veremos, la formulación de este derecho es muy similar al que encontramos en el artículo 2.º de la carta magna y a lo estipulado por el Convenio 169 de 1989, en particular en el inciso b del artículo 6.º. Mientras en la Constitución la palabra utilizada es «afectan» al igual que en la Ley 70 de 1993, en el convenio se utiliza la expresión «conciernen». Pues bien, semánticamente, ambas expresiones hacen referencia a lo mismo, por lo que no cabe dudas de que la Ley 70 de 1993 hace alusión a la misma noción jurídica de consulta previa.

La inclusión de un derecho de esta naturaleza en la Ley 70 de 1993 es apenas entendible. Y aún más si observamos que no es tan solo un derecho aisladamente consagrado en el corpus de la ley, sino un principio que orienta su interpretación y aplicabilidad. La ley tiene como finalidad darle cumplimiento a un mandato constitucional preciso de sanear jurídicamente la propiedad de las tierras que durante siglos estas comunidades han poseído ininterrumpidamente en el Pacífico colombiano fundamentalmente; y con ello los recursos naturales que hay inmersos en estos territorios.

Al respecto de esto último, creemos que es el motivo por el cual esta ley contiene un «principio» que consagra la necesidad de hacer partícipes a las

comunidades negras de aquellas decisiones que los afecten. Esto por dos cosas elementales: 1) la ley tiene por objeto primordial la titulación colectiva de las tierras por medio de la figura de consejos comunitarios; no es más el alcance de esta, ya que ella se deriva de un mandato del constituyente preciso y puntual. 2) Los recursos naturales no fueron incluidos como objeto de titulación y, por tanto, quedaron excluidos de la posibilidad de ser parte del patrimonio de los consejos comunitarios. Ahora, ¿por qué deviene la importancia de este principio denominado de consulta en una ley de titulación de tierras? Porque la realidad social y política de estas comunidades indica que tienen una relación íntima, inescindible, con lo que ellos llaman el *territorio*, lo cual entienden mucho más allá del suelo que les es titulado por la ley. Para las comunidades negras, el territorio es un conjunto integrado por ríos, bosques, animales y flora de los cuales toman sus propiedades para vivir.

En 2018, mediante una sentencia que ya hemos mencionado varias veces, la Corte Constitucional ha entendido el territorio para las comunidades étnicas de esta manera:

Con tales derroteros la jurisprudencia constitucional ha reconocido dos conceptos de territorio, a saber: i) el geográfico, que comprende el espacio reconocido legalmente bajo la figura del resguardo u otras figuras semejantes, como la de territorios colectivos de las comunidades afro descendientes [*sic*];



y ii) el territorio amplio, que incluye las zonas que habitualmente ha ocupado la comunidad indígena, al igual que los lugares en donde tradicionalmente los mencionados sectores de la sociedad han desarrollado sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales.

[...]

Cuando la medida sea susceptible de afectación [*sic*] directa al pueblo étnico, se aplican todas las reglas de deliberación con las comunidades tradicionales, conforme al derecho a la consulta previa y con el propósito genuino de llegar a un acuerdo. En caso de que la consulta sea adecuadamente realizada pero no conduzca a un acuerdo, la administración deberá implementar la medida con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018).

La intención, pensamos nosotros, de que esta norma, cuyo objeto por mandato constitucional esté bien lejano de la consagración de un derecho como el de la consulta previa, termine incluyéndolo, puede explicarse porque si bien esta ley no otorga la propiedad sobre los recursos naturales, sí ofrece la oportunidad de que las decisiones, las iniciativas, los proyectos, las medidas administrativas o legislativas que tienen que ver con esos elementos, dada la importancia que para esta etnia representan esos recursos naturales, sean consultados

y puestos en su conocimiento. Es claro que poner en riesgo los recursos naturales existentes en las tierras de los consejos comunitarios, su uso indiscriminado o el envenenamiento de este, es poner en riesgo a las comunidades mismas quienes viven en medio de estos y se aprovechan de ellos para su pervivencia.

Es la misma lógica y razón que ampara o explica el artículo 330 de la Constitución Política en cuyo parágrafo se lee que:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (República de Colombia, 1991).

Las comunidades negras tienen un aprecio especial, podríamos decir con seguridad, que de carácter espiritual por el territorio. De ello hay la más variada producción investigativa que justifica lo que acabamos de decir.

Creemos que la inclusión en la Ley 70 de 1993 de un deber del Estado en hacer partícipes a las comunidades negras por medio de la consulta, de las decisiones que pueda interesarles fue acertada y no desencaja con la finalidad de esta dada por la Constitución Política de 1991. Traer a colación la Ley 70 de 1993, se explica porque esta

ley establece las reglas fundamentales sobre las tierras que les son entregadas a estas comunidades a través de los títulos colectivos.

### 2.1.3. 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, además, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones relativas al uso y la protección del medio ambiente.

Algunos constitucionalistas han tildado nuestra Constitución como una de carácter ecológico por su carga importante de artículos referidos a la protección del medio ambiente en el país y por considerarlo un derecho o interés colectivo. La Constitución en general es cierto que contempla un conjunto de artículos que se preocupan en ordenarle al Estado el cuidado de los recursos naturales y consagra mecanismos que le permiten al ciudadano actuar por medio de acciones judiciales para hacer que el medio ambiente sea protegido. Las acciones de grupo y las acciones populares son ejemplo de dicha intencionalidad de la carta política.

Sobre lo anterior, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en múltiples ocasiones reafirmando el carácter ecológico de la Constitución; en una de ellas dijo:

Sobre la naturaleza ambiental de la Carta, es pertinente tener en cuenta que la Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa y material de la sociedad con el medio. Por ello, la protección del medio ambiente en su conjunto ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que es plausible afirmar que la Carta contiene una verdadera «Constitución Ecológica», conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente.

En el anterior sentido la Corte en **Sentencia C-126 de 1998**, precisó la triple dimensión que la Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano, en los siguientes términos:

«De un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la Constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares».

Incluso, en varias ocasiones, la Corte ha insistido en la importancia que reporta el medio

ambiente para el bienestar general, al punto de establecer deberes calificados de protección que permitan brindar un nivel de vida digno, tanto a la sociedad como el individuo, que contribuyan al pleno funcionamiento del Estado (Corte Constitucional, Sentencia T-129 de 2011).

Por supuesto que era necesario que el sistema legal y la estructura estatal relacionada con la defensa del medio ambiente fuera actualizada a las nuevas exigencias de la Constitución Política. La Ley 99 de 1993 fue la respuesta del legislativo a esta necesidad y en ella encontramos también referencia a la consulta o participación ciudadana en actuaciones de interés general.

Con el nuevo orden constitucional, y la importancia que los recursos naturales y en general el tema ambiental adquiere en este, se hace imperativo que no sea un asunto exclusivo de las autoridades estatales, y por esa razón incumbe a todos, abriendo la posibilidad de que la ciudadanía interesada en la medida administrativa, en la licencia, en los estudios de impacto ambiental u otros procedimientos similares tengan acceso a estos.

El artículo 31 de la ley es claro al contemplar lo siguiente:

Funciones. Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:

1) Ejecutar las políticas, planes y programas nacionales en materia ambiental definidos por la ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo y del Plan Nacional de Inversiones o por el Ministerio del Medio Ambiente, así como los del orden regional que le hayan sido confiados conforme a la ley, dentro del ámbito de su jurisdicción;

2) Ejercer la función de máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción, de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazadas por el Ministerio del Medio Ambiente;

3) Promover y desarrollar la participación comunitaria en programas de protección ambiental, de desarrollo sostenible y de manejo adecuado de los recursos naturales renovables (Ley 99 de 1993; subrayado fuera de texto).

La expresión «comunitaria» consideramos pueda deberse a la expedición tan solo unos meses antes de la Ley 70 de 1993 en donde la idea de comunidades negras se hacía fuerte. En igual sentido debería entenderse por el recién reconocimiento de los resguardos indígenas como entidades territoriales.

En todo caso, la alusión a este derecho es clara, aunque no esté especificado que sea para comunidades negras o pueblos indígenas es obvio que estos por ser las poblaciones que normalmente están inmersas en

territorios con abundante riqueza natural sean los más beneficiados del mismo artículo.

#### 2.1.4. Ley 1437 de 2011

La ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Estatuto primordial para el funcionamiento de la rama ejecutiva del Estado, pues establece las reglas generales para la ejecución de los procedimientos administrativos de las entidades públicas, sin olvidar que también consagra las normas que ordenan y rigen la jurisdicción administrativa.

Cualquier procedimiento tendiente a la producción de un acto administrativo, como resoluciones, acuerdos, decretos, directivas y similares normas deberán observar las reglas establecidas en este código. Los administrativistas sobre este nuevo código de la administración han dicho que es atemperado a la magnitud y necesidad actual de la administración pública colombiana.<sup>12</sup> Y más que eso, con él se intenta dar un toque de efectividad y modernidad al funcionamiento de las instituciones públicas del Estado, incorporando herramientas como el internet para las notificaciones administrativas o la erradicación de las autenticaciones para actuar por tercera persona; son muestras de un

---

12 Palabras pronunciadas por el profesor español Luciano Parejo Alfonso, en el acto de lanzamiento del Código. Salón Rojo del Hotel Tequendama de la ciudad de Bogotá, 2011.

código en sintonía con la agilidad y la simpleza en los procedimientos.

Ahora, de este amplio corpus normativo, nos interesa destacar el artículo 46 que consagra lo siguiente:

Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una Consulta Previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

A nuestro modo de ver, es de resaltar y aplaudir que un código como el de procedimiento administrativo, tan tradicionalmente frío y seco con el reconocimiento de diferencias y derechos de pueblos o comunidades de especiales características como el indígena o el negro, contemple un artículo dentro de un capítulo especial que ordene al funcionario público el deber de consultar la decisión para tomar en el procedimiento administrativo al ciudadano o grupo de ciudadanos que puedan ser terceros interesados o afectados por esta.

Del artículo es importante mencionar que la remisión que este hace a la Constitución en materia de consulta previa es referida al Convenio 169 de 1989, pues ya sabemos que el convenio hace parte de la Constitución al integrar el bloque de constitucionalidad, por lo que es lógico pensar que el artículo 46 del Código



de Procedimiento Administrativo hace mención tácita de este.

Por otro lado, deja también en el Convenio, la definición del procedimiento por el cual se debe desarrollar la consulta. Al respecto del punto, es importante mencionar que no hay tal procedimiento con un nivel de detalle en el Convenio 169 de 1989; lo que se ha podido establecer, y por vía jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, es una serie de principios y subreglas que guían y orientan la aplicación de este derecho como más adelante y de manera detenida lo veremos. También precisamos que dicha consulta en cuanto al número de beneficiarios el CPACA no distingue si es atribuible a un individuo o número plural de ciudadanos. Lo que creemos es que deben tomarse en cuenta los conceptos básicos del derecho administrativo, en particular de la teoría del acto de la administración, que permiten, es más, exigen a la administración poner al tanto del procedimiento administrativo a todo tercero que pueda verse interesado o afectado por la decisión administrativa; solo que en este caso, esa notificación de la existencia del procedimiento no es suficiente, pues con la consagración del artículo 46 se requiere adicionalmente consultarle dicha decisión.

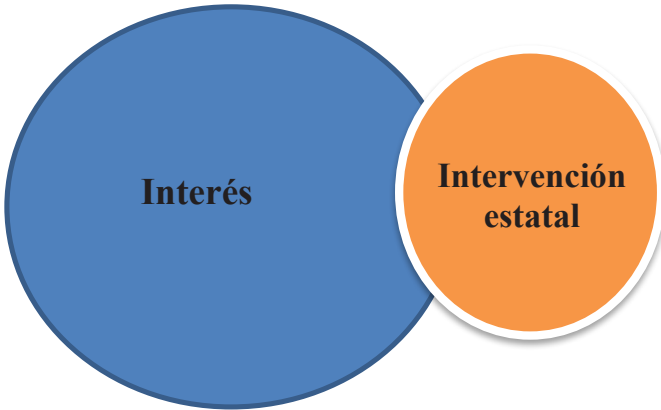
¿Hasta dónde va la consulta en los procedimientos administrativos? Es una pregunta que deberá responderse a la luz de la jurisprudencia constitucional y de acuerdo con el caso concreto del procedimiento administrativo de

que se trate. Deberá ponderarse si la consulta que se va a realizar en el procedimiento requiere consentimiento o no del consultado, lo que se responderá de acuerdo con ejercicios de proporcionalidad en los que se pondere el nivel de afectación que pueda tener en el administrado consultado la decisión administrativa. Por ejemplo, somos partidarios de que en los procedimientos administrativos mediante los cuales se emiten las licencias ambientales, como también lo afirma la doctora Gloria Amparo Rodríguez,<sup>13</sup> o los permisos de explotación de recursos naturales inmersos en las tierras comunales de comunidades negras o pueblos indígenas, por su alto impacto en estas, debe requerir un consentimiento expreso de estas etnias. Habrá seguramente procedimientos de la administración en los que si bien se exija la consulta porque pueda ser de interés del ciudadano o conjunto de ciudadanos, no será requisito primordial para la validez del acto el consentimiento expreso de estos (previo, libre e informado), lo que se definirá por el grado o intensidad de la medida sobre los intereses del administrado, de manera que si es una decisión que interviene de manera tangencial no ameritaría la consecución del consentimiento.

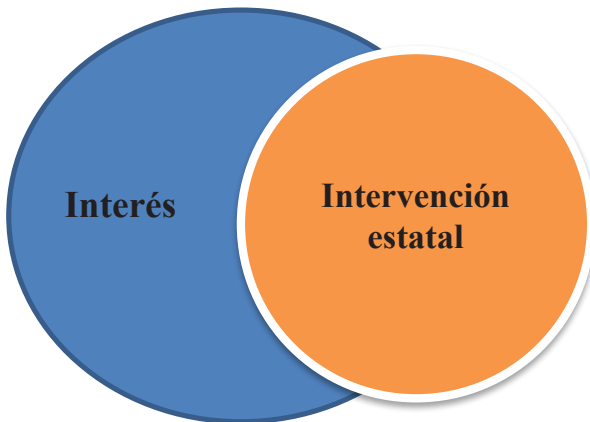
---

13 Sobre el particular: Rodríguez, G. A. y Muñoz, A. L. M. (2009). *La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio*. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad del Rosario.

**Figura 1.**  
**Consulta sin consentimiento**



**Figura 2.**  
**Consulta con consentimiento**



Las anteriores figuras ejemplifican lo que intentamos decir acerca de las intervenciones estatales al interés del administrado mediante los procedimientos administrativos como elemento definitorio del tipo de consulta que se debe realizar cuando se requiera este procedimiento.

### 2.1.5. Decreto 1320 de 1998

Norma del ejecutivo por la cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

El decreto determina que la consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, conforme a la definición del artículo 2.º de esa misma norma, y las medidas propuestas para proteger su integridad. En general, luego de revisar el decreto pueden extraerse de él varias conclusiones, que por infortunio no son en favor del derecho a la consulta previa de comunidades negras y pueblos indígenas.

En primer lugar, se advierte el alto contenido de formalismos del decreto quedándose en exigencias de tipo formal para seguir con el procedimiento de consulta; como es el caso de la exigencia del documento

o certificación que acredite presencia de pueblos étnicos en el territorio donde se adelantará el proyecto de explotación o de construcción de obra. Lo anterior parece excesivo, pues con la mera visita a la zona se puede constatar la presencia de grupos étnicos. En todo caso, el decreto dedica buena parte de sus artículos a hacer énfasis en dicho certificado.

Por otro lado, el artículo 5.º del decreto nos parece nugatorio del derecho a la consulta de grupos étnicos, en tanto en su inciso final expresa: «En caso que [sic] los representantes de las comunidades indígenas y/o negras se nieguen a participar, u omitan dar respuesta dentro de los términos antes previstos, el interesado elaborará el estudio ambiental prescindiendo de tal participación» (Decreto 1320 de 1998; subrayado fuera de texto).

Lo anterior es sin dudas una negación a la protección y goce del derecho fundamental a la consulta previa de grupos étnicos en la medida en la que un procedimiento administrativo tan sensible para estas comunidades, como lo es una licencia ambiental, puede adelantarse sin su participación. Por supuesto que dicha hipótesis es violatoria de un derecho de pueblos indígenas y comunidades negras con rango constitucional, lo que invalidaría por vicios de inconstitucionalidad el procedimiento y el acto administrativo como tal de licencia. Entre tanto, en lo que respecta al ligero procedimiento que establece para adelantar la consulta, hay que decir que este resulta imposible de aplicar en

todos los eventos de consulta, además contradice el reconocimiento del derecho propio de estos pueblos, el cual es también reconocido como válido por los convenios internacionales, en especial el 169 de 1989 de la OIT.

El procedimiento desconoce que lo que distingue a la variedad étnica existente en Colombia es precisamente su multiplicidad de formas y procedimientos propios e instancias de administración y gobierno interno, que distan de comunidad en comunidad; por lo que pretender que todos los procesos de consulta se rijan por una fórmula única es desconocer la autonomía y la gobernabilidad de estas comunidades, así como esa realidad pluriétnica. Entre otras razones, la aplicabilidad de este decreto ha sido muy poca, y la propia jurisprudencia constitucional ha orientado que la ejecución o puesta en marcha de la consulta previa, no solo en procesos relacionados con la explotación de recursos naturales, sino en toda consulta, deben ceñirse a los parámetros de la comunidad consultada, ya que, de esta forma, el ejercicio y goce del derecho por parte de la comunidad es mejor protegido.

#### 2.1.6. Directiva Presidencial 001 de 2010 y la 010 de 2013

Ambas normas han sido, en cada momento, intentos desesperados del ejecutivo nacional por darle algún tipo de claridad al procedimiento que debe seguirse alrededor del ejercicio de este derecho fundamental, no

logrando su objetivo propuesto y, en algunos aspectos, cometiendo declaraciones nugatorias de este.

La Directiva 001 de 2010, expedida por el presidente de la República en este caso el Dr. Álvaro Uribe Vélez, en su momento generó resquemores y desavenencias con las comunidades étnicas, incluso, fue demandada mediante la acción de nulidad simple,<sup>14</sup> proceso judicial que hoy se tramita en la Sección Primera del Consejo de Estado y que aún está pendiente por decisión de fondo. La mencionada acción judicial fue presentada por el colectivo de abogados José Alvear Restrepo, la Fundación Jurídica Tierra Digna, y el escritor de este libro mediante poder otorgado por cerca de 45 consejos comunitarios del departamento de Chocó.

Aunque la directiva en mención ya fue derogada por la 010 de 2013, por ser un punto de referencia que en su momento generó controversias jurídicas interesantes, ayudando, en medio del debate, a avanzar en torno a su defensa y definición como derecho colectivo fundamental de los grupos étnicos, creemos importante referirnos a sus consideraciones jurídicas. Además, opinamos sano hacerlo en beneficio de la labor académica.

El acto administrativo va dirigido al vicepresidente de la República, los ministros del Despacho, directores de los Departamentos Administrativos, superintendentes,

---

14 Radicado N.º 11001032400020120002500.

directores, gerentes y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional que tiene como objeto la garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales.

De lo que se trata aquí, con este acto, es de regular, por medio de pautas que deben seguir los diferentes órganos del ejecutivo, la implementación de los procesos que garantizan el derecho fundamental de consulta previa a los pueblos indígenas y afrodescendientes en Colombia. En esta directiva, se define qué es considerado consulta previa; qué está y qué no está sujeto a esta; cuándo se debe realizar y cuál es la entidad encargada en Colombia de coordinar y garantizar estos procesos.

La directiva presidencial en cuestión anula, desde su expedición, el núcleo esencial de la consulta previa, como lo veremos en seguida.

Puede predicarse de la Directiva Presidencial 001 de 2010 su contrariedad con el Convenio 169 de 1989 de la OIT, en razón de que dicho acto violó el derecho de consulta previa que debe realizarse a los pueblos étnicos en toda actuación legislativa o administrativa del Estado. La Directiva 001 de 2010 expedida por el doctor Álvaro Uribe Vélez, presidente de la República en ese momento, no fue consultada con ninguna de las autoridades representativas, y en todo caso, con las comunidades indígenas y negras a quienes se les aplica el Convenio 169 de 1989. Sobre el último punto resulta evidente que



según lo que se puede leer del Convenio 169 de 1989 de la OIT y todo lo expuesto hasta el momento, los Estados deberán consultar a estos pueblos cualquier actividad sea legislativa, o como es el caso administrativa, que los afecte o pudiera afectar en sus intereses y derechos. No cabe duda de que la naturaleza de la consulta previa, la hace un tema de exclusivo interés para estos pueblos, por lo que resulta lógico que si se va a expedir un acto administrativo en el que se determinan pautas para que se desarrolle la propia consulta previa, a la luz del Convenio y de la Ley 21 de 1991 y tanta jurisprudencia de la Corte en la materia, este acto administrativo debió ser consultado con dichos pueblos.

