

GUSTAVO QUINTERO NAVAS

*Consulta previa a las comunidades indígenas, afrodescendientes y los pueblos tribales en Colombia: el papel garantista del juez constitucional*

ABSTRACT:

This article explores the process of prior consultation in the Colombian legal system. The Colombian Constitution and its Constitutional Court has recognized that Colombian's diversity requires legal instruments to guarantee the recognition of ethnical and cultural minorities' identities as part of the national identity. Those minorities constitute the 3.43% of the population and live in the 29.8% of the National territory. Colombia has ratified and incorporated literally the ILO Convention 169 through Statute No. 21, recognizing a series of minimum UN standards regarding consultation and consent of indigenous people prior to the exploration or exploitation of resources within their lands or any action that would impact their traditionally used resources. Nevertheless, the Government Decree 1320, from 1988, regulating the consultation process, was passed without consultation to ethnical minorities and, subsequently, its application has been troublesome and conflicting, and in some cases it was necessary to stop its application to consultations with indigenous communities. Therefore, the Constitutional Court established the way the consultation process should be carried and the requirements any future bill should fulfill. The conclusion is that prior consultation with indigenous communities has been a process of constant evolution, crucially promoted by an active judiciary.

KEYWORDS:

Colombian Constitution, minorities' protection, national identity

GUSTAVO QUINTERO NAVAS

*Consulta previa a las comunidades indígenas,  
afrodescendientes y los pueblos tribales en Colombia:  
el papel garantista del juez constitucional*

*1. Introducción – 2. Situación demográfica de las comunidades indígenas y pueblos tribales en Colombia: cifras que ilustran el carácter multicultural de la población – 3. Marco jurídico de la consulta previa en Colombia: de mecanismo de participación a derecho fundamental – 3.1. El Convenio No. 169 de la OIT y la Ley 21 de 1991: destinatarios y elementos de la consulta previa – 3.2. Los alcances de la consulta previa en la Constitución de 1991 – 3.3. La Consulta previa como derecho constitucional y fundamental – 3.4. El decreto 1320 de 1998: ¿La determinación del procedimiento para adelantar la consulta previa requería consulta previa? – 4. Consecuencias de la inaplicación del decreto 1320: el juez constitucional es quien define las reglas para adelantar la consulta previa – 5. Conclusión*

1. *Introducción*

La Constitución Política define a Colombia como un Estado democrático, participativo y pluralista<sup>1</sup> que tiene dentro de

<sup>1</sup> Artículo 1: «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada

sus principios fundamentales la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación<sup>2</sup>.

A lo anterior se suma el hecho que en Colombia un buen número de habitantes pertenece a un grupo étnico, con concepciones disímiles de la vida social y política, y en algunos casos con una lengua totalmente diferente al mayoritario, el castellano.

En esa medida, el reconocimiento de las comunidades diferenciadas que contribuyen a la conformación heterogénea de la nación colombiana, debe acompañarse con el desarrollo de «herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría[s] étnica[s] y cultural[es], organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales»<sup>3</sup>.

Dentro de ese grupo de herramientas jurídicas se encuentra la consulta previa a comunidades indígenas y pueblos tribales. En Colombia este mecanismo tiene plena vigencia gracias al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que hace parte del llamado *bloque de constitucionalidad*<sup>4</sup> y fue integrado al ordenamiento jurídico con la Ley 21 de 1991. Asimismo, existen diferentes normas de rango constitucional y legal que reconocen la consulta previa, y, adicionalmente, desde 1998 Colombia cuenta con un reglamento expedido por el Gobierno Nacional encaminado a instrumentar la consulta como un mecanismo de participación de las comunidades indígenas y negras.

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».

<sup>2</sup> Artículo 7 de la Constitución Política.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-175 del 18 de marzo de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>4</sup> Sobre la definición de bloque de constitucionalidad, la forma como ha sido aplicado este concepto en la jurisprudencia y la práctica jurídica colombiana, puede consultarse Uprimny Yepes 2006.

Sin embargo, el proceso de construcción e implementación de la consulta previa no ha estado exento de debates jurídicos; en algunos casos con intervención de organizaciones nacionales e internacionales.