Resulta eso sí, paradójico, que un acto administrativo atinente a la consulta previa no sea consultado con los grupos étnicos, resultando así ilegal a nuestro modo de ver.

Cabe en este momento precisar que la vulneración de este principio *iusfundamental*, no sobreviene solo porque para la expedición de este acto no se les haya consultado a los pueblos que se les debió consultar, sino, además, porque el contenido mismo de la Directiva rompía el cuello a ese núcleo esencial establecido por la Honorable Corte. Evidencia de ello era la misma directiva cuando consagraba: «Si bien es cierto que la realización del proceso de Consulta Previa en los casos previstos en los acuerdos internacionales es obligatoria, los Grupos Étnicos Nacionales, en ejercicio de este

derecho fundamental, no pueden vetar el desarrollo de proyectos» (Directiva Presidencial 001 de 2010).

A nuestro parecer, esto resulta abusivo con los criterios desarrollados por la Corte acerca de los alcances de este derecho fundamental. Parece un despropósito que a través de un acto administrativo se desconozcan fallos de la Corte Constitucional violentando así el principio de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, y limitando el campo de acción de un derecho fundamental sin contar con esa potestad.

Por lo tanto, y de acuerdo con las explicaciones anotadas, siendo la violación de un derecho fundamental constitucional, como es el caso de la consulta previa para indígenas y afrodescendientes, nos encontramos ante la vulneración de normas positivas de superior jerarquía y que se constituyen en parte fundamental del principio de legalidad, no exclusivamente formal, sino de ostensible carácter finalístico.

Entre tanto, la directiva es también inconstitucional porque intentó reglamentar un tema que es reserva de ley estatutaria, según el artículo 152 de la Constitución:

Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias :

a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;

b. Administración de justicia;

c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales (República de Colombia, 1991; subrayado fuera de texto).

Al tratarse la consulta previa de un derecho fundamental colectivo de grupos étnicos como lo hemos visto *in extenso*, es claro que toda regulación al respecto de este derecho deberá hacerse por ley estatutaria y no mediante un acto administrativo del Gobierno nacional.

Concluyendo, podemos afirmar que este acto administrativo de la Presidencia de la República fue desacertado, en tanto que violó normas de superior jerarquía, si se tiene en cuenta que contradice el Convenio 169 de 1989 de la OIT, el cual integra el bloque de constitucionalidad como ya apuntalamos; y porque dicho derecho fundamental muta en un procedimiento previo que debió surtir para que este acto fuera legal o válido.

Por lo que se ve, no es muy gratamente recordada dicha directiva. Y creemos que con sobradas razones fue duramente criticada, pues aspiraba a más de lo que podía.

En cuanto a la Directiva 010 de 2013, esta expedida por el presidente Dr. Juan Manuel Santos Calderón, quizá con la lección aprendida de la anterior directiva

presidencial, no aspiró a mucho y tan solo se atrevió a dictar pautas realmente generales, que no intervienen directamente en el derecho o su definición y alcance como sí lo hizo la del doctor Uribe Vélez; sino que se reservó solo a referirse al aspecto meramente formal que debían seguir las instituciones públicas que se vean involucradas en este procedimiento.

En lo que tiene que ver con las entidades públicas, la Consulta Previa según esta directiva puede dividirse en cinco fases o etapas:

- Certificación de presencia de comunidades étnicas,
- Fase de coordinación y preparación,
- Preconsulta,
- Consulta previa,
- Seguimiento de acuerdos.

Según la directiva, cada una de estas fases tiene un propósito u objeto fundamental.

**a. Certificación de presencia de comunidades étnicas.** Determinar si en el área de un proyecto, obra o actividad se certifica o no presencia de una comunidad étnica según los criterios del Convenio 169 de la OIT, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional sobre comunidades étnicas.

**b. Fase de coordinación y preparación.** Identificar a las entidades públicas que tienen competencia

relacionada con el proyecto, obra o actividad (POA) que se consultará, y convocarlas a una reunión para conocer sus puntos de vista de la situación.

**c. Preconsulta.** Realizar un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas, con el propósito de definir la ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del POA, y los términos en que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas.

**d. Acuerdos.** La realización de un diálogo entre el Estado, el Ejecutor y las Comunidades Étnicas, para que la Dirección de Consulta Previa (DCP) asegure el cumplimiento del deber de garantizar su participación real, oportuna y efectiva sobre la toma de decisiones de los POA que puedan afectar directamente a las comunidades, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.

**e. Seguimiento de los acuerdos.** Hay que asegurar que lo protocolizado en la consulta previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades étnicas.

No hay duda de que, en esta ocasión, el ejecutivo nacional prefirió no entrar a terrenos en los que no estaba autorizado deambular, y en su caso, y de manera atinada, decidió solo determinar orientaciones que deben seguirse por parte de las entidades públicas evitando con ello entrar en definiciones que no le corresponden.

De la misma manera, enmarcó un conjunto de instrucciones muy generales que intentan ser respetuosas de las decisiones y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia, pero, sobre todo, de aquella interpretación de la misma Corte, que indica que son las propias comunidades las que definen sus reglas de juego, procedimientos y metodología de cada consulta, pues finalmente, la consulta, como derecho étnico y colectivo, es una reafirmación del carácter especial de cada pueblo, y con él, de sus propias costumbres y reglas sociales.

Sin embargo, decretos posteriores del Gobierno nacional hicieron cambios sustanciales a esta directiva que detallaremos más adelante.

### 2.1.7. Proyecto de ley estatutaria para la reglamentación del derecho de consulta previa de los grupos étnicos

Hoy se conoce de un proyecto de ley estatutaria que hace su curso respectivo en el Congreso de la República con el objeto de darle real reglamentación a la consulta previa como derecho fundamental de los grupos étnicos, sin que se note mucho interés por el legislativo en darle final aprobación.

Aunque hasta el momento es solo un proyecto de ley estatutaria, y seguramente será objeto de variadas modificaciones en su trámite y discusión ordinaria, del texto de la propuesta es preciso comentar:

1. Su aplicación procede solo en favor de sujetos colectivos o lo que es lo mismo, comunidades étnicas. Tal cual lo hemos afirmado nosotros con anterioridad.
2. Establece unos casos en los que será imperativo conseguir el consentimiento de la comunidad para proseguir con la medida objeto de consulta.
3. Mantiene el formalismo de la certificación de existencia de comunidades étnicas en el territorio donde se pretenda realizar la obra. Insistimos es un requisito innecesario que puede generar trabas en los procesos de consulta; y de hecho los ha producido, como el caso resuelto por la Corte en su Sentencia SU-123 de 2018, que por un error en la certificación se privó a una comunidad de ejercer ese derecho.
4. Crea una asamblea de consulta previa, de la cual no especifica si es interétnica y cómo se constituye.

En general el proyecto de ley, creemos, hace aportes importantes y contempla los avances y algunas pautas que desde hace varios años la Corte Constitucional ha venido dictando. Sin embargo, por ser solo un proyecto de ley, se estima conveniente hacer una alusión general a él como lo acabamos de hacer, ya que sus modificaciones en el trámite legislativo pueden variar completamente el texto y espíritu de la ley estatutaria.

## 2.2. Procedimiento de la consulta previa

En cuanto al procedimiento específico por el cual se hace efectivo este derecho, es decir, el paso a paso de

la consulta previa, hay que decir que no hay una fórmula única o un procedimiento uniforme que sea exactamente el mismo en todos los ejercicios de consulta. Ello por la elemental razón de que la consulta se realiza por comunidades, en los casos de obras o proyectos regionales y locales, los cuales afectarán a comunidades específicas, las que seguramente tendrán un conjunto de instituciones particulares y sus procedimientos internos muy singulares.

Por lo que se tendrá claro que es posible que una consulta previa, cuyo objeto sea la tala de un número específico de árboles para la extracción de madera, por una misma empresa, con los mismos instrumentos, el mismo personal, idéntico presupuesto etc., en dos comunidades distintas, arroje acuerdos y resultados diferentes. Puede ser incluso posible que una comunidad esté de acuerdo con la tala de los árboles y la otra niegue o rechace completamente el proyecto maderero.

Esa realidad ha sido interpretada de manera acertada por nuestro Tribunal Constitucional, quien ha señalado que los procesos de consulta previa, en cuanto a sus fases y etapas serán determinados comunidad por comunidad, atendiendo las especificidades de la comunidad consultada; ello para garantizar su derecho propio y prácticas tradicionales.

De otro modo, cosa distinta sucede con las consultas de medidas administrativas y legislativas de alcance nacional, tema en el que tendremos que



detenernos para analizar de qué manera son realizadas y ante qué instancias étnicas se producen y legitiman.

Aquí en este punto, debemos precisar que nos referiremos solo a dos grupos de comunidades étnicas en lo que atañe a los procedimientos de consultas sobre medidas de alcance nacional; trataremos el asunto en relación con las comunidades afrocolombianas y con las comunidades indígenas, que son los grupos poblacionales a quienes más se les involucra en procedimientos de consulta previa, y aunque hay un tercer grupo étnico reconocido en Colombia que son los rom o gitanos, lo cierto es que son los dos primeros quienes más se involucran de manera notoria en estos procedimientos.

Antes de pasar a revisar cómo se realizan las consultas previas en Colombia con respecto a estos dos grupos étnicos, es oportuno mencionar que la tendencia en América Latina es que los Estados expidan leyes o decretos reglamentarios para establecer o definir las pautas para los procedimientos de consulta previa; sin embargo, las organizaciones de estos pueblos están por otra ruta, pues su propósito al respecto es construir protocolos autónomos de consulta previa que dispongan sus procedimientos, etapas, ritos y características particulares para garantizar la participación y la consulta en las medidas objeto de consulta.

En particular para el caso colombiano, considero que es este el camino que se debe seguir. Nuestros

pueblos plurales o étnicos están completamente maduros para establecer sus propios protocolos de consulta previa; además de que las reglas y subreglas que han caracterizado este derecho fundamental han sido diáfananamente establecidas por la Corte Constitucional, y con ello, hasta ahora, ha sido suficiente para tener unas garantías más o menos aceptables en el respeto de este derecho. Esta vía es, además, conveniente porque hasta el momento el trabajo de desarrollo dogmático de la Corte Constitucional ha estado a la altura del espíritu del derecho de consulta previa, mencionando, además, que ha sido el Tribunal Constitucional en Latinoamérica más liberal y vanguardista en la decisión de casos relacionados con la consulta previa. Por otro lado, el Gobierno y el poder legislativo, se han caracterizado por comportamientos erráticos en la reglamentación de la consulta previa, como lo vimos con la Directiva Presidencial 01 de 2010, y no pareciera tampoco que fuera una iniciativa de mayor interés entre el parlamento colombiano, pues, que sepamos, han sido archivados tres proyectos de ley estatutaria sobre consulta previa.

Optamos porque los pueblos indígenas, rom y afro de Colombia trabajen en la construcción de protocolos o propuestas independientes y propias en las que definan sus procedimientos de consulta; protocolos a los que se deberán plegar las instituciones y terceros que estén interesados en realizar consultas de medidas administrativas y legislativas de carácter nacional; pues las consultas a niveles locales y regionales, deberán tramitarse

por los protocolos y reglas comunitarias de la comunidad respectiva. Una solución por esta vía es consecuente con los principios constitucionales del pluralismo y la diversidad cultural, además de conectarse con las obligaciones que tiene el Estado colombiano derivadas precisamente del Convenio 169 de 1989 de la OIT, en respetar el derecho propio, las instituciones y las autoridades comunitarias de los pueblos indígenas y tribales.

De esta manera, abordaremos lo que sucede con las consultas de medidas administrativas y legislativas de alcance nacional entre las comunidades negras, para luego referirnos al asunto en materia indígena. Esto, previamente a estudiar aspectos especiales en materia constitucional de las comunidades negras y lo que acontece con la consulta previa en el caso del departamento de Chocó.

### **2.2.1. Comunidades negras como sujetos de especial protección constitucional**

La Corte Constitucional, en el Auto 005 de 2009, providencia por la cual se hizo seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, que declaró el Estado de cosas inconstitucionales en materia de derechos a la población desplazada, advirtió la grave crisis de estas poblaciones étnicas. En la sentencia, la Corte impartió varias órdenes complejas encaminadas a asegurar su superación y a avanzar en la garantía del goce efectivo de los derechos de los desplazados.

Pues bien, en el mencionado auto, hito entre los pronunciamientos judiciales de la Corte en materia de derechos constitucionales de esta población, el argumento central parte del supuesto de que estas personas son «sujetos de especial protección constitucional»:

El punto de partida y el fundamento común de la presente providencia es el carácter de sujetos de especial protección constitucional que tienen las comunidades afro descendientes [sic]. Esta condición de sujetos de especial protección impone a las autoridades estatales a todo nivel, respecto de la población afro colombiana [sic] víctima de desplazamiento forzado, especiales deberes de prevención, atención y salvaguarda de sus derechos individuales y colectivos, a cuyo cumplimiento deben prestar particular diligencia. Tal carácter de sujetos de especial protección constitucional justifica, como se indicó en la sentencia T-025 de 2004, la adopción de medidas de diferenciación positiva, que atiendan a sus condiciones de especial vulnerabilidad e indefensión y propendan, a través de un trato preferente, por [sic] materializar el goce efectivo de sus derechos (Corte Constitucional, Auto 005 de 2009, p. 4).

La Corte impone así a la institucionalidad realizar mayores y mejores esfuerzos gubernamentales a la

hora de procurar la garantía de derechos de estas comunidades, buscando con ello, una igualdad material que hasta ahora, parece lejana en lo que respecta a los afrocolombianos. Lo cual, no es solo a la hora de diseñar o estructurar políticas públicas o programas destinados a estas comunidades, sino en toda actividad estatal que tenga que ver con derechos cuyos destinatarios sean las comunidades negras de Colombia.

Dicha categoría constitucional, en nuestro pensar debe ser también advertida y aplicada en el marco de los procesos de consulta previa. Siendo así, es deber del Estado, por medio de su gobierno, dar especial cuidado a que todo lo consultado guarde especial correspondencia con esta categorización constitucional de las comunidades negras como sujetos de especial protección.

El auto es sumamente importante porque logró sistematizar gran parte de la información existente en ese momento en relación con el desplazamiento de las personas afrocolombianas, caracteriza el fenómeno y ordena acciones en comunidades específicas que de manera acentuada y especial revisten una situación de vulneración de derechos masiva; casos que finalmente fueron catalogados como emblemáticos.

Pero también declara escuetamente la condición de víctimas del conflicto armado a las comunidades negras del país. De manera que es este el fallo judicial por el cual

de manera formal, y desde una mirada constitucional, se reconoce a estas personas como afectadas por la guerra, y no como a la generalidad de la nación, sino que identifica unas razones y consecuencias propias de esta población.

Los anteriores párrafos evidencian la gravedad de la situación que enfrentan las comunidades afrocolombianas y las particularidades del desplazamiento que los afecta: (i) los altísimos índices de la violencia rural y urbana asociada a una lucha por el control territorial, (ii) la persistencia del conflicto armado en los territorios ancestrales que habitan los afrocolombianos; (ii) el apego de la población afrocolombiana a sus territorios, lo cual genera una mayor resistencia a la expulsión, confinamiento, y desplazamientos intraurbanos o de corta duración que no son registrados (Corte Constitucional, Auto 005 de 2009, p. 20).

La Corte, además, coincide con nosotros en identificar elementos que de alguna forma explican el porqué estas personas y sus territorios son especialmente golpeados por los actores armados. Con lo cual desvela crudamente la situación agravada de los afrocolombianos.

En la documentación remitida a la Corte Constitucional por las distintas organizaciones que participaron en la sesión del 18 de octubre de 2007, se resaltan tres factores transversales que contribuyen a que la

población afrodescendiente sea una de las más afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado. Estos factores son (i) una exclusión estructural de la población afrocolombiana que la coloca en situación de mayor marginación y vulnerabilidad; (ii) la existencia de procesos mineros y agrícolas en ciertas regiones que impone fuertes tensiones sobre sus territorios ancestrales y que ha favorecido su despojo;<sup>15</sup> y (iii) la deficiente protección jurídica e institucional de los territorios colectivos de los afro colombianos [sic], lo cual ha estimulado la presencia de actores armados que amenazan a la población afrodescendiente para abandonar sus territorios (Corte Constitucional, Auto 005 de 2009, p. 21).

Paréntesis de interés es que el autor de este libro, sostuvo en su momento que los acuerdos de paz firmados entre el gobierno del presidente Santos y las FARC-EP omitieron un deber de consulta a estos pueblos negros e indígenas, por las condiciones de víctimas masivas de la guerra colombiana, por ser sus territorios escenarios de guerra históricos y porque de los puntos

---

15 Ver entre otros, AFRODES, CNOA y otros. Insumos para Política Pública de prevención y atención al desplazamiento forzado y confinamiento de la Población Afrocolombiana; Planeta Paz (2004) Ponencia «Economías extractivas, Inequidad y exclusión». En foro sobre el Pacífico [sic], Cali. Citado en PCN, 2007; ACNUR, AFRODES y Conferencia Nacional Afrocolombiana. Lineamientos para la construcción de una política pública de atención diferenciadas a la población afrocolombiana en situación de desplazamiento y confinamiento, Documento Borrador, Bogotá, Julio de 2007, pp. 25-26 [nota del original].

acordados, como el 1.º sobre Reforma Rural Integral, el 4.º sobre el problema de las drogas ilícitas que contempla la sustitución de cultivos, y el punto 5.º sobre víctimas, se deriva una relación necesaria e indiscutible con estas personas y sus territorios ancestrales.

### 2.2.2. La cuestión de las medidas objeto de consulta previa en Chocó

Las consultas de medidas administrativas de alcance local o incluso regional en cuanto al procedimiento específico para su desarrollo, suelen tener un remedio jurídico claro, puesto que este tipo de consultas se siguen mediante los reglamentos o protocolos internos de la comunidad específica que se va a consultar. Veamos, si se trata de un proyecto maderero, minero o agrícola que piense adelantar un tercero o incluso una autoridad estatal, o, por ejemplo, un programa de fumigación de cultivos ilícitos, es claro que esta medida es de alcance delimitado en el que la comunidad étnica afectada estaría bien determinada, por tanto, el procedimiento de consulta se desarrollaría según las normas internas fijadas por el Consejo Comunitario o Resguardo Indígena concerniente.

En el departamento de Chocó, por medio de la organización Foro Interétnico Solidaridad Chocó —FISCH— se estipuló en el año 2010 un mandato de consulta previa, al cual se acogen 51 organizaciones entre resguardos y consejos comunitarios y que, para



proyectos o consultas en dicho departamento, guiará los procedimientos que deban realizarse en el marco del ejercicio de participación y consulta. Este mandato determina entre otros aspectos, lo siguiente:

Las comunidades tienen derecho a decidir cómo desean que se realice el procedimiento de consulta, atendiendo a sus prácticas ancestrales, autoridades propias y espacios de decisión. En el desarrollo del proceso de consulta deberán respetarse los tiempos propios de la comunidad, con el propósito de facilitar la realización de foros, seminarios, asambleas y reuniones adecuadas de discusión, debate, socialización y decisión autónoma sobre la viabilidad de la medida a implementar (Foro Interétnico Solidaridad Chocó —FISCH—, 2010).

El mandato de consulta chocoano señala que, para su procedimiento, estas se realizarán observando por lo menos las siguientes fases:

**a) Socialización:**

Deben realizarse reuniones preliminares de socialización con la comunidad en las que se le permita tener acceso a la información sobre el contenido, los objetivos y demás aspectos relevantes de la ley, acto administrativo, plan de inversión o de desarrollo que pretenda implementarse, o del proyecto destinado a la exploración, explotación y prospección de

recursos naturales y toda clase de investigación, delimitando las etapas o fases de ejecución del mismo [sic].

**b) Identificación conjunta de impactos, riesgos y beneficios de la medida de intervención:**

i. Realización previa de estudios de impacto ambiental, socio-económico [sic] y cultural, familiar y rastreo de riesgos: a) Con el propósito de facilitar la identificación de los impactos sociales, ambientales, culturales y económicos que puedan causar la ley, acto administrativo, plan de inversión o de desarrollo, el proyecto e investigaciones, las entidades estatales, los particulares o empresas interesadas que promueven la medida de intervención, deberán socializar los resultados, recomendaciones y conclusiones de estudios de impacto ambiental, cultural y socio económico [sic], elaborados previamente a la consulta por personal calificado e idóneo escogido por las propias autoridades étnicas. b) Dichos estudios deben contener una descripción de los impactos económicos, sociales, ambientales y culturales previsibles, así como una identificación de los posibles riesgos. c) Los estudios deberán realizarse por zonas atendiendo a las condiciones físicas, geográficas, naturales y sociales de las áreas en que se implementará la medida, sin perder la visión de los impactos globales e integrales de la misma [sic]. d) En la elaboración de los estudios de impacto ambiental, socio-económico [sic] y

cultural se deberá contar con la participación de miembros de la comunidad conocedores ancestrales de su entorno natural y social que pueden presentar la visión propia de las comunidades sobre tales impactos y riesgos.

**c) Espacios internos.**

Durante la realización del procedimiento de consulta, deberán habilitarse espacios autónomos propios de las comunidades, para facilitar la libre valoración, debate, y discusión interna que les permita la adopción de decisiones que recojan el análisis construido colectivamente.

**d) Asesoría y Acompañamiento.**

Desde el momento en que se da inicio al proceso, las comunidades que puedan verse afectadas con la ley, acto administrativo, plan de inversión o de desarrollo o proyecto, deben contar con la asesoría de técnicos o de personal experto que les permita conocer y comprender las dimensiones, alcances y efectos de la medida a implementar, para que de ésta manera puedan contar desde el principio con elementos útiles y comprensibles para la realización de debates y la toma de decisiones.

**e) Seguimiento y veto.**

Las comunidades étnicas tenemos la potestad de realizar seguimiento y supervisión continua

de la ejecución de las distintas fases de la ley, acto administrativo, plan, proyecto e investigaciones, por medio de la integración de comités.

Las comunidades étnicas tenemos el derecho a participar y a decidir sobre la continuidad de un plan o proyecto en ejecución, en la medida en que surjan efectos, consecuencias e impactos que no hubiesen sido previstos, y que impliquen una afectación profunda de nuestro entorno y territorio, amenazando nuestras condiciones de existencia y supervivencia. Las comunidades tienen la autonomía de elegir las organizaciones internacionales que acompañarán el proceso de garantía y veeduría del ejercicio de consulta previa (Foro Interétnico Solidaridad Chocó — FISCH—, 2010).

El mandato es interesante desde varios puntos de vista. Primero porque a diferencia de lo que sucede a nivel nacional con las consultas de esta escala, en el departamento de Chocó las más representativas organizaciones etnicoterritoriales tanto de los pueblos indígenas como negros, lograron unificar un solo protocolo o mandato como ellos lo llaman, hecho que evidencia un grado esperanzador de unidad y sincronía organizativa que resulta ser siempre muy conveniente para defender los derechos de estas comunidades. Lo cual no sucede a nivel nacional, pues como veremos en seguida, las organizaciones nacionales de indígenas y

comunidades negras prefieren manejar separadamente las consultas previas de medidas administrativas o legislativas de escala nacional.

Por otro lado, como verán, las etapas que ellos señalan en su mandato de consulta contempla cinco fases, que guardadas algunas diferencias, *mutatis mutandis*, coinciden en términos generales con las etapas de otros protocolos colombianos e incluso de otros países, como Brasil o Perú. Pero, en este caso, ellos incluyen aspectos como espacios internos, lo cual es sumamente conveniente ya que le permite a la comunidad, sin interferencia externa que la pueda influenciar, tomar decisiones con base en su criterio propio y descontaminado. También incluyen una fase posterior de asesoría que igual vemos muy pertinente, pues últimamente estas organizaciones han contado con el apoyo de profesionales de todas las disciplinas científicas provenientes de organizaciones no gubernamentales o de la misma región que puedan dar conceptos imparciales y especializados según de lo que se trate la medida consultada, para que las comunidades tomen una decisión más informada e idónea.

El protocolo, sin embargo, hace dos declaraciones que están limitadas por factores externos. Primero, el mandato afirma que este regirá los procesos de consulta adelantados en Chocó que tengan alcance nacional; lo cual, como veremos más adelante, pierde eficacia debido a la aparición en 2013 de una Autoridad Nacional

Afrocolombiana de Consulta Previa que es ratificada por el Ministerio del Interior en virtud de la Sentencia de la Corte Constitucional T-576.

El otro aspecto del mandato que merece comentario en este sentido es el relacionado con el derecho de veto que las comunidades étnicas se asignan en el mandato. En este sentido, las comunidades refieren que aquellos proyectos en los cuales se prevean riesgos significativos para su existencia o daños de una entidad grave serán objeto de veto y, por lo tanto, no podrán ejecutarse; al respecto es importante recordar que la Corte Constitucional determinó tres casos en los que además de procesos de consulta, deberá obtenerse el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades (que estudiaremos más adelante).

Así, este mandato constituye una herramienta vital en los procesos de consulta previa que pretenden desarrollarse en el departamento de Chocó, pues si bien no es una guía práctica en el sentido del procedimiento específico, sí es una guía de carácter filosófico o de los principios y criterios que han de observarse en todo proceso de consulta que van a realizarse en el departamento. De hecho, y como ya lo hemos manifestado, es más conveniente que los protocolos o mandatos de consulta dirigidos a guiar procedimientos de consulta previa en áreas territoriales que agrupen a varias comunidades, deberían hacerse de esta manera, amplios en criterios y abiertos sin intentar uniformar procedimientos, dejándoles márgenes a las comunidades

específicas para que el paso a paso pormenorizado sea determinado por ellos. Entre tanto, en los procedimientos de consulta previa de medidas nacionales, el mandato deberá ceder su espacio para el protocolo de consulta previa nacional que fue construido en el año 2013 en un congreso nacional organizado en Quibdó y que pasaremos a revisar más adelante.

### 2.2.3. La consulta previa de medidas nacionales a las comunidades étnicas

Consideramos que hay sustanciales diferencias entre una consulta de obra o actividad regional y local, con una cuyo objeto de consulta es la actividad legislativa o la potestad reglamentaria del ejecutivo como ejemplo de medida administrativa de alcance nacional.

En principio, es problemática la idea de que una ley sea consultada a un grupo específico de la población, en razón de que la teoría constitucional clásica nos enseña que el legislador es la voz de la soberanía popular y, por tanto, por medio de este se expresa la voluntad general. El legislador, quien es elegido en nuestro país de manera directa, por circunscripción nacional para el caso del Senado y por circunscripción departamental para la Cámara de Representantes, está dotado de toda la soberanía que un régimen de democracia directa como el colombiano puede otorgarle a su parlamento, por lo que puede afirmarse que el legislador es autónomo y soberano en su ejercicio de producción normativa.

A nuestro modo de ver, no es un requisito en los procesos de consulta de medidas legislativas que se obtenga el consentimiento de las comunidades consultadas, esto, porque el tipo de consulta adelantada en este caso, tiene como único propósito garantizar la participación de estas comunidades en el proceso de construcción de la ley para que esta considere la visión y las perspectivas de este pueblo en su contenido. Exigir su consentimiento para que el legislador pueda cumplir con su función estatal, sería deslegitimar el parlamento mismo y desconocer la soberanía y la autonomía legislativa de la cual goza por mandato constitucional como ya lo estudiamos en el ítem 1.3.7.2.

Sin embargo, lo que sí queda claro, sobre todo luego de las sentencias estudiadas sobre la aplicabilidad de la consulta en el caso de leyes del Congreso, es que obviarla o realizarla en forma precaria o deficitaria sería un vicio de inconstitucionalidad de la ley misma que amenazaría inexecutableidad.

Mayor dificultad tiene la idea si se recuerda que en ambas cámaras de nuestro parlamento hay representantes de comunidades negras y pueblos indígenas, las llamadas circunscripciones especiales de minorías étnicas. El problema jurídico es, ¿cómo justificar que bajo estos dos argumentos en contra de la consulta previa de normas legales, o en todo caso de alcance nacional, en efecto esta termine exigiéndose cuando se trate de una norma jurídica nacional cuyo objeto sea de interés de estos pueblos étnicos?



Y en los asuntos del Ejecutivo nacional, en uso de sus potestades emanadas de la Constitución Política, como en efecto lo es la facultad reglamentaria de las leyes, lo cual hace por medio de decretos típicamente administrativos y, por tanto, desde el lenguaje del convenio sujeto a consulta, la idea parece ser invasiva de este tipo de funciones que históricamente se han visto tan naturales en estos órganos del poder público, que no deja de ser casi obligada la pregunta sobre la pertinencia y necesidad de este derecho fundamental.

Estas, que podrían ser objeciones del constitucionalismo liberal clásico, pierden sentido en tanto que la consulta previa se ha abierto paso por medio de la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha ordenado garantizarles este derecho a los pueblos étnicos cuando desde el Congreso se estén tramitando leyes que puedan afectarles de manera directa. Prueba de que esto ya es un hecho pacífico, es que los últimos tres planes de desarrollo nacional, los dos del presidente Juan Manuel Santos y el del actual presidente, Iván Duque, hayan contemplado la garantía de consulta a los pueblos plurales.

En todo caso, lo importante en los procesos de consulta previa como ejercicio de un derecho fundamental de comunidades negras en los casos que se requiera el consentimiento, es que este sea obtenido de manera libre e informada, y que esta se desarrolle de manera previa al proyecto, obra, licencia u otra actividad

objeto de consulta. Esto se extrae de lo dicho por la Corte Constitucional cuando afirmó:

Como se pudo apreciar 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 (Corte Constitucional, Sentencia T-129 de 2011; subrayado fuera de texto).

Tanto del fallo anterior como del más reciente con mayor trascendencia en la materia, correspondiente a la Sentencia de Unificación SU-123 de 2018, los casos en los que se debe conseguir el consentimiento de las comunidades étnicas son:

La afectación directa intensa aplica cuando una medida amenace la subsistencia de la comunidad tradicional, por lo cual, en principio, la ejecución de la medida requiere el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades tradicionales y en caso de no llegar a un acuerdo, prevalecerá la

protección de las comunidades tradicionales. Se da en estos tres casos excepcionales, conforme a los desarrollos jurisprudenciales y del derecho internacional: (i) Traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; (ii) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios; (iii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia (Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018; subrayado fuera de texto).

Debemos dejar por sentado y recordar el carácter protector que este derecho implica para las comunidades negras como expresión de nuestra riqueza cultural. Ya sabemos, como lo ha dicho la misma Corte Constitucional colombiana, que la consulta previa a su vez protege la cultura del país representada por estos grupos humanos, y por eso la importancia que dichos procesos no sean solo vistos como el cumplimiento de protocolos o formalidades, sino como un verdadero acto democrático y de pluralismo para hacer partícipes a estas personas de los asuntos que de una manera u otra les afecta e interesa.

Preguntarnos por quién es la autoridad representativa de las comunidades negras que estaría en condición de ser el espacio legítimo al que se le consultarían las actividades, las obras y los proyectos es quizá un cuestionamiento difícil de plantearse y mucho

más complejo de responder si se sabe de la multiplicidad de consejos comunitarios y organizaciones de base de estas comunidades negras que hoy existen en Colombia; sumado a ello, la aparente falta de una organización que, como la Organización Nacional Indígena de Colombia —ONIC— que sí tiene cierto grado de representatividad de los pueblos indígenas del país, en el caso de las comunidades negras el tema parece muy complejo. Sin embargo, esta dificultad no justifica de ninguna manera que los procesos de consulta previa con las comunidades negras no se hagan; puesto que según la jurisprudencia internacional y la colombiana han estado de acuerdo en que son los Estados quienes deben promover las condiciones para que estas comunidades y grupos étnicos tengan el grado de organización indicado que les permita asumir uniformidad y representatividad a la hora de presentarse estos escenarios.

Si ese fuera el caso que, repetimos, aunque no es tan clara la representatividad de una especie de organización nacional de comunidades negras, estas sí están caminando hacia un espacio de consulta nacional que podría facilitar o, por lo menos, ser la ruta que debe seguirse y fortalecerse por parte del Estado con miras a garantizar el derecho de consulta de medidas de alcance nacional a las comunidades negras; el Estado es quien debe ocupar el primer puesto como responsable e interesado en que las comunidades sean debidamente consultadas por medio de sus autoridades

representativas en los términos del Convenio 169 de 1898 de la OIT. Sobre el punto, el profesor Carmona, de Chile, plantea lo siguiente:

Una consecuencia importante de estas prescripciones es que se produce una desformalización del concepto de representación, en el sentido básico que no se requiere que dichas instituciones gocen de algún tipo de reconocimiento jurídico o certificación previa por parte del Estado — por ejemplo, no es necesaria personalidad jurídica vigente— y lo que se podría requerir sería un documento de «acreditación de representantes» ante la autoridad promotora de la consulta, como se hace en la legislación peruana. Sin embargo, si se considera el hecho que en muchos países de América Latina la estructura político-representativa de estos pueblos se encuentra —valga el oxímoron— fuertemente debilitada, entonces en la práctica puede haber situaciones en que se requiera un juicio discrecional del Estado respecto a qué instituciones consultar. A modo de ilustración: sí, como correctamente señalan Salgado y Gómez, el Estado no puede abstenerse de realizar la consulta alegando defectos en la representatividad de las instituciones indígenas, ante situaciones de inexistencia o desorganización de éstas, será el propio Estado quien, finalmente, intervenga en su determinación, sea proponiendo mecanismos

de definición, o, por ejemplo, en casos impugnación judicial de ciertos representantes, derechamente decidiendo (Estado juez) cuáles serán (Carmona, 2013, p. 306).

La misma ONU en su famoso Manual de explicación e implementación del Convenio 169 de 1989 explica:

**b)** Respetando el principio de **representatividad** lo cual es «un componente esencial de la obligación de consulta. [...] Pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular. Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio» (Organización Internacional del Trabajo, 2003, p. 16).

Quedando clara la idea de que el Estado debe proceder de tal forma que, ante las dificultades internas y organizativas que muestren las comunidades objeto de consulta, se optará por facilitar y producir las condiciones para que se erijan con rapidez las instancias e instituciones propias que garanticen un adecuado proceso de consulta previa, deberemos ahora hacer mención de lo que, a nuestro criterio y que por fortuna ha sido también refrendado por la Corte Constitucional

como el espacio que han decidido crear muchas organizaciones de base y consejos comunitarios para tramitar legítimamente los procesos de consulta previa, hemos llamado medidas administrativas y legislativas de alcance nacional. Ya habíamos anticipado que la Corte Constitucional colombiana, mediante la Sentencia T-576 de 2014, legitimó una autoridad nacional de consulta de comunidades negras.

El 27 de agosto de 2013, en la ciudad de Quibdó, se realizó el Primer Congreso Nacional Autónomo para la Conformación de la Mesa Transitoria de Autoridad Nacional Afrocolombiana. En este espacio se eligieron 109 delegados distribuidos así: 55, de los Consejos Comunitarios; 32, de las formas organizativas urbanas; 1, de capitanía; 2, de mujeres; 2, de víctimas; 2, de jóvenes; 2, de palenques; 3, de raizales; 2, de estudiantes; 1, LGBTI; 1, de población con discapacidad; 1, de adulto mayor, y 5, por los distritos especiales. La denominada Mesa Transitoria quedó autorizada como interlocutora con el Gobierno nacional en asuntos relativos con procesos de consulta previa derivados del Convenio 169 de 1989 de la OIT. Como se ve, es una mesa que nació con carácter transitorio, pero que en el tiempo ha adquirido estabilidad que aglutina de manera incluyente y democrática cada sector diferencial dentro del pueblo afrocolombiano, por lo que está revestido de toda la legitimidad posible para la consulta de los proyectos o políticas públicas de ejecución de los acuerdos.

Este mismo congreso, realizado en Quibdó en agosto de 2013, estableció un Protocolo de Consulta, que contiene los principios rectores, las reglas y los procedimientos establecidos por este pueblo para todo ejercicio de consulta; por lo que sería, este documento, la hoja de ruta que debe seguirse no solo en este ejercicio de consulta de los acuerdos de paz, sino en todos los que sigan en adelante mientras no se apruebe la ley estatutaria reglamentaria de este derecho fundamental.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia ya señalada, decidió, en su parte resolutive, que mientras no exista una ley estatutaria aprobada que reglamente este derecho, para efectos de los intereses de las comunidades negras, los ejercicios de consulta que se adelanten observarán lo dispuesto en este protocolo comunitario.

Este protocolo, derivado del Primer Congreso Nacional Autónomo para la Conformación de la Mesa Transitoria de Autoridad Nacional Afrocolombiana, es, además, aceptado por la Corte Constitucional y de hecho, en Sentencia T-576 de 2014, ordena en su parte resolutive:

**Cuarto. Ordenar** al Ministerio del Interior que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, divulgue, a través de su página de internet, del sistema de medios públicos nacionales (radio y televisión) y de periódicos de circulación nacional y regional la «*Propuesta de Protocolo de consulta previa,*



*libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas y palenqueras de áreas rurales y urbanas»* aprobada en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero que se llevó a cabo en la ciudad de Quibdó, Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto de 2013. El ministerio deberá informar que dicha propuesta será el punto de referencia para el trámite del proceso de consulta en el curso del cual se definirán las **pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales**. La divulgación del documento deberá presentar, de forma sencilla y comprensible, el contenido de cada uno de los siete puntos definidos en la propuesta de protocolo, destacando, especialmente, el contenido del punto v), relativo a «*los participantes del proceso de consulta*», por ser este, en últimas, el que se debatirá en el marco del proceso consultivo al que se refiere esta sentencia.

Si el ministerio considera que el diseño, la integración o el funcionamiento del referido espacio nacional de consulta deben sujetarse a requisitos distintos a los concertados por las comunidades que participaron en el Congreso Afro, deberá formular su respectiva propuesta

y divulgarla en los términos acá previstos, con el objeto de que se discuta al respecto en el escenario del correspondiente proceso consultivo (Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2014).

Según el protocolo, la consulta previa puede definirse como:

La consulta previa, libre, informada y vinculante es un derecho fundamental de las comunidades Afrocolombianas, Negras, Palenqueras y Raizales que tiene por objetivo preservarlos física, cultural y espiritualmente.

La finalidad de los procesos de consulta previa es obtener el consentimiento de los pueblos étnicos a través de un diálogo intercultural y horizontal entre pueblos étnicos y los demás actores. La consulta previa es un mecanismo de protección, respeto, defensa y reconocimiento de la integridad étnica y cultural de los pueblos que lo constituyen (Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de áreas rurales y urbanas, 2013).

Sobre su finalidad, el protocolo asegura que es «llegar a un acuerdo, libre, informado y vinculante entre los pueblos étnicos y los actores públicos y privados. Obtener el consentimiento libre, informado y vinculante de los pueblos negros, afrocolombianos, raizales y

palenqueros en los proyectos, medidas legislativas y administrativas», lo cual es cierto en parte, ya que el consentimiento previo, libre e informado es solo requerido en tres casos que la Corte Constitucional ha señalado como lo vimos en las sentencias T-129 de 2011 y SU-123 de 2018.

De acuerdo con el protocolo, la consulta pretende determinar los impactos de la mediada o el proyecto en los siguientes aspectos:

«— Social

— Moral

— Cultural

— Económico

— Ambiental

— Derechos humanos» (Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de áreas rurales y urbanas, 2013).

Podríamos sumar otros factores que pueden verse también profundamente afectados con medidas gubernamentales o de proyectos privados, como en materia del derecho propio o histórico. Piénsense medidas o proyectos relativos a la autonomía en la gestión jurídica dentro de su territorio como amigables componedores,

o en proyectos de imposición o cooptación cultural que puedan significar la tergiversación o *invisibilización* de la historia como pueblo afrodescendiente.

Bien, un aspecto importante del protocolo es su contenido axiológico en el cual se expresa el significado y la verdadera naturaleza que representa este derecho para las comunidades negras. El protocolo consagra una serie de principios que han de regir la aplicación de este en cualquier proceso de consulta:

- **Principio de buena fe.** Las partes que participan de un proceso de consulta previa deberán celebrar las consultas en cooperación y de buena fe. La buena fe significa, además, que en el proceso de consulta previa, libre e informada debe existir un ambiente de confianza entre las partes y de claridad sobre los procedimientos y acuerdos a los que se llegue.
- **Principio de información.** En los procesos de consulta previa se debe garantizar información apropiada y completa, la cual debe ser comprendida plenamente por los pueblos involucrados. A través de la consulta se le [*sic*] otorga a los pueblos elementos para la toma de decisiones de manera consciente y por ello es fundamental que la información sea clara, veraz y, oportuna. En este contexto se debe tener en cuenta que los pueblos tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus idiomas y a acceder a todos los demás medios de información sin discriminación alguna. La información se debe

entregar en todos los idiomas de las personas que participen dentro del proceso de consulta y se deberá contar con el número de intérpretes necesario para que todas las personas participen de manera activa en el proceso.