Desde nuestra perspectiva, el juez constitucional ha dado respuesta a las controversias. En lo que se advierte como una posición garantista, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana no sólo identifica los fundamentos y determina el ámbito de aplicación de la consulta previa, sino que la reconoce como un derecho fundamental susceptible de ser tutelado, abriendo un nuevo marco jurídico que garantice la participación política de las minorías étnicas.

El siguiente escrito, iniciará con una corta reseña sobre la situación demográfica de las comunidades indígenas y pueblos tribales en Colombia (2). A continuación, revisaremos el marco jurídico de la consulta previa (3), para evidenciar las tensiones que ha generado la reglamentación de este mecanismo de participación (4) y concluir con la respuesta garantista del juez constitucional frente a las controversias suscitadas (5).

## *2. Situación demográfica de las comunidades indígenas y pueblos tribales en Colombia: cifras que ilustran el carácter multicultural de la población*

De acuerdo con el último censo realizado en el año 2005, en Colombia residen 1.392.623 indígenas que corresponden al 3.43% de la población total del país<sup>5</sup>. En Colombia existen 87 pueblos indígenas plenamente identificados. La mayoría de la población indígena se ubica en resguardos que ocupan una extensión de 34 millones de hectáreas, el 29.8% del

<sup>5</sup> DANE 2007.

territorio nacional, y se hablan 64 lenguas amerindias y una diversidad de dialectos que se agrupan en 13 familias lingüísticas<sup>6</sup>.

La población negra o afrocolombiana asciende a 4.311.757 de personas, un 10.62% del total de habitantes que se encuentran distribuidos en cuatro grupos importantes: los que habitan en el corredor del pacífico colombiano, los raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia y Santa Catalina, la Comunidad de San Basilio de Palenque y la población que reside en los municipios o las ciudades<sup>7</sup>.

El pueblo Rom o gitano está conformado por 4.858 personas que representan un 0.01% de la población del país<sup>8</sup>.

En total, un 14.06% de la población colombiana pertenece a algún grupo étnico o comunidad diferenciada<sup>9</sup>.

Las anteriores cifras evidencian que las comunidades indígenas, negras y pueblos tribales son una realidad étnica y culturalmente diversa a la que Colombia no puede dar la espalda<sup>10</sup>. En ese sentido, retomando el carácter participativo y democrático constitucionalmente consagrado, el Estado se encuentra llamado a implementar mecanismos que garanticen la participación política, la toma de decisiones y, en mayor medida, la supervivencia de estas comunidades,

<sup>6</sup> DANE 2007.

<sup>7</sup> DANE 2007.

<sup>8</sup> DANE 2007.

<sup>9</sup> DANE 2007.

<sup>10</sup> Debe resaltarse que paralelo a la Sexta Cumbre de las Américas, los días 12, 13 y 14 de abril de 2012 se realizó en Cartagena la V Cumbre de los Pueblos Indígenas y líderes sociales que culminó con una declaración reivindicando el «derecho de los pueblos a decidir sus políticas agrarias y asegurar su soberanía alimentaria, conservar y consumir sus productos nativos» (el texto de la declaración es disponible en: [http://www.cric-colombia.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=837:declaracion-de-la-v-cumbre-de-los-pueblos-cartagena-2012-](http://www.cric-colombia.org/index.php?option=com_content&view=article&id=837:declaracion-de-la-v-cumbre-de-los-pueblos-cartagena-2012-)).

tal como ocurre como la consulta previa, que revisaremos a continuación.

### 3. *Marco jurídico de la consulta previa en Colombia: de mecanismo de participación a derecho fundamental*

#### 3.1. *El Convenio No. 169 de la OIT y la Ley 21 de 1991: destinatarios y elementos de la consulta previa*

La 76ª reunión de la Conferencia Internacional de la OIT, aprobó el 27 de junio de 1989 el Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Uno de los pilares fundamentales de este instrumento internacional es la necesidad de realizar la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales.