- **Principio de consulta culturalmente adecuada.** La consulta previa, libre e informada para que sea efectiva debe contar con un procedimiento culturalmente adecuado. Por esa razón el proceso deberá respetar las costumbres y tradiciones de los pueblos involucrados. El Estado colombiano tiene la obligación de consultar a los pueblos Negros, Afrocolombianos, Palenqueros y Raizales mediante procedimientos apropiados de acuerdo con su Derecho Propio, usos, tradiciones y costumbres, teniendo en cuenta la representación y sus autoridades; la interculturalidad y el idioma de los pueblos consultados. La consulta debe desarrollarse bajo los parámetros de entendimiento cultural, bilingüismo y en los tiempos que atiendan a la identidad y las prácticas culturales. Debe existir una actitud de flexibilidad mutua que facilite la adopción de las nuevas técnicas o estrategias de acuerdo con las circunstancias de los pueblos.
- **Principio del consentimiento.** El propósito de la consulta previa, libre e informada es proteger la integridad étnica, social y cultural de los pueblos. La consulta previa busca obtener el consentimiento de los pueblos sobre las medidas propuestas. Una de las formas de materializar el consentimiento es a través

de la objeción cultural de los proyectos. Los pueblos tienen derecho a proponer la objeción cultural frente a una medida legislativa o administrativa que afecte su supervivencia física, cultural y espiritual.

- **Principio de carácter previo.** La consulta previa debe ser realizada antes de la toma de cualquier decisión legislativa o administrativa o de autorizar cualquier proyecto que pueda afectar a los pueblos. El carácter de previo de la consulta busca garantizar la participación efectiva de los pueblos en las decisiones que son de su interés o que puedan afectarles.
- **Principio de prevalencia del territorio y de la integridad étnica y cultural.** El Estado colombiano debe respetar la relación que existe entre los pueblos y sus valores espirituales con los territorios. El territorio representa una unidad indisoluble además de ser un derecho fundamental, por lo que el Estado deberá respetar los territorios de los pueblos Negros, Afrocolombianos, Palenqueros y Raizales.
- **Principio de objeción cultural.** Cualquier decisión que desconozca los derechos de los pueblos podrá ser objeto del principio de objeción cultural en virtud del derecho propio o de manera similar a la objeción de conciencia. Este principio de respeto cultural ha sido reconocido por la Corte Constitucional y su alcance implica que los pueblos pueden oponerse o negarse a la toma de la decisión propuesta y que su decisión es obligatoria para el Estado y el resto de la sociedad.

- **Principio de libertad.** Aquellos territorios titulados o ancestralmente habitados en donde no existan garantías suficientes o donde el conflicto armado o la presión por parte de actores legales y/o ilegales vicie el consentimiento de los pueblos étnicos. En los procesos de consulta previa el Estado debe garantizar la libertad de los participantes durante todas las etapas del proceso. A su vez se entenderá que se violó la libertad del proceso cuando cualquier actor —legal o ilegal— que participe o no dentro del proceso presione para que los pueblos tomen determinada decisión. Por esta razón el Estado siempre deberá verificar si existen medidas especiales de protección o políticas específicas de garantía de derechos humanos otorgadas por cualquier autoridad a los pueblos que son consultados.
- **Principio de representatividad.** Los procesos de consulta previa se deberán realizar con los pueblos, representados legítimamente por las autoridades tradicionales (consejos comunitarios y otros), organizaciones de base y asambleas comunitarias. En caso de que exista alguna disputa por cuál es la autoridad u organización que representa a los pueblos de manera legítima, deben ser los mismos pueblos los que decidan dicha diferencia.
- **Principio de progresividad.** El principio de progresividad se refiere al compromiso de iniciar procesos que lleven al goce efectivo de los derechos de los pueblos. Dicha obligación se suma al reconocimiento de unos contenidos

mínimos o esenciales de satisfacción de esos derechos que el Estado debe garantizar a los pueblos e ir acrecentándolos paulatinamente. Este principio debe aplicarse de manera acorde con los instrumentos de derecho internacional ratificados por Colombia teniendo en cuenta que estos derechos se encuentran interrelacionados y son interdependientes.

- **Principio de reparación.** La vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada ya sea porque se efectuó sin el lleno de los requisitos legales, porque se omitió alguno de estos, porque ésta se realizó de manera inadecuada o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos, dará lugar a la reparación a los a los [sic] pueblos por los daños y perjuicios causados. Los funcionarios que mediante sus decisiones vulneren este derecho serán objeto de investigaciones disciplinarias, penales y fiscales. Las autoridades aplicarán las sanciones a las que haya lugar.
- **Principio de publicidad.** La consulta previa, libre e informada debe ser un proceso abierto, claro, transparente y de carácter público.
- **Principio de participación integral del Estado.** Si bien los procesos de consulta serán coordinados por el gobierno a través del Ministerio del Interior, la participación activa del Ministerio Público (Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación y Personerías Distritales y municipales), será



obligatoria. El Ministerio Público tiene el deber de velar por que se cumplan los derechos de los pueblos y los derechos humanos.

- **Principio de unidad, integralidad e interdependencia.** La consulta previa, libre e informada debe cubrir la totalidad de los aspectos, objetivos, impactos, y efectos relacionados con la decisión administrativa o legislativa que pretenda ser adoptada.
- **Principio de responsabilidad.** Las partes involucradas en la consulta previa, libre e informada deben asumir las responsabilidades frente a los compromisos adquiridos en ella según los acuerdos y consensos. Por lo tanto, los acuerdos a los que se lleguen [sic] durante los procesos de consulta previa son obligatorios para las partes que los suscriben.
- **Principio de garantías.** El medio físico donde se desarrolla la consulta previa, libre e informada debe ser favorable y cómodo para los pueblos involucrados, con el fin de no alterar su nivel de confianza. Necesariamente, la reunión de consulta deberá celebrarse en el territorio donde se encuentra el pueblo involucrado asegurándose de garantizar los derechos humanos de los pueblos y contando con medidas de seguridad, transparencia y democracia.
- **Principio de pro-pueblos [sic].** Cualquier duda sobre el contenido, la aplicación y las implicaciones de las normas y mecanismos de implementación de la consulta previa serán interpretados a favor de los pueblos étnicos.

- **Principio de prevalencia de la integridad cultural y étnica.** Cuando haya conflicto entre lo declarado de interés público o conflictos con el interés privado a nivel de cualquier medida administrativa, legislativa, proyecto o política pública, prevalecerá el interés de garantizar la protección de la identidad étnica y cultural (Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de áreas rurales y urbanas, 2013).

En total son dieciocho principios que las comunidades negras establecen en su protocolo de consulta previa de medidas de alcance nacional y estos constituyen el contenido axiológico de la visión negra de este derecho. Como se ve, las comunidades negras tienen muy bien desarrollada la caracterización de este derecho fundamental, lo cual es obvio si tenemos en cuenta que la consulta previa se ha convertido en una herramienta sumamente eficiente para la defensa de la integridad de estos pueblos.

Por otro lado, los distintos principios que enuncian las comunidades negras sobre la consulta previa en su protocolo, pueden leerse como una reinterpretación que estas comunidades hacen, a su vez, sobre los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional por medio de sus líneas jurisprudenciales en materia de consulta. Cada uno de estos principios pueden verse reflejados a lo largo y ancho de las providencias de la Corte, por tanto, podemos afirmar que estas comunidades han estado muy atentas a las reglas que la corporación constitucional

ha establecido en la interpretación y la aplicación de la consulta previa a los casos que esta ha tenido que resolver, al punto que puede señalarse que este listado axiológico que ellos contemplan en su protocolo, es ni más ni menos que una síntesis filosófica de lo que la Corte comprende por consulta previa.

Debemos, sin embargo, referirnos de manera especial al principio que las comunidades negras denominan *consulta culturalmente adecuada*, que para ellos significa una aplicación o interpretación de la consulta atendiendo la cultura del pueblo consultado. Pero ¿qué en específico supone esto? Simple, una aplicación práctica de la consulta donde quien la guíe y lleve hasta su curso final sea la comunidad misma. Lenguaje, metodologías de decisión autónoma, instancias internas, derecho propio, rituales, epistemología de comprensión del universo y de la naturaleza son elementos que deben impregnar todo el proceso de consulta.

Pero, no solo es eso, la consulta previa culturalmente adecuada, implica también una interpretación distinta del operador jurídico, es decir, debe realizarse una consideración específica del pueblo lo cual tiene una repercusión directa en la práctica de la consulta y en el contenido decisorio de los fallos judiciales. Este tipo de interpretación, rompe un estilo tradicional de hermenéutica jurídica ya muy afinada en los despachos judiciales; la idea de la subsunción o de la lógica jurídica fundamentada en la premisas menor, la premisa mayor

y la conclusión como método de aplicación y resolución de los casos puestos bajo decisión de los jueces. La subsunción obliga a una interpretación y aplicación neutra de la norma, sin consideración alguna por los elementos fácticos del caso, ni mucho menos por las condiciones culturales, sociales, económicas o étnicas de los sujetos involucrados en estos.

El protocolo de las comunidades negras, con este principio en particular, apunta a un estilo de lectura y ejecución de la norma o del derecho de consulta en las tendencias de los nuevos modelos constitucionales latinoamericanos, que han venido ganando terreno, en los cuales el pluralismo jurídico ha irradiado no solo el ordenamiento jurídico provocando la inclusión de normas que reconozcan esa pluralidad de pueblos, ideologías y demás, sino que también ha penetrado el ejercicio interpretativo de los operadores jurídicos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha empezado a aplicar este tipo de interpretaciones en el marco de los derechos étnicos, «caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay» (2006):

Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la ley) y 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en

condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normatividad interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento, debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, párr. 51; subrayado fuera de texto).

En un tono muy parecido al principio del protocolo de las comunidades negras de una consulta *culturalmente adecuada*, la doctrina latinoamericana del nuevo constitucionalismo pluralista habla de una *interpretación culturalmente sensible* de los derechos humanos, a la que le atribuye precisamente ese propósito de una nueva forma de interpretar y aplicar el derecho a estos pueblos plurales atendiendo sus culturas y cosmovisión:

En síntesis, una **interpretación culturalmente sensible** pasa por considerar el contexto en el

que se desarrollan las comunidades indígenas y las particularidades culturales de sus titulares a la hora de interpretar sus derechos. Esta es la única forma en que los miembros de las comunidades indígenas pueden gozar y ejercer sus derechos y libertades en condiciones de igualdad y no discriminación. De esta forma la Corte y la Comisión (refiriéndose a la interamericana) están abordando el tema en la actualidad y es perfectamente compatible con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (Rojas Nash, 2014, p. 65).

Siguiendo con el contenido del protocolo de consulta previa de las comunidades negras que venimos analizando, este diferencia tres tipos de medidas objeto de consulta: las legislativas, las administrativas y las mixtas.

Ya habíamos hecho en páginas precedentes de este libro una diferenciación jurídica de medidas administrativas y las de carácter legislativo; pero, en el caso de las que las comunidades negras llaman mixtas, se refiere a aquellas medidas que pueden contemplar en su elaboración y ejecución de leyes y actos administrativos. Según el protocolo se comprende así:

Se consideran como medidas de carácter mixto aquellas que en su origen son medidas legislativas o administrativas, pero que para

hacerlas eficaces, implementarlas o realizarlas, requieren de otro tipo de medidas por lo general administrativas; es decir, de actos y decisiones que son susceptibles de ser consultadas porque afectan directa e indirectamente a los pueblos Negros, Afrocolombianos, Raizales y Palenqueros, a nivel territorial, cultural o en su autodeterminación (Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de áreas rurales y urbanas, 2013).

A nuestro criterio esta distinción parece inútil, pues a toda ley le sigue el respectivo reglamento (acto administrativo) para su ejecución; por tanto, si hay un acto administrativo como decreto, acuerdo u ordenanza, es claro que estos existen en virtud de un mandato más general normalmente consistente en una ley del parlamento, y en ese caso se establecerá qué acto o norma en concreto es objeto de consulta.

### 2.2.3.1. Etapas

Del protocolo se puede entender que el proceso de consulta previa se desarrolla por medio de las siguientes etapas:

**2.2.3.1.1. Etapa anterior al inicio de consulta. Verificación de presencia de comunidades.** Según el documento del protocolo el proceso para determinar la presencia de comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras

y raizales en el área de afectación de la medida se registrará «por el principio de autoreconocimiento [sic] y corresponde al Estado constituir una comisión mixta integrada por entidades gubernamentales, organismos de investigación independiente, autoridades y organizaciones de las comunidades acompañadas por el ministerio público que adelante este proceso» (Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de áreas rurales y urbanas, 2013).

Sin embargo, sobre el particular es pertinente, de mi parte, precisar dos cosas. Lo primero es que este es un procedimiento que en lo personal no es parte estrictamente hablando de lo que se debe denominar proceso de consulta, es, más bien, un elemento de determinación para establecer si hay o no la necesidad de adelantar un proceso de consulta previa y con qué comunidad sería dicho procedimiento. Es normal que en los documentos, las rutas, los protocolos o los mandatos que estas comunidades étnicas construyen, donde establecen sus reglas de consulta, contengan esta etapa, incluso los documentos de las autoridades públicas asimismo incluyen la verificación de comunidades étnicas durante las fases de consulta, pero lo cierto es, en lo que a nosotros respecta, que en esta fase no hay consulta porque ni siquiera hay una intervención de la comunidad reivindicada, esta fase es adelantada por el Ministerio del Interior, como más adelante lo veremos detenidamente. Segundo, y es quizá la razón de por qué las comunidades



incluyen este procedimiento dentro de las fases de consulta, es que han sido demasiados los casos en los que han existido graves errores a la hora de certificar si hay presencia de comunidades étnicas en un territorio determinado que va a ser impactado con una actividad forestal, minera o megaproyecto cualquiera. Suele suceder que la dirección correspondiente del Ministerio del Interior por negligencia o, incluso, por actos de corrupción emita certificaciones negando la presencia de estas comunidades para evitar el «engorroso» proceso de consulta previa con las comunidades afectadas.

La Sentencia SU-123 de 2018 fue clara en exponer estas debilidades administrativas que llevan a equivocaciones peligrosas en las certificaciones correspondientes:

La primera dificultad radica en la debilidad administrativa y financiera y la precaria independencia técnica de esa dirección, que le impide muchas veces realizar adecuadamente sus funciones, por lo cual en casos decididos por esta Corte esa dirección ha certificado equivocadamente que no existían grupos étnicos en territorios en donde efectivamente había presencia de esos grupos, con lo cual no fue realizada una consulta previa que era requerida constitucionalmente. Estas situaciones afectan los derechos de los grupos étnicos y generan inseguridad jurídica para los inversionistas. La Corte concluye que es

necesario fortalecer la capacidad institucional del Estado en esta materia, por lo cual exhortará en la parte resolutive de esta sentencia al gobierno y al congreso a que tomen las medidas institucionales para que exista una institucionalidad sólida e independiente en relación con la expedición de este tipo de certificaciones, que compatibilice así el derecho a la consulta de los grupos étnicos con la seguridad jurídica a los inversionistas.

La segunda dificultad consiste en que dicha certificación tiene como objetivo establecer si en el *área de interés* del proyecto, obra o actividad que pretende desarrollar una empresa, se registra o no la presencia de una comunidad étnica sobre la cual se debería garantizarse [sic] el derecho fundamental a la consulta previa. De acuerdo con el artículo 3° del Decreto 1320 de 1998, le corresponde al Ministerio del Interior —Dirección de Consulta Previa— adelantar el procedimiento de verificación de la presencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes [sic] en «**el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad**». Como se explicó en el apartado correspondiente de esta sentencia de unificación, para determinar la procedencia de la consulta previa no es suficiente la constatación de la presencia de comunidades étnicas en el *área de influencia* de un proyecto, obra o actividad. El criterio adecuado e indispensable para establecer

la aplicación de la consulta previa es el de afectación directa (Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018).

Justamente la Corte emitió órdenes al Gobierno nacional para que se tomaran las medidas necesarias y precisas en aras de evitar que estos graves errores sucedieran nuevamente:

Adicionalmente, se exhortará al Gobierno Nacional, Ministerio del Interior, y al Congreso de la República para que realicen los ajustes de regulación correspondientes que permitan incorporar expresamente dentro de los Certificados de presencia de las comunidades étnicas un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar el proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas con independencia de la limitación del área de influencia (Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018).

De lo anterior, y la copiosa jurisprudencia existente de la Corte tutelando el derecho de consulta por errores en las certificaciones expedidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, es claro que las comunidades pueden demandar vía acción de tutela cualquier acto de certificación que niegue falsamente la presencia de comunidades étnicas. Podemos agregar que en la doctrina administrativista, en principio, no se consideran actos administrativos las instrucciones,

circulares de servicio o certificaciones, pues estas regularmente no toman decisiones administrativas ni crean ni modifican o extinguen situaciones jurídicas; sin embargo, se ha admitido que estas actuaciones de la administración sí pueden ser demandadas al igual que las decisiones administrativas contenidas en los actos de la administración si de estas instrucciones, circulares o certificaciones se producen efectos jurídicos que afecten los derechos y los intereses de los ciudadanos.

Con lo anterior, podemos afirmar que aunque estas certificaciones no son para el autor una etapa íntimamente relacionada con la consulta previa puramente hablando, sí es causa de su protección o desconocimiento. En lo personal, admitiendo lo crucial que puede resultar para la negación o la satisfacción del deber de consulta en cualquier actividad, proyecto, acto administrativo o medida legislativa las certificaciones de comunidades étnicas, he venido sosteniendo la necesidad de que estas direcciones tengan una composición mixta, esto es, que su trabajo se haga de la mano con representantes nacionales de todos los pueblos o comunidades étnicas del país.

**2.2.3.1.2. La preconsulta.** El protocolo señala que esta etapa debe ser convocada por el Ministerio del Interior y, como es obvio, debe contar con la presencia de las comunidades étnicas consultadas, bajo la representación de la Autoridad Nacional de Consulta Previa y el Ministerio Público, que puede

estar representado por la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría General de la Nación, que, para nuestra opinión, deben ser ambas instituciones como señal de mayor garantía y protección de la transparencia y legalidad del proceso de consulta.

Esta fase es vital para el futuro y la buena marcha del proceso de consulta, pues es la fase en la que se planifica la forma y el cómo va a ser en adelante el diálogo entre pueblo consultado y entidad consultante. El diálogo en esta fase debe ser claro y preparatorio de las condiciones en las que se va a realizar la consulta, brindando toda la información posible al pueblo consultado para determinar con exactitud el alcance de lo que se pretende consultar. Mínimamente en esta fase se debe determinar:

1. El número de reuniones
2. Las autoridades de los pueblos étnicos y del Estado que participará dentro del proceso
3. Los espacios propios de discusión y reflexión de los grupos étnicos
4. Los mecanismos de financiación
5. Los expertos.

Esta es una fase de determinación metodológica para garantizar el buen término de la consulta y al final, de ser posible, el entendimiento y el acuerdo entre las partes involucradas.

**2.2.3.1.3. La consulta.** La fase fuerte donde se desarrollan los debates y el intercambio de información y opiniones más importantes para el proceso de consulta. Es la fase donde se perfila el éxito o el fracaso de la consulta, y en esta deben brillar por su importancia la práctica de los principios fundamentales del derecho de consulta; así, la buena fe, la igualdad de las partes, la información veraz, completa y oportuna y cada uno de los contenidos axiológicos que hasta ahora hemos dicho son espíritu y esencia de la consulta, deben aparecer aquí en esta fase.

En esta fase hay una discusión franca y descarnada sobre el objeto de la medida de carácter nacional en cuestión, midiendo por un lado el grado de afectación positivo o negativo que esta tendrá sobre los intereses del pueblo consultado, y, por otro lado, de esa manera se podrán calcular las medidas o las acciones que se deben preparar para mitigar los impactos negativos que invariablemente tendría la aplicación de la medida legislativa o administrativa. En esta fase se consolidan los acuerdos y también los desacuerdos producto de las discusiones entre agente consultante y pueblo consultado, que mediante actas, registros fotográficos o fílmicos deben quedar registrados. Cada reunión, y cada acuerdo, desacuerdo y su respectiva acción resarcitoria de ser el caso, debe ir siendo registrada en las actas respectivas.

No podemos olvidar que las medidas reguladas bajo este protocolo son las leyes o decretos, que siendo

normas jurídicas, deben tener una variación sustancial entre el proyecto presentado y el que al final sea conciliado con las comunidades consultadas, pues este último debe ser capaz de incorporar en su espíritu la cosmovisión, el aporte y las miradas de los pueblos étnicos que se hayan recogido a lo largo del proceso de consulta. En páginas anteriores hacíamos alusión al ejercicio interpretativo de las normas atinentes a los grupos étnicos, en el que explicábamos el estilo de interpretación que ha venido imponiéndose en Latinoamérica llamado *interpretación culturalmente sensible*; pues bien, en estos casos en los que las comunidades plurales intervienen en el proceso de producción normativa de una norma legal o reglamentaria, pudiéramos hablar de un ejercicio de *producción normativa culturalmente sensible*.

Podríamos diferenciar los siguientes aspectos de esta fase así:

- Hay una reunión de instalación que durará el tiempo que sea necesario para iniciar las acciones de consulta. En esta reunión se deben conocer todos los componentes y sujetos del proceso y se presentará de manera oficial el proyecto, plan, medida administrativa o legislativa a consultar. Se deberá contemplar aspectos como el lenguaje en el caso de las comunidades raizales y palenqueras, en cuyo caso deberán obtener la información completa en su lengua nativa; de igual manera deberá acudirse a todas las herramientas didácticas necesarias para que la información sea clara, completa, imparcial, veraz y oportuna.

Para esta reunión todos los componentes deben conocer el proyecto —por la información suministrada en las etapas anteriores— y el Estudio de Impacto Ambiental, Cultural, Social y de Derechos Humanos, con el objetivo de obtener toda la información posible y realizar un proceso de consulta respetuoso del derecho a la información de todas las partes.

- La participación de los integrantes de los pueblos étnicos no se restringe a la que realicen las autoridades y organizaciones representativas. Por el contrario, todos los asistentes de los pueblos étnicos que asisten a los procesos de consulta previa podrán participar en las reuniones con el fin de que tengan toda la información para llegar a un acuerdo u otorgar su consentimiento.
- En todas las reuniones del proceso de consulta se deben analizar y discutir los impactos que va a generar la implementación de la medida legislativa o administrativa. En esta etapa se deben identificar todos los tipos de impactos que el proyecto va a generar entre los que se encuentran: ambientales, sociales, culturales y de derechos humanos.
- Para cada impacto se discute la estrategia que se va a implementar para manejar, mitigar, corregir, compensar, y prevenir los impactos generados por la implementación del proyecto normativo.
- Después de cada reunión, se debe dejar un acta sobre lo ocurrido. Las actas deben ser redactadas durante la



reunión y consentidas por todas las parte. El acta se debe realizar en español y todos los idiomas y lenguas de las personas que participan dentro del proceso. El Acta también se notificará de manera oral. Las relatorías deben ser realizadas por las Autoridades de los pueblos o su designado.

- Las comunidades consultadas podrán tener espacios autónomos para discutir acerca del proyecto y para recibir los conceptos de expertos y consultores de su confianza para tener información más ilustrada (Protocolo de consulta previa, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de áreas rurales y urbanas, 2013).

En esta fase al finalizar la socialización de toda la información relacionada con la medida, luego de identificar los impactos negativos o positivos de esta y sus respectivas medidas de mitigación, se realiza una reunión de protocolización en la que constarán los acuerdos, los desacuerdos y las medidas que se van a implementar. Se firmarán los acuerdos y se dejará constancia de los desacuerdos, se determinarán las autoridades o entidades responsables del cumplimiento de los compromisos y se constituirán comisiones mixtas de seguimiento de lo firmado. Todo esto, bajo la presencia del Ministerio Público como garante e, incluso, de agencias u organizaciones no gubernamentales de defensa de derechos étnicos que sean invitadas por las partes.

**2.2.3.1.4. La posconsulta.** Una vez suscrita el acta de protocolización de los acuerdos de la consulta y definidos los comités de seguimiento, la medida sigue su curso jurídico-institucional previsto, y la norma jurídica que fue objeto de consulta de ser aprobada por el Congreso en el procedimiento constitucional correspondiente o firmada por el presidente y ministro del caso si es un decreto reglamentario, entraría en vigor con los efectos jurídicos que a ella le quepan; pero, los acuerdos y los compromisos que se suscribieron en el proceso de consulta con las comunidades negras deberán seguir bajo seguimiento.

En especial deberán ser objeto de seguimiento las medidas de mitigación con respecto a los efectos y los impactos que fueron detectados en el proceso de consulta. Esta consulta de seguimiento tiene el fin de asegurar el cumplimiento de los acuerdos, detectar el surgimiento de impactos no previstos en ellos y al cumplimiento de las medidas de protección. El protocolo dispone que estos ejercicios de seguimiento se harán anualmente; sin embargo, considero que las reuniones o los miembros de los comités de seguimiento pueden hacer alertas o solicitar a las entidades responsables la realización de acciones tendientes a mitigar impactos sobrevinientes o, en todo caso, cuando por razones de fuerza mayor o caso fortuito sea necesario que estas reuniones se hagan de manera extraordinaria esto sería posible.

Si se evidencia algún incumplimiento de parte del consultante, se deberá inmediatamente comunicar al Ministerio Público y en caso de que de dicho incumplimiento se evidencie algún daño material o inmaterial al pueblo étnico, este deberá ser resarcido por la entidad responsable. Tenemos que, con respecto a esta eventualidad, la instancia nacional de consulta del pueblo negro, raizal y palenquero podrá explorar las acciones judiciales correspondientes. A nuestro criterio, y de acuerdo con el caso específico que se dé en su momento, son las siguientes opciones: a) acción de tutela en el entendido de que el incumplimiento de los acuerdos y los protocolos firmados es, para nosotros, la violación misma de la consulta previa, la acción de tutela es procedente tanto para que se declare la violación de este derecho fundamental, como para las indemnizaciones que trajo consigo la violación *iusfundamental*, posibilidad que aunque es poco ejercida, es perfectamente contemplada por el Decreto 2591 de 1991. b) Acción ejecutiva, en tanto que las actas y los protocolos firmados por el gobierno o entidad estatal contemplan una obligación de hacer clara, expresa y exigible, características que hacen de dichas actas documentos que prestan mérito ejecutivo.

Estas son las fases o etapas que el protocolo de las comunidades negras, raizales y palenqueras contempla, y son estas y no otras ni menos de esas, las que deberán cursarse cuando el Estado colombiano adelante una medida administrativa o legislativa de interés o impacto a estas comunidades. Con respecto a la financiación, el

protocolo no deja dudas en que dichos procesos deben ser sufragados por el promotor o responsable de la medida, que contemplan la logística necesaria para la realización de las reuniones, las movilizaciones y todas las demandas para las fases antes descritas, incluidas, por supuesto, las reuniones y las actividades inherentes a las medidas de seguimiento a los acuerdos.

#### 2.2.4. La consulta previa de medidas nacionales a los pueblos indígenas

La cuestión de la consulta previa de medidas administrativas y legislativas con los pueblos indígenas, deja en evidencia algo admirable de estos pueblos, consistente en la capacidad organizativa de estas comunidades étnicas a la hora de la defensa de sus derechos e intereses. A lo largo de la historia en puntos decisivos de las reivindicaciones de derechos étnicos, los pueblos indígenas, por medio de sus líderes y organizaciones, han estado un punto por encima de lo que el movimiento negro ha podido lograr. Prueba de esto ha sido lo que las comunidades indígenas lograron en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, en la que lograron apuntalar dos victorias políticas y jurídicas determinantes en la consolidación de sus derechos a la autodeterminación y el autogobierno como pueblos autónomos, al conquistar el reconocimiento de sus territorios como entidades territoriales del Estado<sup>16</sup>

---

16 «Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas» (República de Colombia, 1991).

y, por otro lado, el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena<sup>17</sup> que supone un gran avance para estas comunidades, pues garantiza la pervivencia de su derecho propio y los dota de herramientas jurídicas reales para administrar sus territorios con autoridad. En cambio, las comunidades negras, a pesar de haber tenido representantes en el proceso constituyente, no lograron ninguna de estas victorias que sí pudieron obtener los indígenas; por su lado, obtuvieron un artículo transitorio constitucional<sup>18</sup> que ordenaba la titulación

---

17 «Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional (República de Colombia, 1991).

18 «Artículo 55 Transitorio. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas.

La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.

La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

PARAGRAFO 1. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

PARAGRAFO 2. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley» (República de Colombia, 1991).

colectiva de sus tierras ancestrales, que, como se sabe, fue desarrollado por la Ley 70 de 1993 que hoy es, sin dudas, el mayor logro jurídico del siglo xx y lo que va de este para las comunidades negras del país, y que, según se ha conocido por los corredores de la historia oral, fue una propuesta ideada por el sociólogo y profesor de la Universidad Nacional Orlando Fals Borda (un académico mestizo), promovida por el chocono Francisco Rojas Birry que era un representante indígena en la Asamblea Constituyente.

Una segunda muestra de esa unidad de los indígenas, que se anhela desde el movimiento de negritudes es, precisamente, la creación de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas —MPC— que se dio casi veinte años antes que la Autoridad Nacional Afro de Consulta, y que tiene el propósito de servir de instancia de consulta previa de medidas administrativas y legislativas de alcance nacional en lo que se refiere a las comunidades indígenas de Colombia. Sería importante y pertinente, entonces, conocer un poco sobre este espacio de consulta de las comunidades y pueblos indígenas.

#### 2.2.4.1. El contexto de origen: la sangre y la lucha

Los pueblos indígenas de Colombia iniciaron, a partir de 1970, un largo recorrido dirigido a la consolidación de sus organizaciones y a la recuperación y el reconocimiento de sus derechos individuales y colectivos: territorio,

autonomía, identidad y cultura; este periodo culminó con la inclusión de muchas de nuestras demandas y exigencias en la Constitución Política de 1991. No obstante, la puesta en práctica de los derechos allí consagrados ha significado para sus pueblos un gran reto, y la muerte de muchos de sus líderes.

A modo de ejemplo, entre los años 1990 y 1991, perdieron la vida por razones políticas ochenta y ocho (88) personas de los pueblos indígenas, y 339 más fueron detenidas de manera arbitraria desde 1991 (es decir, luego de expedida la nueva Constitución Política) hasta 1996, doscientos diecisiete (217) indígenas fueron asesinados y cerca de doscientos ochenta y ocho (288) fueron detenidos y encarcelados.<sup>19</sup>

Sin embargo, en 1996, luego de cinco años de diálogos infructuosos con el Gobierno nacional y regional, los pueblos indígenas y sus organizaciones se vieron obligados a retomar las vías de hecho para ser escuchados con seriedad y respeto, para exigirle al gobierno una atención coherente y respetuosa de la diversidad étnica y cultural consagrada en la Constitución Política de 1991.

---

19 Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas —MPC—, <https://www.mpcindigena.org/>. Aunque con posterioridad a 1996, estas cifras se disparan en cerca de 200 indígenas asesinados cada año, siendo uno de los años más críticos 2002 con aproximadamente 300 indígenas asesinados. Véase, Centro de Cooperación al Indígena (CECOIN) (febrero de 2005). *Violencia política contra los pueblos indígenas en Colombia 1974-2004*. Bogotá. Alto Vuelo Comunicaciones, p. 22.

Es así como, el 5 de julio de ese año, aproximadamente 50 organizaciones de todo el país se tomaron la Conferencia Episcopal colombiana para denunciar con preocupación lo siguiente:

- Que el desarrollo de los derechos Constitucionales y legales de los Pueblos Indígenas, avanzaba por el camino de las imposiciones, las medidas inconsultas y el recorte de los principios y derechos fundamentales relativos a la diversidad étnica del país.
- Que los proyectos de infraestructura y de explotación minera y energética se seguían aceptando, aprobando y ejecutando desconociendo [*sic*] los derechos a decidir autónomamente y a vivir su identidad con dignidad, violando así los derechos humanos, la Constitución y los acuerdos internacionales.
- Que los grandes problemas de tierra, educación, derechos humanos, biodiversidad, no sólo son desatendidos sino que se acentuaban con la acción y la omisión del Gobierno.
- Que al contrario de fortalecer la autonomía como pueblos indígenas, se evidencia una mayor injerencia de algunas dependencias del Estado en las comunidades. La actuación de la Dirección General de Asuntos Indígenas,



que ya han señalado nuestros hermanos Wayuú en una acción similar no es sino el caso más evidente de esta política (Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, 2020).

La toma a la sede de la Conferencia Episcopal colombiana no fue la única acción de hecho realizada por las organizaciones indígenas colombianas para denunciar el genocidio e irrespeto a sus derechos; es así como en el marco de este contexto se desarrollaron las siguientes acciones:

- En la ciudad de Bogotá 45 indígenas del Pueblo Wayuú se tomaron las instalaciones de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, denunciando la intromisión de esta Dirección en las decisiones internas de las comunidades, y protestando por la malversación oficial de los recursos presupuestales de los resguardos. En esta oportunidad, el pueblo Wayuú exigía suspender un proyecto que los estaba dividiendo.
- En el Municipio de Mocoa, Departamento de Putumayo unos 200 indígenas Sionas, Kofanes, Ingas y Kamëntsá, ocuparon pacíficamente la sede de la Gobernación departamental, exigiendo que el gobernador se pronunciara a favor de las demandas de los Pueblos Indígenas.

- En el Departamento del Tolima, Municipio de Ibagué, el Pueblo Pijao se tomó la sede regional del INCORA, solicitando elaborar un Plan de Desarrollo concertado con las Autoridades, Pueblos y Organizaciones Indígenas, garantizando la autonomía, los derechos y el cumplimiento de los acuerdos.
- Por su parte, el pueblo U'wa de los departamentos de Boyacá, Santander y Arauca, programaron una audiencia para protestar por la invasión de la compañía petrolera OXY en sus territorios indígenas.
- En el Departamento del Cauca 4.000 indígenas bloquearon la vía panamericana entre Cali y Popayán denunciando los problemas territoriales de las comunidades indígenas y el incumplimiento del informe de fondo emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a raíz de la masacre del Nilo. Asimismo, se denunció el asesinato del alcalde indígena Nasa de Jambaló Marden Betancur cometido el 19 de agosto de 1996 a manos de Frente Cacique Calarcá del ELN, el cual provocó una fuerte reacción por parte de las comunidades indígenas de la región, que se expresó en una masiva marcha desde el Municipio de Jambaló a Popayán Cauca, exigiéndole [sic] a los grupos armados el retiro inmediato de los territorios indígenas.

- También se realizaron acciones de hecho en los departamentos de Chocó, Risaralda, Puerto Inírida, Pasto y Montería, en este último lugar el día 2 de julio de 1996, es decir tres días antes de la toma de la Conferencia Episcopal, fue asesinado el líder del Pueblo Zenú, Saúl Baltazar sumando seis dirigentes asesinados en menos de dos meses (Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, 2020).

En este contexto, la presión de los pueblos indígenas y sus organizaciones con sus justos reclamos aumentó en todo el país. Entre tanto, en la Conferencia Episcopal se había nombrado una comisión política negociadora que trabajaba en jornadas de tres de la tarde a medianoche.

La toma a la Conferencia Episcopal duró 43 días y fue levantada luego de que el Gobierno aceptara las peticiones de los pueblos indígenas y de que firmaran los siguientes decretos:

- a. Decreto 1396 de 1996, que da origen a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, con sus propias funciones y con una estructura claramente establecida.
- b. Decreto 1397 de 1996, que crea la Comisión Nacional de Territorios (CNT) y la Mesa Permanente de Concertación Nacional con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, cada una con funciones distintas pero con una estructura muy similar.

Así las cosas, es claro que la Mesa Permanente de Concertación Nacional con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, la Comisión Nacional de Territorios y la Comisión Nacional de Derechos Humanos tienen un origen común que nace por la problemática territorial y por el descontento de los pueblos indígenas debido a los incumplimientos del Gobierno, principalmente, los derechos establecidos en la Constitución Política de 1991.

Por otra parte, es importante destacar, que estos escenarios de diálogo y concertación con el Gobierno nacional no fueron un regalo y tampoco fueron producto de la voluntad política del Gobierno, sino más bien de las acciones de hecho y de resistencia de nuestros pueblos indígenas.

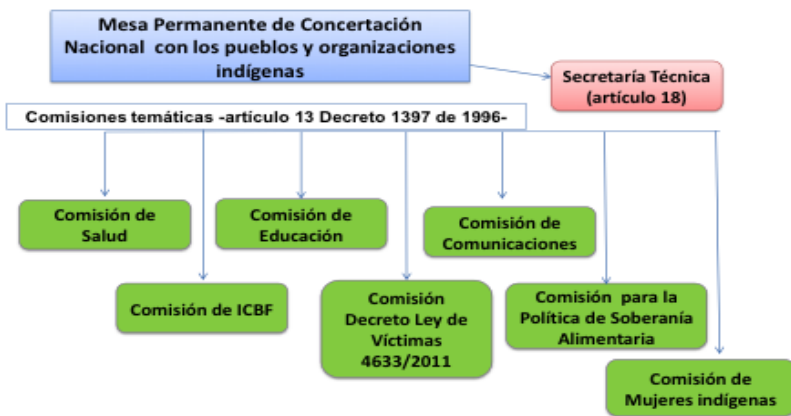
### #3 2.2.4.2. Funciones y conformación de la Mesa Permanente de Concertación Nacional con los Pueblos y Organizaciones Indígenas

Son funciones de la Mesa concertar entre los pueblos indígenas y el Estado colombiano todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos y evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos que allí se pacten. En el seno de la Mesa, existen unas comisiones temáticas que les dan trámites a sus asuntos.

Estas comisiones están establecidas en el artículo 13 del Decreto 1397 de 1996, y se organizan por temas y asuntos específicos, en ellas participan las

entidades oficiales de acuerdo con sus competencias constitucionales y legales, al igual que los delegados de los pueblos y organizaciones indígenas directamente interesados o afectados, cuando se traten temas específicos de sus comunidades o regiones. Actualmente siete comisiones temáticas apoyan también el trabajo de la MPC.

**Figura 3.**  
**Estructura orgánica de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas**



Fuente: Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, 2020.

La Mesa Permanente de Concertación Nacional con los Pueblos y Organizaciones Indígenas está integrada por miembros del Gobierno nacional y por delegados de las organizaciones indígenas. Adicionalmente, la Mesa

cuenta con tres veedores: la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y a la Conferencia Episcopal de Colombia.

Integrantes o actores principales de la Mesa Permanente de Concertación Nacional.

**Por los pueblos indígenas:**

- La organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC).
- La organización de pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana (OPIAC).
- La Confederación Indígena Tayrona (CIT).
- Cinco (5) delegados por cada macrorregional.
- Los ex constituyentes indígenas: Alfonso Peña Chepe, Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry.
- Los senadores indígenas.

**Son invitados permanentes:**

- Autoridades tradicionales indígenas de Colombia, Gobierno mayor.
- Autoridades indígenas de Colombia por la Pacha Mama (AICO).

**Por el Gobierno nacional:**

- El ministro del Interior o su delegado.

- El ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado.
- El ministro del Medio Ambiente o su delegado.
- El ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.
- El ministro de Desarrollo Económico o su delegado.
- El ministro de Minas y Energía o su delegado.
- El ministro de Salud o su delegado.
- El ministro de Educación Nacional o su delegado
- El director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado.
- El consejero presidencial de Fronteras o su delegado.
- El consejero presidencial de Política Social o su delegado.

**La Secretaría Operativa de la MPC.** También apoyan el trabajo de la Mesa Permanente de Concertación Nacional, una Secretaría Técnica conformada por dos personas designadas una por el Gobierno y otra por los pueblos indígenas. Según el artículo 18 del Decreto 1397 de 1996,

La Secretaría Técnica cumplirá las siguientes funciones:

- a) Preparar las reuniones ordinarias y extraordinarias del organismo de que se trate;

- b) Recoger y organizar la información que será sometida a la consideración del organismo respectivo;
- c) Elaborar las actas de las reuniones, y
- d) Impulsar la ejecución de las decisiones (Decreto 1397 de 1996).

### 2.2.5. La institucionalidad de la consulta previa en Colombia.

El trámite de todas las consultas previas con las comunidades o grupos étnicos contempla necesariamente la presencia del Estado, no solo como consultante, sino también como garante a través de distintas instituciones para que estos procesos sean traducidos en la vida práctica en reales ejercicios de goce de derechos. Revisaremos en seguida, aquellas instancias estatales que dirigen, participan y son garantes durante los procesos de consulta previa con las comunidades étnicas.