Para entender el alcance del Convenio No. 169, lo primero que debemos hacer es identificar lo que podría denominarse su *ámbito personal de aplicación*, que en este caso se encuentra en la definición de “pueblo”<sup>11</sup> adoptada en este instrumento internacional.

De acuerdo con el artículo 1.1, el Convenio No. 169 se aplica a dos grupos:

- a) «los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen 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»;

<sup>11</sup> «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» (Convenio No. 169, artículo 1.3).

y

b) «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, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas».

Ahora bien, el artículo 1.2 señala que el elemento fundamental para determinar cuándo se aplica el Convenio No. 169 a un grupo determinado es «la conciencia de su identidad indígena o tribal».

Recogiendo lo dispuesto en los numerales 1.1 y 1.2 podemos afirmar que la determinación de los sujetos a los que van dirigidas las disposiciones del Convenio revisado requiere la comprobación de que ellos reúnen dos requisitos: (a) distinguirse de la colectividad nacional, por sus condiciones sociales culturales y económicas y estar regidos bajo sus propias costumbres, tradiciones o una legislación especial, o por descender de poblaciones que habitaban o habitan una zona determinada del país en la época de la conquista o la colonia y conservar sus instituciones sociales, políticas, económicas y culturales, independientemente de su situación jurídica; y (b) tener conciencia de su identidad indígena o tribal. Al primero de los requisitos podemos denominarlo “objetivo”, mientras que el segundo puede ser considerado “subjetivo”, con la particularidad de ser determinante al momento de identificar el “ámbito personal” de aplicación del instrumento internacional revisado

Los artículos 6 y 7 del Convenio No. 169 consagran la llamada “consulta previa” a los pueblos indígenas y tribales en dos casos: (i) cada vez que se prevea la adopción de

medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente (artículo 6) y (ii) cuando se fueren a realizar obras o actividades de desarrollo que puedan tener alguna incidencia social, económica y cultural sobre estos pueblos, garantizando el derecho a decidir sus prioridades en lo que atañe a los procesos de desarrollo que puedan involucrarlos (artículo 7).

*Artículo 6*

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

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

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

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

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

*Artículo 7*

«1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas,

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

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 por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan».

El 4 de marzo 1991, el Congreso de la República expidió la ley 21, que aprobó la totalidad del Convenio No. 169 de la OIT y lo adoptó como legislación para Colombia.

Sin alterar ninguno de sus artículos, la Ley 21 de 1991 recoge todas las previsiones sobre la consulta previa. Quiere decir lo anterior, que a partir del 6 de agosto de 1992, fecha de entrada en vigencia de la ley, en Colombia existe la obligación de consultar a los pueblos indígenas y tribales interesados en los dos casos previstos por los artículos 6 y 7

del Convenio No. 169, previa comprobación del “ámbito de aplicación personal” en cada caso.

### *3.2. Los alcances de la consulta previa en la Constitución de 1991*

El 4 de julio de 1991 se promulgó la Constitución Política de Colombia<sup>12</sup> (C.P.). La Carta consagró como uno de los principios fundamentales del Estado colombiano, el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la Nación (Art. 7).

En desarrollo de este principio fundamental, el texto constitucional contiene una serie de artículos referidos al tema indígena:

«La propia Constitución contiene desarrollos y especificaciones de ese principio general. Así, en el artículo 70, se reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país y que son base de la nacionalidad; en el artículo 10, se dispone que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos tienen, también, carácter oficial en sus propios territorios; en el artículo 286 se establece el carácter de entidades territoriales de los territorios indígenas, con las consecuencias que ello implica a la luz del artículo 287 y dentro de las condiciones y previsiones especiales contenidas en los artículos 329 y 330, que comprenden, entre otras la calidad de propiedad colectiva y no enajenable de los resguardos, garantía que, con mayor amplitud, está prevista también en el artículo 63, y el derecho de las comunidades indígenas a gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres; en los artículos 171 y 176 se consagra una

<sup>12</sup> Sobre los cambios constitucionales adelantados en Colombia a lo largo de su la historia política puede consultarse Valencia Villa 2010.

circunscripción electoral especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas y se establece la posibilidad de que la ley la establezca para la elección de representantes a la Cámara por los grupos étnicos. [...] [E]n el artículo 246 de la Constitución, se establece la jurisdicción indígena [...]»<sup>13</sup>.

Dentro de ese grupo de disposiciones constitucionales se encuentra el artículo 330 en el que se establece que los territorios indígenas serán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de las comunidades y se señalan algunas funciones básicas para la administración de estas entidades territoriales<sup>14</sup>. El párrafo del artículo comentado consagra la consulta a los pueblos indígenas, en los siguientes términos:

«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».

La protección especial del territorio habitado por las comunidades indígenas y étnicas obedece a que el vínculo de estos grupos con su lugar de asentamiento se relaciona tanto con las posibilidades de subsistencia como con características propias de su cosmovisión y su cultura<sup>15</sup>. De modo que

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-552 del 10 de julio de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>14</sup> Este artículo debe leerse en concordancia con el artículo 329 constitucional que prevé la creación de entidades territoriales indígenas y establece la propiedad colectiva y no enajenable sobre los resguardos.

<sup>15</sup> «El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios

«[...] la noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo»<sup>16</sup>.

De esta forma, si tenemos en cuenta que a la cabeza del sistema jurídico colombiano se encuentra la Constitución Política, definida como norma de normas en el artículo 4 de la propia Carta, la consagración constitucional de la consulta previa resulta trascendental en la medida que se trata de un mandato superior al que se encuentran obligadas las autoridades de la república (artículos 2 y 6 C.P.).

No obstante, una lectura detenida del párrafo 330 revela que el concepto de consulta previa plasmado en la norma fundamental se encuentra restringido al segundo de los eventos previsto en el Convenio No. 169, esto es, a la realización de obras o actividades de explotación de recursos naturales en los territorios indígenas que puedan afectar su desarrollo.

indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes» (Corte Constitucional. Sentencias T-188 del 12 de mayo de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-652 del 10 de noviembre de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-891 de 22 de octubre de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

En estos términos, parecería que antes de representar un avance en el reconocimiento de este mecanismo, la consagración constitucional de la consulta previa supuso un retroceso en la apertura de espacios de participación para los pueblos indígenas y tribales.

Sin embargo esto no es así. La Corte Constitucional, tribunal encargado de preservar la integridad de la Carta Política (artículo 241 C.P.) le ha dado un alcance mayor a la consulta previa, fundamentando su posición en la interpretación de otros artículos adicionales al párrafo del 330:

«La aceptación y protección que la Carta otorga a la consulta previa 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 es a su vez una forma de concreción del poder político que la Constitución promueve como valor fundamental del Estado. En este sentido, ha dicho esta Corporación que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, es expresión concreta del artículo 7 Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad, y de manera particular, de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios»<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-208 del 21 de marzo de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En otro pronunciamiento, se refirió de manera concreta al alcance de la consulta previa en Colombia de conformidad con el artículo 6 del Convenio No. 169:

«Como se ha puesto de presente por la Corte, dentro del Convenio 169 tiene especial connotación y desarrollo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la participación en la adopción y la aplicación de las decisiones que los afectan, aspecto que está previsto en distintas disposiciones del convenio y que, de manera general, se desarrolla en los artículos 6 y 7 del mismo [...].

[...]

«El Convenio en distintos apartes se refiere de manera expresa a los compromisos de los Estados signatarios orientados a que, en la aplicación del mismo, se garanticen los espacios de participación y consulta compatibles con su objetivo central, aspecto que, de manera general, es desarrollado en el artículo 6 [...].

[...]

«Cabe distinguir en la anterior disposición dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales: Por un lado, la obligación contenida en el literal b) de 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; y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

«De este modo, cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta»<sup>18</sup>.

De acuerdo con lo anterior, la consulta previa, entonces, procede cuando la medida que se quiera implementar «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»<sup>19</sup>.