#### 2.2.5.1. Ministerio del Interior

Aunque con muchos ambages, modificaciones y reestructuraciones constantes, esta ha sido la cartera oficial del Gobierno nacional encargada de la coordinación y dirección de los procesos de consulta previa con los grupos diversos en Colombia. Por esencia, el Ministerio del Interior siempre ha estado responsabilizado de asuntos de política general, democracia y participación ciudadana y por ello su estructura administrativa expresa



esa intención del Estado o el Gobierno nacional para ser más exactos, en acomodar su institucionalidad de acuerdo con las exigencias que el diálogo ciudadano impone y requiere.

Ha sufrido muchas modificaciones y ha sido difícil lograr que esta cartera sea asertiva en la definición de las unidades o direcciones pertinentes para atender las demandas comunitarias y en específico las relacionadas con la garantía del deber de consulta previa; incluso las direcciones o coordinaciones de consulta previa que el Ministerio del Interior ha tenido han sido en muchas ocasiones fuertemente cuestionadas por su falta de neutralidad y posición de garante real e imparcial en los procesos de consulta previa, neutralidad que ha sido más débil dependiendo del gobierno respectivo, como en el del presidente Dr. Álvaro Uribe Vélez, cuya administración era displicente con este derecho lo cual se reflejaba en la actitud de cada uno de los funcionarios de esta cartera encargados de los procesos de consulta, siempre distantes y poco preocupados por estos asuntos. Pareciera que el compromiso en la defensa y la garantía de este derecho *iusfundamental* depende del carácter ideológico del Gobierno y de sus prioridades de desarrollo.

Podemos decir que solo en el año 2011 se expidió la Ley 1444 que separó al Ministerio del Interior del Ministerio de Justicia y del Derecho, con sus artículos 2.º y 4.º, los cuales determinaron, respectivamente:

Artículo 2°. Reorganícese el Ministerio del Interior y de Justicia, el cual se denominará Ministerio del Interior y continuará cumpliendo los objetivos y funciones señalados por las normas vigentes, salvo en lo concerniente a la escisión de que trata el artículo 10 de la presente ley.

[...].

Artículo 4. Créase el Ministerio de Justicia y del Derecho, cuyos objetivos y funciones serán los escindidos del Ministerio del Interior y de Justicia de acuerdo con el artículo 10 de la presente ley.

Luego, el presidente de la República, en su momento el doctor Juan Manuel Santos Calderón, en uso de las facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 1444 en el artículo 19, expidió el Decreto-Ley 2893 de 2011, con el cual reorganizó el Ministerio del Interior. En el artículo segundo de dicho decreto-ley, en el que se consagran las funciones de esa cartera ministerial, se destacan:

Diseñar e implementar de conformidad con la ley las políticas públicas de protección, promoción, respeto y garantía de los Derechos Humanos, en coordinación con las demás entidades del Estado competentes, así como la prevención a las violaciones de estos y la observancia al Derecho Internacional Humanitario, con un enfoque integral, diferencial, social y de género.

Formular, promover y hacer seguimiento a la política de los grupos étnicos para la materialización de sus derechos, con un enfoque integral, diferencial, social y de género, en coordinación con las demás entidades competentes del Estado.

Formular, promover y hacer seguimiento a la política de atención a la población en situación de vulnerabilidad, para la materialización de sus derechos, con un enfoque integral, diferencial, social y de género, en coordinación con las demás entidades competentes del Estado (Decreto-Ley 2893 de 2011).

El artículo 5.º del Decreto-Ley organizó la estructura del Ministerio del Interior así:

1. Despacho del Ministro del Interior.
  - 1.1. Oficina Asesora de Planeación.
  - 1.2. Oficina de Control Interno.
  - 1.3. Oficina de Información Pública del Interior.
  - 1.4. Oficina Asesora Jurídica.
2. Despacho del Viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos
  - 2.1. Dirección para la democracia, la participación ciudadana y la acción comunal.

2.2. Dirección de asuntos indígenas, Rom y minorías.

2.3. Dirección de asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

2.4. Dirección de Derechos Humanos.

2.5. Dirección de Consulta Previa.

3. Despacho del Viceministro de Relaciones Políticas

3.1. Dirección de Gobierno y Gestión Territorial.

3.1.1. Subdirección de Seguridad y Convivencia Ciudadana

3.2. Dirección de Asuntos Legislativos.

4. Secretaría General.

4.1. Subdirección de Gestión Contractual.

4.2. Subdirección de Infraestructura

4.3. Subdirección de Gestión Humana.

4.4. Subdirección Administrativa y Financiera.

5. Órganos de Asesoría y Coordinación

5.1. Comité Sectorial de Desarrollo Administrativo.

5.2. Comité de Gerencia.

5.3. Comisión de Personal.

5.4. Comité de Coordinación de Sistema de Control Interno (Decreto-Ley 2893 de 2011).

Como se aprecia, el asunto étnico ha estado, desde hace buen tiempo, vinculado con el Viceministerio para la Participación e Igualdad de Derechos evidenciado en tres direcciones que lo integran: Dirección de asuntos indígenas, Rom y minorías, Dirección de asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y la Dirección de Consulta Previa. Según el artículo 16 de este decreto la Dirección de Consulta Previa tiene como funciones:

1. Dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la Ley.

2. Asesorar y dirigir, así como coordinar con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías y asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas del Gobierno Nacional en materia de consulta previa y determinar su procedencia y oportunidad.

3. Establecer directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas para

realizar los procesos de consulta previa, de conformidad con lo establecido en la legislación sobre la materia.

4. Realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera.

5. Expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos.

6. Verificar, antes del inicio de cualquier proceso de Consulta Previa, con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías, y de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, los registros actualizados de la representación legal de las autoridades de los grupos étnicos y conformación legítima de los espacios de concertación propios de cada uno de ellos.

7. Consolidar y actualizar la información del Ministerio del Interior sobre los procesos de consulta y los trámites de verificación, así como promover el conocimiento y difusión de los mismos [sic] y de su marco jurídico, por los medios que determine el Ministerio.

8. Hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en desarrollo de los procesos de consulta previa coordinados por esta Dirección y hacer las recomendaciones respectivas.

9. Elaborar estrategias de corto y largo plazo para el manejo de crisis sociales en el entorno de las comunidades y minorías étnicas en las que se desarrollan las consultas previas, en coordinación con las demás dependencias o entidades competentes.

10. Proponer proyectos de ley, de actos o reformas legislativas, así como efectuar el análisis normativo y jurisprudencial en coordinación con la Dirección de Asuntos Legislativos en materia de su competencia (Decreto-Ley 2893 de 2011).

Posteriormente, vino un paso adelante para las comunidades negras en cuanto a sus órganos legítimos para consultas nacionales; y es lo que ya habíamos dicho sobre la sentencia de la Corte Constitucional, que convalidó la propuesta de protocolo de consulta previa, libre e informada y vinculante para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de áreas rurales y urbanas, aprobada en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Palenquero y Raizal, celebrado en la ciudad de Quibdó, Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto

del 2013. Recordemos lo que dicha sentencia ordenó en su parte resolutive:

**Quinto.** Ordenar al Ministerio del Interior que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, y por los mismos medios contemplados en el numeral anterior, convoque a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país a participar en el proceso de consulta previa en el marco del cual se definirán las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectarlas directamente. La convocatoria deberá sujetarse a las siguientes reglas: i) se dirigirá a todas aquellas comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras que se consideren con derecho a participar en dicho proceso, sean rurales o urbanas, y con independencia de la forma organizativa que hayan adoptado, siempre que, en ejercicio de su autonomía, designen a un delegado que las represente en tal escenario; ii) deberá indicar de forma precisa la fecha, la hora y el lugar en el que se realizará la primera etapa del proceso consultivo, esto es, la de preconsulta, la cual, por razones logísticas, deberá llevarse a cabo en el marco de asambleas departamentales y iii) deberá especificar que el objeto del referido proceso consultivo es la integración de la instancia de participación con la cual se



consultarán, en adelante, las medidas de amplio alcance que puedan afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras (Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2014).

Así, el Ministerio del Interior, en el año 2018, expide el Decreto 1372 en cumplimiento de la anterior orden constitucional. En el mencionado decreto se estipuló:

ARTÍCULO 1. Adición. Adicionar el Capítulo 4 al Título 1 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, el cual quedará así:

#### «Capítulo 4

Espacio nacional de consulta previa de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras

ARTÍCULO 2.5.1.4.1. Objeto. Regular el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general, susceptibles [*sic*] de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras rurales y urbanas del país, como una institución representativa, legítima y operativa [...]» (Decreto 1372 de 2018).

Para su conformación el espacio nacional de consulta previa de las comunidades negras, raizales y palenqueras deberá atender los siguientes criterios:

a. Territorial. Para garantizar la participación de los territorios colectivos, todos los departamentos del país donde existan territorios titulados, en trámite de adjudicación colectiva o territorios ancestrales, designarán un delegado por derecho propio por departamento. Igualmente, designarán un delegado adicional por cada ciento cincuenta mil hectáreas (150.000has) tituladas o en trámite de titulación que existan en el respectivo departamento, conforme a la certificación que para el efecto expida la Agencia Nacional de Tierras o quien haga sus veces.

b. Poblacional. Para garantizar la participación de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras asentadas en las áreas urbanas del país, se designará un (1) delegado por cada departamento, y otro por el Distrito Capital de Bogotá. En todos los casos se asignará un delegado adicional por cada ciento cincuenta mil (150.000) habitantes que se hubiesen autoreconocido [*sic*] como afrodescendientes, de acuerdo con el último censo poblacional del DANE por cada departamento y por el Distrito Capital de Bogotá.

c. Distrital. Se designará un (1) delegado para representar a cada uno de los distritos especiales turísticos y portuarios del país, que corresponden a Cartagena de Indias, Barranquilla, Santa Marta y Riohacha en el

Caribe; Buenaventura en el Pacífico; el Distrito Capital de Bogotá, y los Distritos que llegaren a crearse de conformidad con la ley.

d. Participación especial. En reconocimiento de las particularidades étnicas, poblacionales y territoriales especiales del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; San Basilio de Palenque y las capitánías del Cauca, se designará un (1) delegado adicional por cada uno de ellos.

e. Enfoque diferencial. Para garantizar la participación de los diversos enfoques diferenciales que concurren en las diferentes expresiones organizativas adoptadas por las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de nivel nacional, se designará un (1) delegado nacional por cada uno de los siguientes sectores poblacionales: Jóvenes, Mujeres, Víctimas, LGBTI, Personas con discapacidad y Adulto mayor (Decreto 1372 de 2018).

Para garantizar el equilibrio regional, los departamentos de Chocó, Cauca, Valle del Cauca y Nariño tendrán un máximo de veintiséis (26) delegados, cada uno de ellos. Igualmente, en reconocimiento a las particularidades poblacionales y territoriales especiales se le asignan quince (15) delegados al Distrito Capital de Bogotá. En reconocimiento del papel cohesionador que en la cultura negra, afrocolombiana, raizal y palanquera

cumplen las mujeres, se garantizará su participación en cada uno de los criterios antes mencionados. Cada departamento y distrito designará un delegado por cada sector poblacional del enfoque diferencial. Estos delegados serán convocados a asambleas nacionales por cada sector, del cual se designará un representante a nivel nacional. Cada departamento y distrito designará un delegado por cada sector poblacional del enfoque diferencial. Estos delegados serán convocados a asambleas nacionales por cada sector, del cual se designará un representante a nivel nacional.

Cuando sea necesario por tener una consulta pendiente, será el Ministerio quien convocará dicho espacio invitando a los órganos de control y demás entidades que puedan ser garantes en dichos procesos, es lo que al respecto indica el decreto.

Como funciones a este espacio, según el Decreto 1372 de 2018, le corresponden las siguientes:

ARTÍCULO 2.5.1.4.4. Funciones. El Espacio Nacional de Consulta Previa de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras tendrá las siguientes funciones:

1. Servir de instancia de diálogo e interlocución con el Gobierno Nacional para adelantar las diferentes etapas de la consulta previa de las medidas medidas [sic] legislativas y administrativas de carácter general,

susceptibles [*sic*] de afectar directamente a dichas comunidades, de conformidad con la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT, con la finalidad de llegar a acuerdos o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Para tal efecto, el Espacio Nacional de Consulta Previa deberá promover la difusión y discusión de los proyectos de actos legislativos, proyectos de Ley o actos administrativos de carácter general susceptibles [*sic*] de afectar directamente a las mencionadas comunidades, con los delegados de consejos comunitarios, expresiones organizativas de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en sus territorios, para incorporar propuestas y tramitar sus recomendaciones.

2. Adelantar la etapa de protocolización de la consulta previa de las medidas legislativas o administrativas de carácter general susceptibles [*sic*] de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país.

3. Darse su propio reglamento.

4. Crear y adoptar un Protocolo de Consulta Previa, utilizando como punto de referencia las propuestas de protocolo de consulta previa, libre, informada, con consentimiento y vinculante para las comunidades negras,

afrocolombianas, raizales y palenqueras de áreas rurales y urbanas, aprobadas en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Palenquero y Raizal, celebrado en la Municipio de Quibdó - Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto del 2013, teniendo en cuenta las observaciones resultantes del proceso de consulta y las demás propuestas discutidas en el citado congreso (Decreto 1372 de 2018).

Con relación al último punto de sus funciones, hay que reiterar que el protocolo aprobado en el año 2013 por las autoridades reunidas el 27 de agosto en Quibdó, es inalterablemente el documento y el procedimiento guía de estas comunidades en cuanto a consultas nacionales se refiere.

Ya habíamos dicho que en el marco de este decreto las etapas o fases de los procesos de consulta previa, son: preconsulta, consulta, protocolización y seguimiento.

En lo que tiene que ver con los delegados, estos son elegidos por periodos institucionales de cuatro años y serán elegidos por consenso o por votación, en asambleas departamentales y distritales, según corresponda, mediante convocatoria realizada por el Ministerio del Interior en concertación con los delegados al Espacio Nacional de Consulta Previa, según corresponda, elección que se llevará a cabo dentro de los dos (2) meses anteriores al vencimiento del periodo del respectivo Espacio Nacional de Consulta Previa.

Finalmente por mencionar sobre el Decreto 1372 de 2018, hay que resaltar que le asigna al Ministerio del Interior en el marco de los procesos de consulta previa las siguientes responsabilidades:

1. Coordinar las reuniones en cada una de las etapas del proceso de consulta previa.

2. Promover y propiciar el diálogo entre el Espacio Nacional de Consulta Previa y la entidad que lidera la medida administrativa o legislativa en consulta.

3. Apoyar la concertación de las rutas metodológicas entre el Espacio Nacional de Consulta Previa y la entidad que lidera la iniciativa en consulta.

4. Realizar las convocatorias a las partes del proceso (delegados del Espacio Nacional de Consulta Previa, entidad que lidera la medida administrativa o legislativa, y Ministerio Público).

5. Inscribir los asistentes, tomar registro fotográfico y audiovisual de cada una de las reuniones en el marco de los procesos de consulta previa.

6. Elaborar conjuntamente las actas con el delegado designado por el espacio autónomo del Espacio Nacional de Consulta Previa en cada sesión.

7. Custodiar y salvaguardar la información de los procesos y reuniones que se adelanten con el Espacio Nacional de Consulta Previa (Decreto 1372 de 2018).

Podemos resaltar esta norma como un aporte importante para la institucionalización o reconocimiento de las instancias o espacios autónomos de consulta previa de las comunidades negras, raizales y palenqueras, además de poner funciones y responsabilidades claras en cabeza del gobierno nacional sobre todo en la mecánica, la operatividad y la logística necesaria para que este espacio funcione adecuadamente.

Sin embargo, tan solo un año después, el Ministerio del Interior volvió a sufrir un cambio penetrante en su estructura en esta materia. En páginas pasadas ya habíamos advertido de los recurrentes errores (voluntarios o no) en la expedición de las certificaciones de presencia de comunidades étnicas, como requisitos *sine qua non* para dar trámite o garantizar la protección de este derecho fundamental. Estas certificaciones de población étnica ha sido una tarea pendiente para el Ministerio del Interior —porque aún persisten inconvenientes— en este aspecto, que resulta esencial en el goce y la protección de la consulta previa a los pueblos plurales. Y el cambio se produjo nuevamente por orden expresa de la Corte Constitucional mediante la Sentencia SU-123 de 2018 y que en su parte resolutive ordenó:



SEXTO.- EXHORTAR al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que, con base en los lineamientos expuestos en esta sentencia: adopten las medidas pertinentes para regular lo relacionado con los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas, que hagan efectivo el derecho a la consulta previa, en los términos del Convenio 169 de la OIT; así mismo se realicen los ajustes para que la institución encargada de otorgar los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas cuente con autonomía e independencia administrativa y financiera, necesarias para ejercer adecuadamente su función (Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018).

El Decreto 2353 de 2019 fue la respuesta del Gobierno nacional al cumplimiento de esta orden de la Corte. En su artículo 1.º, una vez más modifica la estructura administrativa del Ministerio del Interior (artículo 5.º, el cual quedará así:

Artículo 5. Estructura. La estructura del Ministerio del Interior será la siguiente:

1. Despacho del Ministro del Interior
  - 1.1. Oficina Asesora de Planeación
  - 1.2. Oficina de Control Interno
  - 1.3. Oficina de Información Pública del Interior

1.4. Oficina Asesora Jurídica

2. Despacho del Viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos

2.1. Dirección para la Democracia, la Participación Ciudadana y la Acción Comunal

2.2. Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías

2.3. Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras

2.4. Dirección de Derechos Humanos

2.5. Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa

2.5.1. Subdirección Técnica de Consulta Previa

2.5.2. Subdirección de Gestión de Consulta Previa

2.5.3. Subdirección Corporativa

2.6. Dirección de Asuntos Religiosos

3. Despacho del Viceministro de Relaciones Políticas

3.1. Dirección de Gobierno y Gestión Territorial

3.1.1. Subdirección de Seguridad y Convivencia Ciudadana

3.2. Dirección de Asuntos Legislativos

4. Secretaría General

4.1. Subdirección de Gestión Contractual

4.2. Subdirección de Infraestructura

4.3. Subdirección de Gestión Humana

4.4. Subdirección Administrativa y Financiera

5. Órganos de Asesoría y Coordinación

5.1. Comité Sectorial de Gestión y Desempeño

5.2. Comité de Gerencia

5.3. Comisión de Personal

5.4. Comité de Coordinación de Sistema de Control Interno (Decreto 2353 de 2019; subrayado fuera de texto).

Creo que es pertinente hacer algunos comentarios por los cambios introducidos por este decreto de hace menos de dos años. Primero, es claro que desapareció la dirección de consulta previa para darle paso a lo que ahora llama el Ministerio Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa a la que le otorgó autonomía administrativa y financiera sin tener personería jurídica

en los términos del exhorto hecho por el Tribunal Constitucional en la Sentencia SU-123 de 2018; por lo tanto, la dirección de consulta previa como se encontraba antes en el Decreto 1372 de 2018 desapareció, y esta pasó a dividirse en dos subdirecciones: la Subdirección Técnica de Consulta Previa y la Subdirección de Gestión de Consulta Previa, a las que se les suma una tercera denominada Subdirección Corporativa, todas estas dependientes de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa.

Segundo, daría la impresión de que la estructura del Ministerio del Interior en lo que se refiere a consulta previa, se divide en dos tipos: una de carácter político en el sentido de dirigir la política del Estado en la materia, y otra línea de carácter técnico u operativo para darle materialidad a dichas políticas y concretamente a los procesos de consulta.

En nuestra opinión, con este decreto creador de dicha Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, el gobierno nacional fue tímido, y cumplidor a secas de la orden constitucional. Pues si bien el exhorto convocaba a la creación de una «institución» de consulta previa, bien pudo el gobierno haber creado una dirección que además de tener una autonomía administrativa y financiera, tuviera también personería jurídica, pues ello no se lo prohibió la Corte y el gobierno pudo haber sido más generoso en este aspecto, pudo haber creado una agencia u organismo con personería

jurídica descentralizado del nivel central del Gobierno nacional.

Incluso, si se hace una interpretación orgánica del exhorto, podemos concluir que dicha orden no está del todo satisfecha, ya que, si observamos con detenimiento, la orden está vinculando tanto al Gobierno nacional como al Congreso de la República, por lo que se sugiere que a lo que se refería la Corte era a la creación de un organismo de origen legal, un establecimiento público del orden nacional de los que trata el artículo 49 de la Ley 489 de 1998: «Artículo 49°. - Creación de organismos y entidades administrativas. Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales» (Ley 489 de 1998).

Creemos que con la creación de un organismo o establecimiento público de este orden, sí se hubiese cumplido a cabalidad dicha orden de la Corte Constitucional. Porque de otra manera, ¿el Congreso de la República estaría en desacato al no haber expedido ningún acto de cumplimiento de esta sentencia? Claramente parecería que sí, porque hasta hoy, solo el Gobierno nacional (de manera insuficiente e inadecuada, insistimos) ha tenido alguna reacción con respecto a la orden de la Corte.

Entre tanto, estos cambios formales ¿aseguran íntegramente no volver a cometer los errores de

certificación de población étnica que motivaron la Sentencia SU-123 de 2018? Somos más del criterio de que las administraciones participativas, con organismos, consejos o directivas de carácter mixto, son para dichos efectos, más eficientes. Así, consideramos que independiente de la figura administrativa adoptada, es necesario que en estos procedimientos previos de certificaciones de presencias de pueblos plurales, estén involucrados representantes nacionales de todos estos pueblos, como prenda de garantía de la veracidad de estos documentos y protección del derecho de consulta previa.

En resumidas cuentas, las funciones de la Autoridad Nacional de Consulta Previa son:

1. Impartir los lineamientos para la determinación de la procedencia de la consulta previa para la expedición de medidas legislativas o administrativas o la ejecución de proyectos, obras o actividades, que puedan afectar directamente a comunidades étnicas.
2. Liderar, dirigir y coordinar el ejercicio del derecho a la consulta previa, mediante procedimientos adecuados, garantizando la participación de las comunidades a través de sus instituciones representativas, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.
3. Definir la ruta metodológica y término de duración de la consulta previa, en los eventos

en que las partes no logren un acuerdo sobre los mismos [sic].

4. Proponer al Ministro del Interior las políticas en materia de Consulta Previa y dirigir la ejecución, seguimiento y evaluación de las mismas [sic].

5. Establecer directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas para realizar los procesos de consulta previa, de conformidad con lo establecido en la legislación sobre la materia.

6. Adoptar los criterios para brindar la capacitación, asesoría y asistencia técnica en materia de consulta previa.

7. Identificar y articular a las entidades públicas y sector privado cuya concurrencia se requiera en la programación, previsión, identificación, realización y gestión de los procesos de consulta previa.

8. Identificar los sistemas de información que se requieran para el cumplimiento de las funciones de la Dirección e impartir las directrices para su administración e interoperabilidad con sistemas de información de otras entidades del Estado.

9. Dirigir la consolidación, actualización y custodia de la información sobre los procesos

de consulta previa, así como promover el conocimiento y difusión de los mismos [sic] y de su marco jurídico.

10. Fijar los lineamientos para el seguimiento a los acuerdos alcanzados en los procesos de consulta previa, según los plazos y condiciones acordados e informar sobre el cumplimiento a las autoridades competentes.

11. Dirigir y promover estudios del impacto económico de los proyectos sobre las comunidades étnicas, el costo de oportunidad de su no realización, la cuantificación de las afectaciones directas y de las medidas acordadas, así como llevar las estadísticas pertinentes sobre las compensaciones e intervenciones que se tasen e implementen.

12. Expedir los actos administrativos mediante los cuales se da por concluido el procedimiento administrativo de consulta previa.

13. Resolver en segunda instancia los recursos que se interpongan contra los actos administrativos proferidos por las Subdirecciones de la Dirección.

14. Administrar el Fondo de la Dirección de Consulta Previa, creado en el artículo 161 de la Ley 1955 de 2019 y gestionar la ejecución de los recursos, de acuerdo a su destinación legal.



15. Determinar los parámetros y aprobar la programación anual de los recursos provenientes de la tasa por la realización de la consulta previa.

16. Efectuar el seguimiento de los procesos relacionados con el control de programas, proyectos, planes estratégicos y de acción de su competencia, generar los indicadores y verificar que se encuentren acordes con lo dispuesto por la Oficina Asesora de Planeación del Ministerio del Interior y definir la propuesta de ajustes a los mismos [sic].

17. Administrar, de conformidad con las normas vigentes, los bienes y recursos destinados para el funcionamiento de la Dirección y responder por su correcta aplicación o utilización.

18. Elaborar y presentar, en coordinación con la Subdirección Corporativa y la Oficina Asesora de Planeación, para aprobación del Ministro, el plan estratégico y el anteproyecto de presupuesto de la Dirección.

19. Llevar en contabilidad separada de la del Ministerio, la contabilidad de los fondos y cuentas a cargo de la Dirección y remitirla para su consolidación, de acuerdo con los lineamientos que para el efecto defina el Ministerio.

20. Reportar a la Subdirección Administrativa y Financiera del Ministerio, la información relacionada con su gestión, en los sistemas de información que disponga el Ministerio.

21. Las demás funciones asignadas que correspondan a la naturaleza de la dependencia (Decreto 2353 de 2019).

Tenemos así, como ya lo habíamos advertido, que la Autoridad Nacional de Consulta Previa, como dirección del Ministerio del Interior encargada de los procesos de consulta, tendrá una responsabilidad general encaminada a asesorar al ministro en la definición de macropolíticas en esta materia, propiciando siempre el respeto y la garantía de este derecho fundamental de acuerdo con la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional. Mientras que las direcciones se encargarán de los aspectos administrativos y operativos de las consultas previas propiamente dichas. Así, la Subdirección Técnica de Consulta Previa, por ejemplo, tiene la labor de desarrollar las actividades previas para la definición de la procedencia o no de una consulta, verbigracia, las multimencionadas certificaciones de población étnica en las que insiste la Sentencia SU-123 de 2018; la Subdirección de Gestión de Consulta Previa, interviene en los aspectos procedimentales y de la dinámica de cada proceso de consulta previa cuando ya estos han empezado, y, finalmente, la Subdirección Corporativa ayudará en asuntos relacionados con la contratación y la estructuración del presupuesto que son menester

para el funcionamiento de la dirección en general, entre otras cosas.

Finalmente, el Ministerio Público no solo puede, sino que es su deber constitucional, intervenir y participar en estos procesos para garantizar el cumplimiento y el goce efectivo del derecho de consulta previa a las comunidades plurales, pues así lo establece el artículo 277-2 de la ley fundamental: «Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo» (República de Colombia, 1991).

Por esta razón tanto la Procuraduría General de la Nación por intermedio de la Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos, como la Defensoría del Pueblo mediante su Delegada para Grupos Étnicos tienen, según su manual de funciones, la de «Acompañar y asesorar a los grupos étnicos para la exigibilidad de sus derechos, la promoción del desarrollo de políticas públicas, planes o programas para su protección y el fortalecimiento de sus procesos de participación» y es por medio de estas que el Ministerio Público hace presencia en los procesos de consulta previa. Las distintas personerías municipales, según la magnitud que cada una de ellas tenga de acuerdo con el municipio al que pertenezcan, podrán intervenir por intermedio del personero de manera directa o de las personerías delegadas pertinentes, puesto que también son garantes de los derechos humanos y fundamentales de la ciudadanía y como agencia integrante del Ministerio Público en Colombia.

### 2.2.5.2. Protocolo interinstitucional para la consulta previa

La falta de reglamentación legal del derecho fundamental de consulta previa a grupos étnicos por medio de la ley estatutaria como corresponde, según el artículo 152 de la Constitución, ha dejado los espacios suficientes para que el ejecutivo penetre en asuntos que quizá ya estarían resueltos mediante la ley estatutaria de consulta. Pero, además, es recurrente consultante el Estado mismo por intermedio de las distintas medidas administrativas y legislativas que este impulsa y que deben pasar por el deber de consulta, por lo que como a estas alturas de lo expuesto se hace evidente, el presidente y el Ministerio del Interior han sido prolíficos en la expedición de actos tendientes a darle operatividad a este derecho, por lo que se entenderá su interés en que no haya vacíos que impidan poder adelantar los procesos de efectividad de este derecho de comunidades negras o indígenas de manera célere.

Los actos administrativos y las leyes que pueden ser objeto de consulta previa a las comunidades étnicas o plurales es tan variada, pues temas ambientales, de tierras, de víctimas, penales, de administración pública, de explotación de recursos naturales, de administración de justicia, de desarrollo, y muchas otras materias que recogen casi toda la actividad estatal, pueden ser objeto de interés y por tanto de deber de consulta a estas comunidades, de hecho, ya lo han sido, y por ello, los procesos de consulta recogen la necesidad de la

participación de casi todas las entidades del Estado, en particular de la administración pública. La intervención de casi una docena de entidades públicas en un solo proceso de consulta solía empantanar los escenarios de diálogo y la concreción de acuerdos. La variedad de conceptos, y de coordinación interinstitucional que a veces se evidenciaba hasta en posiciones disímiles y contradictorias por completo, frustraban la garantía plena del derecho de consulta previa y muchas obras o actividades terminaban por frenarse o en el mejor de los casos demoraban tiempos excesivos que a la postre perjudicaban a las comunidades mismas.

El Decreto 2613 de 2013 fue expedido con el objeto de erradicar por completo las disparidades institucionales, las posiciones contradictorias, los estados de incertidumbre institucional y determinar un procedimiento de articulación que diera una visión clara en el Gobierno y sus distintos organismos para que, de manera articulada, representen los intereses del Estado en los procedimientos de consulta previa.

Las anteriores razones son justamente las motivaciones que se pueden leer en el mentado decreto:

Que las entidades públicas involucradas deben aunar esfuerzos y coordinar sus funciones para garantizar que los procesos de consulta previa se desarrollen de manera oportuna y respetuosa de las comunidades étnicas;

Que es deber del Gobierno Nacional y del Estado garantizar el goce efectivo de los derechos de las comunidades étnicas y la implementación de la Consulta Previa como mecanismo para su protección y pervivencia, por lo que se hace necesario establecer disposiciones que permitan una mejor coordinación interinstitucional para la garantía de este derecho;

Que la sincronización de las competencias correspondientes exige la adopción de un Protocolo de Coordinación Institucional;

Que la expedición del citado protocolo busca facilitar la coordinación interna de las entidades públicas involucradas, a efectos de garantizar la integración de las competencias correspondientes y la distribución eficaz de los recursos, así como la eficiente circulación de la información relevante; garantizar la transparencia en los procesos de consulta previa, así como permitir el seguimiento al cumplimiento de los deberes de los funcionarios de las entidades responsables, en el ejercicio de sus respectivas competencias, [...] (Decreto 2613 de 2013).

En efecto, el decreto señala como su objeto en su artículo 1.º lo siguiente:

Artículo 1º. Definición y objetivo. Adóptase el Protocolo de Coordinación Interinstitucional

para la Consulta Previa como mecanismo de coordinación entre las entidades públicas, destinado a facilitar el enlace de las responsabilidades correspondientes y a compartir criterios e información actualizada que sirvan de soporte para la expedición de las certificaciones de presencia de comunidades étnicas y para el desarrollo mismo de la Consulta Previa.

Desde su implementación, se ha entendido que este protocolo de coordinación interinstitucional ha de ser la pauta interna de las instituciones gubernamentales para prepararse y articularse con las otras entidades públicas en el marco de las consultas previas, y que por ello, tiene un carácter permanente que debe ser observado en todo momento.

Ahora, este protocolo debe ser implementado en los siguientes casos:

- a) En los proyectos prioritarios, presentados y monitoreados por el gerente de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos (Pines), de acuerdo con lo establecido en el documento Conpes 3762, sobre lineamientos de política para el desarrollo de proyectos de interés nacional y estratégicos;
- b) En proyectos concretos que enfrenten dificultades de gestión durante el desarrollo de la consulta previa, cuando lo solicite el Gerente

de los PINES. En estos casos se convocarán las instancias requeridas y, si se considera conveniente, un comité de respuesta inmediata;

c) Cuando el Comité Técnico o el Gerente de los PINES consideren conveniente asignar a ciertas entidades tareas específicas sobre asuntos que no son objeto de consulta, pero que favorecen la dinamización de la misma [sic].

Ahora, teniendo en cuenta lo que ya explicamos del Decreto 2353 de 2019 que reestructuró la institucionalidad del Ministerio sobre consulta previa y también determinó algunas cuestiones sobre las certificaciones de presencia de comunidades étnicas, el Decreto 2613 contempló al respecto de estas certificaciones, las siguientes reglas:

Artículo 5°. Oportunidad para la solicitud de certificado de presencia de comunidades étnicas. Las entidades públicas o ejecutores de los PCA que requieran la certificación de presencia de comunidades étnicas elevarán la solicitud en los siguientes momentos, según el sector de que se trate:

a) Hidrocarburos-La Agencia Nacional de Hidrocarburos y/o el titular del contrato, solicitará la certificación una vez se hayan adjudicado y suscrito los contratos de las áreas hidrocarburíferas ofrecidas en los procesos competitivos o de asignación directa;



b) Transmisión de energía-La Unidad de Planeación Minero Energética [sic] solicitará la certificación una vez se adopte mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía, las obras definidas en el Plan de Expansión de la UPME;

c) Generación de Energía-El ejecutor del PCA, solicitará la certificación a partir de la inscripción en fase 2 del registro de proyectos de generación de la UPME;

d) Infraestructura-Las entidades del sector solicitarán la certificación una vez se publiquen en el Secop la contratación de los estudios o estructuraciones de los proyectos o cuando el proyecto ha sido declarado de utilidad pública o de interés social.

El Gobierno Nacional podrá definir la pertinencia de establecer momentos específicos de solicitud de certificado de presencia de comunidades étnicas en otros sectores.

Artículo 6°. Información necesaria para expedir la solicitud de certificación de presencia de comunidades étnicas. Para la expedición del certificado de presencia de comunidades étnicas, la Dirección de Consulta Previa requerirá de la entidad responsable del PCA o del ejecutor del proyecto, la descripción del proyecto y su área de influencia.

La Dirección de Consulta Previa podrá solicitar otros insumos que se requieran para adelantar el proceso de certificación.

Artículo 7°. Entidades encargadas de suministrar la información para la identificación de presencia de comunidades étnicas. Para la identificación de presencia de comunidades étnicas, la Dirección de Consulta Previa se valdrá, entre otras, de la información suministrada por las siguientes entidades:

a) El Incoder suministrará de manera expedita a la Dirección de Consulta Previa las bases de datos sobre resguardos indígenas y títulos colectivos de comunidades negras. No será necesaria una certificación adicional por parte del Incoder;

b) Las autoridades municipales o distritales proveerán a la Dirección de Consulta Previa de información sobre el carácter urbano o rural de un predio según el Esquema de Ordenamiento Territorial, Plan Básico de Ordenamiento Territorial o Plan de Ordenamiento Territorial del respectivo municipio o distrito.

La Dirección de Consulta previa podrá acudir a la verificación de campo, cuando la información suministrada por otras entidades o por el ejecutor de la POA no sea suficiente para determinar la presencia de comunidades étnicas.

La información solicitada por la Dirección de Consulta Previa será atendida por las demás instituciones del Estado de manera expedita (Decreto 2613 de 2013).

Como advertimos, aunque la institucionalidad encargada de las certificaciones de presencia de grupos étnicos como requisito *sine qua non* para los procesos de consulta previa varió con el Decreto 2353 de 2019, deberá observarse lo que corresponda y sea actualmente aplicable.

Quizá lo más valioso del decreto son las reglas relacionadas con las etapas de preparación interinstitucional y seguimiento a los protocolos o acuerdos acordados con las comunidades consultadas. Se supone que debe existir una reunión de coordinación procedente una vez certificada la presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia del POA, y previo a iniciar el contacto con ellas, la Dirección de Consulta Previa podrá realizar una reunión de coordinación entre las distintas entidades públicas y organizaciones involucradas con el fin de determinar el plan de trabajo y de optimizar los recursos para la realización de la consulta.

Si se trata de un proyecto PINE, la coordinación la dirigirá el gerente del comité técnico del sector correspondiente. Las convocatorias, estarán a cargo de la Dirección de Consulta Previa y esta misma tendrá la responsabilidad de dirigir las reuniones de consulta previa.

La Dirección de Consulta Previa dirigirá las reuniones del proceso de consulta, garantizará la participación de todos los sujetos involucrados y buscará, en lo posible, la suscripción de acuerdos entre las autoridades, los responsables del POA y las comunidades étnicas.

Si durante el desarrollo de la consulta surgen temas que requieren tratamiento especializado de una autoridad no convocada por la Dirección de Consulta Previa, esta podrá citarla para que intervenga en las discusiones. No obstante, si los temas a que se refiere el inciso anterior son ajenos al objeto de la consulta, la Dirección podrá remitirlos a las autoridades competentes para que estas presten el apoyo correspondiente.

Por último al respecto de los asuntos prácticos, operativos o procedimentales de la consulta previa a comunidades étnicas, resta decir sobre los recursos económicos con los que se financian todos los procesos de consulta, que al inicio cuando la consulta previa empezó a adquirir connotación constitucional o administrativa en el desarrollo de las actividades estatales que debían ser objeto de consulta, por un lado, y, por otro, por las actividades privadas en especial, los proyectos de explotación de recursos naturales, se discutía si estos procesos debían ser financiados siempre y enteramente por el Estado o por los privados interesados en adelantar alguna consulta. Había una polarización al respecto, pues se consideraba que, en el caso de los POA de iniciativa privada no debían ser

financiados con recursos provenientes del interesado en el proyecto, pues se contaminaba así el proceso a favor del privado interesado, y que en su lugar debía ser siempre y en todo caso, el Estado quien lo hiciera. Más cuando esa financiación se hacía de manera directa entre las empresas y las comunidades con recursos económicos bailando en medio de la mesa de diálogo que sostenían las partes, lo cual resultaba ser indecoroso o, por lo menos, mal visto para la legitimidad y la transparencia de los procesos de consulta previa.

Hoy esa discusión ha perdido completa trascendencia pues en la práctica aunque los privados interesados en los procesos de consulta hayan financiado algunos de ellos, las comunidades étnicas siempre han mantenido su coherencia y firmeza en sus posturas de defensa de sus derechos y territorio.

Sin embargo, el tema ya ha sido superado legalmente por el artículo 161 de la Ley 1955 de 2019 en gran parte debido a la creación de una tasa que se supone nutre un fondo para el financiamiento de los procesos de consulta previa; así el pago corresponde a los privados interesados en adelantar procesos de consulta previa, pero son administrados y ejecutados por el Estado por medio del Ministerio del Interior quien es la entidad encargada de administrar dicho fondo.

**ARTÍCULO 161. Tasa por la Realización de la Consulta Previa.** El interesado en que se adelante una consulta previa deberá pagar al

Ministerio del Interior- Fondo de la Dirección de Consulta Previa que se constituya como patrimonio autónomo a través de un contrato de fiducia mercantil, una tasa por los servicios de coordinación para la realización de la consulta previa y por el uso y acceso a la información sobre presencia de comunidades. Los recursos del cobro de esta tasa entrarán al Fondo de la Dirección de Consulta Previa y serán utilizados para sufragar los servicios a los que hace referencia el presente artículo.

De conformidad con el artículo 338 de la Constitución Política, la tasa incluirá:

a) Los costos de honorarios de los profesionales necesarios para realizar la ruta metodológica y la preconsulta, así como, los costos de viáticos y gastos de viaje de traslado de los mencionados profesionales.

b) Los costos de honorarios de los profesionales necesarios para el desarrollo del procedimiento de consulta previa, así como, los costos de viáticos y gastos de viaje de traslado de los mencionados profesionales.

c) Los costos correspondientes al uso y acceso a la Información sobre presencia de comunidades.

Los costos señalados en el literal b) del presente artículo se calcularán de conformidad

con la ruta metodológica acordada entre las partes y la preconsulta. A este cálculo se adicionará un porcentaje del 1% del valor inicial para imprevistos.

El costo señalado en el literal c) del presente artículo corresponderá al 1% del valor final de los componentes a) y b).

El Ministerio del Interior deberá fijar anualmente el valor de los honorarios y viáticos de los profesionales contratados para llevar a cabo el procedimiento de la consulta previa.

La tarifa será liquidada en dos etapas. En una primera se determinará el valor de los costos señalados en el literal a) que deberá ser pagada antes del inicio del trámite. Una segunda correspondiente a los numerales b) y c) dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al acuerdo de la ruta metodológica (Ley 1955 de 2019).





## Anexo

### Ley 21 de 1991 (Marzo 4)

Diario Oficial No. 39.720, marzo 6 de 1991.

*Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989*

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

CONVENIO 169

CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

EN PAÍSES INDEPENDIENTES

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;

Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no puedan gozar de los derechos humanos fundamentales en el

mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (numeral 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957,

Adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989;

PARTE I.  
POLÍTICA GENERAL

ARTÍCULO 10.

1. El presente Convenio se aplica:

a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

#### ARTÍCULO 20.

1. Los gobiernos deberán 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.

2. Esta acción deberá incluir 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 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.

## ARTÍCULO 30.

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.

Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

## ARTÍCULO 40.

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

## ARTÍCULO 50.

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c) 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.

#### ARTÍCULO 6o.

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.