El criterio esbozado se acompaña con una lectura interpretativa amplia sobre los asuntos que deben ser sometidos a consulta previa. Esta no trata únicamente de temas concernientes al ámbito territorial: la limitación de recursos naturales en territorios indígenas (artículo 330 C.P.) o acerca de la delimitación de entidades territoriales (artículo 329 *ejusdem*), sino que de acuerdo con el Convenio 169, la consulta previa no posee restricción temática alguna<sup>20</sup>. De manera que, en una lectura sistemática de la Constitución, la consulta «... no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles – artículo 94 C.P.»<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-030 del 23 de enero de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-196 del 14 de marzo de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-383 del 13 de mayo de 2003,

### 3.3. *La Consulta previa como derecho constitucional y fundamental*

Pero la intervención de la Corte Constitucional no solo se ha limitado a compaginar el alcance [de] la consulta previa en Colombia con las disposiciones del Convenio 169, sino que ha dado un paso más allá, al otorgarle la categoría de derecho fundamental.

Aunque la Corte, en sus primeros pronunciamientos<sup>22</sup>, no enunciaba de manera concreta el derecho de las comunidades étnicas, indígenas y tribales a la consulta previa, pero si encaminaba su argumentación al reconocimiento de derechos fundamentales, mediante la articulación de los principios constitucionales con la identificación de la diversidad sociocultural indígena<sup>23</sup>. Bajo esta concepción, los indígenas son sujetos colectivos de derecho, en tanto son actores sociales visibles que poseen una relación especial con el Estado<sup>24</sup>.

En este sentido, en sentencia del año 1993, la Corte puntualizó que:

«La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece

M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>22</sup> Ver: Sentencias T-428 del 24 de junio de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón y T-567 del 23 de octubre de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>23</sup> MORENO RODRÍGUEZ 2010.

<sup>24</sup> BOTERO SÁNCHEZ 1998, 80 y ss.

dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (C.P. art. 1 y 7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. 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 extinguiirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (C.P. art. 1, 7 y 14)»<sup>25</sup>.

Este entendimiento trajo como consecuencias: (1) Se amplía la titularidad de los derechos fundamentales hacia la comunidad indígena como sujeto colectivo, contrariando la idea tradicional que pregonaba la titularidad exclusiva de los

<sup>25</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-380 del 13 de septiembre de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

derechos fundamentales en los individuos<sup>26</sup>; (2) la necesaria diferenciación entre los derechos fundamentales comunitarios y los derechos colectivos (artículo 88 C.P.) dado que aquellos «no son una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos»<sup>27</sup>. Por lo tanto, (3) es procedente reclamar a través de tutela (artículo 86 C.P.) la vulneración que se cometa en contra de estos derechos.

Ya en 1997, la Corte Constitucional determinó la consulta previa como derecho fundamental, a través de una acción de tutela interpuesta por la Comunidad indígena U'wa que consideraba violados sus derechos constitucionales a las minorías étnicas (artículo 7 C.P.), al territorio (artículos 286, 329 y 357 C.P.), a la autodeterminación (artículo 330 C.P.), a la lengua (artículo 10 C.P.), a la cultura étnica (artículos 70, 72 y 95.8 C.P.) y a la participación social y comunitaria (artículos 40 y 75), con la expedición de la Resolución No. 110 de 3 de febrero de 1995, por la que se le otorgó una licencia ambiental a la Sociedad Occidental de Colombia Inc. para realizar una exploración sísmica en los departamentos de Arauca, Boyacá y Norte de Santander, sin que se hubiera adelantado la consulta previa.

Para resolver el problema jurídico planteado, el Alto Tribunal planteó que la consulta previa debía ser considerada como un derecho fundamental, en tanto se trata de un instrumento para preservar la subsistencia de las comunidades indígenas como grupo social:

<sup>26</sup> «[...] El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural» (*ibid.*).

<sup>27</sup> *Ibid.*

«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. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

«El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación»<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Esta tesis ha sido recogida en la mayoría de decisiones en las que la Corte ha retomado el tema de la consulta previa<sup>29</sup>, llegando a constituirse en doctrina constitucional aplicable por los jueces de tutela al momento de resolver casos de esta naturaleza.

### *3.4. El decreto 1320 de 1998: ¿La determinación del procedimiento para adelantar la consulta previa requería consulta previa?*

Con posterioridad a 1991, el legislador colombiano se preocupó por expedir nuevas normas que integraran la participación de las minorías étnicas en las toma de decisiones que pudieran afectarlas.

En 1993 se expidió la ley 70, por la que se reconoció por primera vez a las comunidades negras la propiedad colectiva sobre las tierras baldías que ocupaban de acuerdo con sus prácticas tradicionales. En esta ley se prevé la consulta a las comunidades negras cuando en las áreas del Sistema de Parques Nacionales se encuentran personas pertenecientes a las comunidades negras (artículo 22), en la implementación de programas de formación dirigidos a estas comunidades (artículo 38), en la elaboración «y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley» (artículo 44), y para la creación de fondos estatales de inversión para los destinatarios de la ley 70 (artículo 58).

<sup>29</sup> Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias, entre otras: T-382 de 2006, C-208 de 2007, C-030 de 2008, C-461 de 2008, C-175 de 2009, T-547 de 2010, C-702 de 2010, C-915 de 2010, T-129 de 2011, T-116 de 2011, C-187 de 2011, C-490 de 2011, T-601 de 2011 y C-882 de 2011.

La importancia de la Ley 70 de 1993 reside en que se trata del primer antecedente normativo en que se consagra a las comunidades afrodescendientes como titulares del derecho a la consulta previa.

Posteriormente se expidió la Ley 99 de 1993, por la cual se organizó el Sistema Nacional Ambiental (SINA). En el artículo 76 se establece que la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales, y que las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de esas comunidades<sup>30</sup>.

En 1998, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamentó el procedimiento de consulta previa en desarrollo de la Ley 21 de 1991. En el capítulo I, se encuentran las disposiciones generales sobre los destinatarios del mecanismo de consulta y la forma como se debe realizar su identificación. Los capítulos II y III regulan el procedimiento de consulta previa en materia ambiental y el capítulo IV establece el procedimiento de consulta para el uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales no renovables. El decreto concluye con las disposiciones sobre mecanismos de seguimiento, vigencia y comunicación de las decisiones adoptadas (Capítulo V).

Lo relevante del decreto 1320 de 1998 es la inclusión de la comunidades negras en los procesos de consulta previa. Puede afirmarse que a partir de la expedición de este reglamento, ahora debemos hablar de consulta previa

<sup>30</sup> Esta norma ha sido reglamentada por los decretos 1220 de 2005 y 2820 de 2010, en los que se establece un trámite especial para adelantar la consulta previa a las minorías étnicas cuando se trata de la expedición de licencias ambientales.

para comunidades indígenas, afrodescendientes y pueblos tribales<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Sobre la inclusión las comunidades afrodescendientes dentro de los grupos tribales con identidad diferenciada, titulares del derecho de consulta, la Corte Constitucional ha dicho: «En lo relativo a esta definición particular, es de anotar que el término “tribal” difícilmente puede entenderse en el sentido restringido de una “tribu”. Este concepto forma parte de la tipología propuesta por los teóricos de la Antropología Social, quienes dividieron las sociedades humanas en “bandas”, “tribus”, “cacicazgos” y “Estados”, dependiendo de su estadio de complejización; haciendo a un lado el debate sobre la validez académica de estas categorías, lo cierto es que mal haría la Corte en aceptar, como parte del Derecho que tiene que aplicar, una determinada postura teórica. Por ese motivo, resulta más apropiado interpretar el término “tribal” en el sentido amplio en que lo han hecho entidades multilaterales como el Banco Mundial, el cual, en su Directiva Operacional No. 4.20 de Septiembre de 1991, sobre políticas institucionales respecto de proyectos que afecten a los pueblos indígenas, especificó que los términos “pueblos indígenas”, “minorías étnicas indígenas” y “grupos tribales” se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante. 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. Esta definición, así como el establecimiento de un régimen especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades, constituyen tan sólo el reconocimiento jurídico de un