#### ARTÍCULO 7o.

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe 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. 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.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá



ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

#### ARTÍCULO 8o.

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico

nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecer procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

#### ARTÍCULO 90.

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

#### ARTÍCULO 10.

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

## ARTÍCULO 11.

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

## ARTÍCULO 12.

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

PARTE II.  
TIERRAS.

## ARTÍCULO 13.

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

#### ARTÍCULO 14.

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberá instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

## ARTÍCULO 15.

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

## ARTÍCULO 16.

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios,

sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

## ARTÍCULO 17.

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

## ARTÍCULO 18.

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas [sic] por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

## ARTÍCULO 19.

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

a) La asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

b) El otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

### PARTE III.

#### CONTRATACIÓN Y CONDICIONES DE EMPLEO

##### ARTÍCULO 20.

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

a) Acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;

b) Remuneración igual por trabajo de igual valor;



c) Asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;

d) Derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derechos a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

a) Los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;

b) Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;

c) Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no están sujetos a sistemas de contratación

coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;

d) Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

PARTE IV.  
FORMACIÓN PROFESIONAL, ARTESANÍA  
E INDUSTRIAS RURALES

ARTÍCULO 21.

Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

ARTÍCULO 22.

1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.

2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.

3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación si así lo deciden.

#### ARTÍCULO 23.

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

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

## PARTE V. SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD

### ARTÍCULO 24.

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

### ARTÍCULO 25.

1. Los gobiernos deberán velar porque se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como

sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, mantenimiento al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

## PARTE VI

### EDUCACIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

#### ARTÍCULO 26.

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

#### ARTÍCULO 27.

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus

sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

#### ARTÍCULO 28.

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas [sic].

#### ARTÍCULO 29.

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

#### ARTÍCULO 30.

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

#### ARTÍCULO 31.

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar

los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

#### PARTE VII.

##### CONTACTOS Y COOPERACIÓN A TRAVÉS DE LAS FRONTERAS.

#### ARTÍCULO 32.

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente.

#### PARTE VIII.

##### ADMINISTRACIÓN

#### ARTÍCULO 33.

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.



2. Tales programas deberán incluir:

a) La planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;

b) La proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

#### PARTE IX.

#### DISPOSICIONES GENERALES

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

#### ARTÍCULO 35.

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

#### PARTE X.

#### DISPOSICIONES FINALES.

#### ARTÍCULO 36.

Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957.

### ARTÍCULO 37.

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

### ARTÍCULO 38.

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

### ARTÍCULO 39.

1. Todo miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la

expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

#### ARTÍCULO 40.

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los miembros de la Organización.

2. Al notificar a los miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

#### ARTÍCULO 41.

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre toda las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

## ARTÍCULO 42.

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

## ARTÍCULO 43.

En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) La ratificación, por un miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) A partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el Convenio revisor.

ARTÍCULO 44.

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

La suscrita Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores,

HACE CONSTAR:

Que la presente reproducción es fotocopia fiel e íntegra del texto certificado del «Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países Independientes», adoptado por la Septuagésima Sexta Reunión de la Conferencia General del Trabajo, Ginebra, 1989, que reposa en los archivos de la División de Asuntos Jurídicos —Sección Tratados— del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Dada en Bogotá, D. E., a los 6 días del mes de diciembre de 1989.

La Jefe de la División de Asuntos Jurídicos,

FULVIA ELVIRA BENAVIDES COTES.

Rama Ejecutiva del Poder Público - Presidencia de la República

Bogotá, D. E., 18 de diciembre de 1989.

Aprobado. Sométase a la consideración del honorable Congreso Nacional para los efectos constitucionales.

(Fdo.) VIRGILIO BARCO

El Ministro de Relaciones Exteriores,

(Fdo.) JULIO LONDOÑO PAREDES.

DECRETA:

**ARTÍCULO 10.** Apruébase el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. Reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989.

**ARTÍCULO 20.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10. de la Ley 7a. de 1944 el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. Reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989, que por el artículo primero de esta Ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional.

**ARTÍCULO 30.** La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación.

## Bibliografía

ABELLO, C. J. (2012). Consulta previa en casos de minería para comunidades indígenas y tribales. *Transpasando Fronteras: Revista Estudiantil de Asuntos Transdisciplinarios*, (2), 11-124. Bogotá, Colombia. ISSN-e 2322-9152, ISSN 2248-7212.

AFRODES (2009). *Informe presentado al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial —CERD—*. Bogotá, Colombia.

AFRODES, CNOA y otros. Insumos para Política Pública de prevención y atención al desplazamiento forzado y confinamiento de la Población Afrocolombiana; Planeta Paz (2004). Ponencia «Economías extractivas, Inequidad y exclusión». En Foro sobre el Pacífico, Cali. En PCN (julio de 2007). ACNUR, AFRODES y Conferencia Nacional Afrocolombiana. Lineamientos para la construcción de una política pública de atención diferenciadas a la población afrocolombiana en situación de desplazamiento y confinamiento, Documento Borrador, Bogotá. pp. 25-26.

ALEXY, R. (2010). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ANAYA, J. (2011). *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en América Central*. Nueva York. Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. pp. 30 y 31.

ARANGO, C. (1985). *FARC 20 años: de Marquetalia a la Uribe*. Bogotá, Colombia. Ediciones Aurora.

ARIZA SANTA MARÍA, R. (2013). *Pueblos indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá. Universidad del Rosario-Fundación Konrad Adenauer.

AROCHA, J. (2016, 14 de marzo). Comisión Étnica para la Paz. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/jaime-arocha/comision-etnica-para-la-paz-column-622131/>.

BECERRA BECERRA, C. A. (2009). Construcción del Puerto Brisa en territorio ancestral, destrucción del cerro sagrado Jukulwa y desconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas koguis, arhuacos, kankuamos y wiwas de la Sierra Nevada de Santa Marta. *El Otro Derecho, El derecho a la consulta previa en América Latina*.



*Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas.* (40), 97-122. Bogotá.

BOBBIO, N. (1993). *Teoría general del derecho*. Madrid, España. Debate, Temis.

CARMONA CALDERA, C. (2013). Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del Convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas. *Revista Ius et Praxis*, 19(2), 301-334. Universidad de Talca —Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales—, Santiago de Chile. ISSN 0717-2877.

CHARRIS BENEDETTI, J. P. (2014, julio-diciembre). El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la administración pública. *Revista Derecho del Estado* (33), 123-147. Bogotá, ISSN 0122-9893.

CODHES (2013). *La crisis humanitaria en Colombia persiste. el Pacífico en disputa. Informe de Desplazamiento 2012*. Bogotá, Colombia. CODHES.

COMISIÓN ÉTNICA PARA LA PAZ Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS TERRITORIALES. (2016). *Comunicado a la opinión pública N.º 2*. Bogotá. Organización Nacional Indígena de Colombia —ONIC— y Consejo Nacional de Paz Afrocolombiano —CONPA—.

CONSEJO NORUEGO DE LOS REFUGIADOS (2014). *Desplazados internos por los conflictos y la violencia*. (s. l.).

CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 005 de 2009 (26 de enero). Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a005-09.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL (2013). *Diálogo constitucional para la paz, Memorias del IX conversatorio de la jurisdicción constitucional de Colombia*. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad del Rosario, Legis Editores y Konrad Adenauer Stiftung.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-574 de 1992 (28 de octubre). M. P. Ciro Angarita Barón. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1992/C-574-92.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-594 de 1992 (9 de diciembre). M. P. Jorge Gregorio Hernández Galindo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-594-92.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-295 de 1993 (29 de julio). M. P. Carlos Gaviria Díaz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-295-93.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995 (18 de mayo). M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-039 de 1997 (3 de febrero). M. P. Antonio Barrera Carbonell. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-169 de 2001 (14 de febrero). M. P. Carlos Gaviria Díaz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-169-01.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2002 (14 de mayo). M. P. Eduardo Montealegre Lynett. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-370-02.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-880 de 2006 (26 de octubre). M. P. Álvaro Tafur Galvis. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-880-06.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 de 2008 (23 de enero). M. P. Rodrigo Escobar Gil. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-030-08.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461 de 2008 (14 de mayo). M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-461-08.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-175 de 2009 (18 de marzo). M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-175-09.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-154 de 2009 (12 de marzo). M. P. Nilson Pinilla Pinilla. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-154-09.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-769 de 2009 (29 de octubre). M. P. Nilson Pinilla Pinilla. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-769-09.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-366 de 2011 (11 de mayo). M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-366-11.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-129 de 2011 (3 de marzo). M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-362 de 2011 (6 de mayo). M. P. Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-362-11.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-051 de 2012 (7 de febrero). M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-051-12.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-077 de 2012 (15 de febrero). M. P. Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-077-12.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-196 de 2012 (14 de marzo). M. P. María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-196-12.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-293 de 2012 (18 de abril). M. P. José Ignacio Pretelt Chaljub. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-293-12.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-398 de 2012 (30 de mayo). M. P. Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-398-12.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-001 de 2012 (11 de enero). M. P. Juan Carlos Henao Pérez. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-001-12.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-513 de 2012 (6 de julio). M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-513-12.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-52 de 2013 (8 de febrero). M. P. Nilson Pinilla Pinilla. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-052-12.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-576 de 2014 (4 de agosto). M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-576-14.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-702 de 2014 (15 de septiembre). M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-702-14.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-379 de 2016 (18 de julio). M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-123 de 2018 (15 de noviembre). M. P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU123-18.htm>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 1989 (15 de junio). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y costas, párr. 30.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Caso Aloeboetoe vs. Surinam, párr. 43.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Caso comunidad Mayagana (sumo) awas tingni vs. Nicaragua.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 15 de junio de 2005. Caso comunidad moiwana vs. Surinam.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 29 de marzo de 2011. Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay.

DANE (2005). Censo general. Marco geoestadístico nacional, 2004. Espacializado en: Dirección de Geostadística. <http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/etnias.pdf>.

DANE (2015, 28 de mayo). Censo. <http://www.dane.gov.co/censo/files/presultados.pdf>.

DECRETO 1397 de 1996, 8 de agosto, por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictar otras disposiciones. *Diario Oficial* 42853, año CXXXII. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1279607>.

DECRETO 1320 de 1998, 13 de julio, 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. *Diario Oficial* 43340. [https://www.igac.gov.co/sites/igac.gov.co/files/normograma/decreto\\_1320\\_de\\_1998.pdf](https://www.igac.gov.co/sites/igac.gov.co/files/normograma/decreto_1320_de_1998.pdf).

DECRETO-LEY 2893 de 2011, 11 de agosto, por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior. *Diario Oficial* 48158. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2893\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2893_2011.html).

DECRETO 2613 de 2013, 20 de noviembre, por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa. *Diario Oficial* 48980. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1472845>.

DECRETO 1372 de 2018, 2 de agosto, por el cual se adiciona el Capítulo 4, al Título 1, de la Parte 5, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, para regular el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y se dictan otras disposiciones. *Diario*



Oficial 50673. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30035576>.

DECRETO 2353 de 2019, 26 de diciembre, por el cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y se determinan las funciones de algunas dependencias. *Diario Oficial* 51178. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2353\\_2019.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2353_2019.html).

DIRECTIVA PRESIDENCIAL 001 de 2010, 26 de marzo, garantía del derecho fundamental a consulta previa de los grupos étnicos nacionales. [https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/13\\_directiva\\_presidencial\\_01\\_de\\_2010.pdf](https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/13_directiva_presidencial_01_de_2010.pdf).

DIRECTIVA PRESIDENCIAL 010 de 2013, 7 de noviembre, guía metodológica para la realización del proceso de consulta previa con comunidades étnicas. Desarrolla de forma delimitada los procesos de certificación de presencia o no de comunidades étnicas y el desarrollo metodológico de las consultas previas. <https://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/directiva-presidencial-ndeg-10-del-07-de-noviembre-2013>.

DWORKIN, R. (2007). *Los derechos en serio*. Barcelona, España. Ariel.

DWORKIN, R. (2012). *El imperio de la justicia*. Barcelona, España. Gedisa.

FARC-EP (2002). *Revista Resistencia* (30), Edición Internacional (jul-oct). AH-FARC-EP (Sección Libros).

FORO INTERÉTNICO SOLIDARIDAD CHOCÓ —FISCH— (2010). Mandato de consulta previa en el Chocó. .

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*. Washington D. C. Fundación para el Debido Proceso.

GAITÁN GARCÍA, O. L. (2012). *El derecho fundamental a la consulta previa: línea jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia*. Bogotá, Colombia. COHDES.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (2008). *Curso de derecho administrativo. Tomo II*. Bogotá-Lima. Temis-Palestra.

GARCÍA SERRANO, F. (2014). Territorialidad y autonomía, proyectos minero-energéticos y consulta previa: el caso de los pueblos indígenas de la Amazonia ecuatoriana. *Revista Anthropologica*, 32(32). Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Ecuador.

HART HERBET, L. A. (2009). *El concepto del derecho*. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS — IIDH— (2016). *El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas*. San José, Costa Rica. IIDH. ISBN 978-9930-514-09-2.

KANT, E. (2013). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México D. F. Porrúa.

KELSEN, H. (2001). *¿Qué es la justicia?* México D. F. Distribuciones Fontamara.

KELSEN, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. México D. F. Porrúa.

LEY 21 de 1991, 4 de marzo, por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76.ª reunión de la Conferencia General del OIT, Ginebra 1989. *Diario Oficial* 39720, año CXXVII. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30036488>.

LEY 70 de 1993, 27 de agosto, por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. *Diario Oficial* 41013. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0070\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0070_1993.html).

LEY 99 de 1993, 22 de diciembre, 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. *Diario Oficial* 41146. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30036488>.

LEY 489 de 1998, 29 de diciembre, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 43464, año CXXXIV. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30036488>.

LEY 1437 de 2011, 18 de enero, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA. *Diario Oficial* 47956, año CXLV. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30036488>.

LEY 1955 de 2019, 25 de mayo, por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. «Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad». *Diario Oficial* 50964, año CLV. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30036488>.

MEDINA GALLEGO, C. (2010). *FARC-EP, Notas para una historia política*. Bogotá, Colombia. Universidad Nacional de Colombia.

MESA PERMANENTE DE CONCERTACIÓN CON LOS PUEBLOS Y ORGANIZACIONES INDÍGENAS (2020, 17 de julio). Cuando y desde cuándo. <https://www.mpcindigena.org/index.php/la-mpc/cuando-y-desde-cuando>.

MORALES ALZATE, J. J. (2013). *Consulta previa: un derecho fundamental*. Bogotá, Colombia. Consultores.

NARANJO MESA, V. (2010). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 11.<sup>a</sup> ed. Bogotá, Colombia. Temis.

NAVARRO SMITH, A., BRAVO ESPINOSA, Y. y LÓPEZ-SAGÁSTEGUI, C. (2014). Derechos colectivos y consulta previa: territorio cucapá y recursos pesqueros en baja California, México. *Revista Colombiana de Sociología*, 37(2), 43-64.

LÓPEZ FLORES, J. A. (2007). *Autonomía indígena en el Chocó*. Quibdó, Colombia. Centro de Estudios Étnicos.

LÓPEZ VYHMEISTER, R. y MOHR AROS, T. (2014). Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de normas previstas y de su trato en la jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? *Revista de Derecho*, 27(1), 105-126. ISSN 0716-9132.

LUCIANO PAREJO, A. (2011, 18 de enero). Palabras pronunciadas en el acto de lanzamiento del

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO —OIT— (2003). *Convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales. Un manual*. Ginebra. Organización Internacional del Trabajo. ISBN 92-2-312056-X.

PATIÑO PALACIOS, L. A. (2012) Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas. - *Anuario Colombiano de Derecho Internacional —ACDI—*, 7, 69-111. DOI: [dx.doi.org/10.12804/acdi7.2014.03](https://doi.org/10.12804/acdi7.2014.03).

PROTOCOLO DE CONSULTA PREVIA, libre, informada y vinculante para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de áreas rurales y urbanas (2013). En el marco del Congreso Nacional de estos grupos étnicos. Aprobada en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero llevado a cabo en la ciudad de Quibdó (Chocó) entre el 23 y 27 de agosto.

RADBRUCH, G. (1999). *Relativismo y derecho*. Bogotá, Colombia. Temis.

RAWLS, J. (2012). *Teoría de la justicia*. México D. F. Fondo de Cultura Económica.

RED DE OBSERVADORES DE LA CONSULTA PREVIA EN AMÉRICA LATINA —RED OBSERVA— (2016). <https://redaccion.>

lamula.pe/2016/04/06/organismo-mundial-minero-critica-a-la-snmpe-por-declaraciones-contr-la-consulta-previa/victorliza/.

REPÚBLICA DE COLOMBIA (1991). *Constitución Política*. *Gaceta Constitucional*, N.º 114, 4 de julio de 1991.

RESTREPO, E. (2013). *Articulaciones de negritud: políticas y tecnologías de la diferencia en Colombia en hegemonía cultural y política de la diferencia*. CLACSO. *Hegemonía cultural y políticas de la diferencia*. pp. 147-163. Buenos Aires. CLACSO.

RODRÍGUEZ GARAVITO; M. M.; ORDUZ SALINAS, N.; BURITICÁ, P. (2010). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá. Universidad de los Andes.

RODRÍGUEZ, G. A. (2009). El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia. *El Otro Derecho, El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*. (40), 55-74.

RODRÍGUEZ, G. A. y MUÑOZ A., L. M. (2009). *La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio*. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad del Rosario.

NASH ROJAS, C. (2014). La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos. En: BAZÁN, V. y

ROJAS NASH, C. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. N.º 4. pp. 61-72. Serie Pluralismo Jurídico. Colombia-Chile. Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica Konrad Adenauer.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2007). *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo procedimiento, eficacia y validez*. Tomo II. 4.ª ed. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.

SALINAS ALVARADO, C. E. (2011). La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (27), 235-259. ISSN 0122-9893.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ. Sentencia 075 del 5 de octubre de 2009. M. P. Mirtha Abadía Serna.

UPRIMNY YEPES, R. (2001). El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá. Oficina Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

UPRIMNY YEPES, R. (2016, 20 de mayo). Paz multiétnica. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/rodrigo-uprimny/paz-multiétnica-column-623079/>.



VIDAL PERDOMO, J. (2010). *Derecho administrativo colombiano*. Bogotá, Colombia. Temis.

VON IHERING, R. (1993). *La lucha por el derecho*. Buenos Aires, Argentina. Heliasta.

WABGOU, M.; AROCHA RODRÍGUEZ, J. SALGADO CASSIANI, A. J.; CARABALÍ OSPINA, J. A. (2012). *Movimiento social afrocolombiano, negro raizal y palenquero*. Bogotá, Colombia. Universidad Nacional de Colombia.

EDITORIAL JURÍDICA SÁNCHEZ R. S.A.S.  
Calle 46 N.° 43-43  
PBX: (57-4) 444 44 98  
Medellín, Colombia

# LA CONSULTA PREVIA

*Un Análisis Crítico y Constitucional*

El presente libro es un trabajo extenso, detallado y crítico sobre el que quizás sea, el más efectivo y trascendental derecho fundamental étnico destinado a la protección de la integridad de los pueblos diversos en Colombia. La Consulta Previa, ha adquirido además, un relevante protagonismo como parámetro de control de constitucionalidad de importantes leyes de la vida nacional (Código de Minas, Planes Nacionales de Desarrollo, de Reparación de Víctimas y un largo etc. ) y consigo, ha puesto a las comunidades NARP, Indígenas y Room en el centro de las grandes discusiones de país. Por ello, hemos sido espectadores de un aumento inusitado de artículos e investigaciones que han intentado aterrizar la profusa jurisprudencia de la Corte que ya hace parte de la gran historia constitucional reciente de Colombia.

Sin embargo, como pocos, dentro de la ya escasa bibliografía nacional que existe sobre esta materia (nos referimos a libros completos sobre este derecho), el autor consagra un trabajo excesivamente prolijo y cuidadoso que logra mayor valor y legitimidad si se considera que quien escribe este texto, no solo es profesor universitario sobre la materia, o creador de la primera Facultad de Derecho con énfasis en Derecho Étnico aprobada por el MEN hace apenas dos años, sino que ha dedicado además sus últimos 15 años a trabajar en el territorio con Consejos Comunitarios y Resguardos Indígenas en el pacífico colombiano; por lo que, este trabajo, no solo ofrece un amplio contexto teórico sobre la Consulta, sino una útil y legítima mirada desde el territorio y la práctica real de este derecho de manos de un jurista de la región del Chocó que mezcla en su medida exacta, la descripción conceptual y dogmática de la Consulta Previa con la experiencia real desde las entrañas mismas de las comunidades.



   /Lijursanchez