proceso social que ha cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina “negro”, a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria. Se trata, así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época -puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los “palenques”, pueblos de esclavos fugitivos o “cimarrones”, y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia-, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional. En ese orden de ideas, el reconocimiento de estas comunidades, a nivel nacional, en tanto “grupo étnico”, es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país. Por esa misma razón, su doble representación en la Cámara de Representantes, es una medida de diferenciación que halla una sólida razón de ser en sus condiciones materiales de existencia, respetando así el artículo 13 de la Carta, y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la O.I.T. Debe anotarse, eso sí, que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su “raza”, puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún “razas puras”, lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de “raza negra” y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Lo que es más, no sólo es un hecho reconocido que la categoría “raza” ha

Sin embargo, la expedición del Decreto 1320 de 1998 sin que previamente se consultara a las comunidades a las que se dirigía, propició un debate que si bien encontró respuesta en un pronunciamiento judicial, consideramos que todavía no puede considerarse clausurado.

La Asociación de Autoridades Tradicionales Awa – Organización Indígena del Pueblo Awa-Unipa – interpuso una demanda solicitando se retirara del ordenamiento jurídico el decreto 1320, por considerar que este era ilegal al haber sido expedido sin consultar previamente a los pueblos indígenas del país, entre otros aspectos.

El argumento de la demanda era que por tratarse de una medida legislativa y administrativa susceptible de afectar las minorías étnicas, su expedición debió consultarse, tal como lo establece el artículo 6 de la Ley 21 de 1991, recogiendo las disposiciones del Convenio No. 169 de la OIT.

En sentencia de 20 de mayo de 1999, la Sección Primera del Consejo de Estado<sup>32</sup>, tribunal competente para conocer de este tipo de demandas de acuerdo con el artículo 237 de la Constitución Política, declaró que el Decreto 1320 de 1998 no había sido expedido de manera ilegal y por ende no debía ser retirado del ordenamiento jurídico. Estas fueron las razones de su decisión:

sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales, sino que una clasificación semejante de los ciudadanos colombianos no podría ser objeto de una circunscripción electoral como la que se examina, ya que el artículo 176 de la Carta sólo hace referencia a grupos étnicos, y no a grupos “raciales”. Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes» (Sentencia C-169 del 14 de febrero del 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>32</sup> Rad. No. 5091, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

- El artículo 6 de la Ley 21 de 1991 «[...] no especifica las circunstancias de tiempo y modo de efectuar la referida consulta, ni señala reglas mínimas para el cumplimiento de la misma, [...], por lo cual lo pertinente es que el Gobierno provea a la reglamentación requerida de tales procedimientos y a ello atiende el decreto acusado.
- «[...] [E]n el expediente militan documentos demostrativos de la voluntad del gobierno tendiente a crear las condiciones marco para este tipo de consulta [...]».
- Debido a que antes de la expedición del decreto 1320 no existía una reglamentación previa del procedimiento de consulta, la forma de cumplir con el requisito de participación será adelantar reuniones con las comunidades afectadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada vigencia del decreto, pero sin que esto implique suspender su plena aplicación, tal como lo establece el artículo 21 del mismo reglamento.

Al margen de las críticas que puedan realizarse a la decisión de declarar la legalidad del decreto 1320 pese a que su expedición no fue precedida de la consulta a las comunidades afectadas, tal como lo ordena el artículo 6 de la Ley 21 de 1991 y el Convenio No. 169, el debate planteado con la demanda no puede considerarse clausurado con la sentencia de 1999.

Pese a que el Consejo de Estado determinó que la adopción del procedimiento de consulta previa no debía ser consultada previamente con las comunidades afectadas, la Corte Constitucional, en varias oportunidades ha ordenado la inaplicación de este decreto por considerarlo contrario a los mandatos de la Carta Política y especialmente, al artículo 6° de la Ley 21 de 1991.

Para la Corte Constitucional la aplicación de un único modelo de participación desconoce que en cada una de las comunidades indígenas, afrodescendientes y pueblos

tribunales existen modelos de organización y procedimientos propios de consulta que revisten ciertas particularidades que deben ser respetadas por las autoridades de la república<sup>33</sup>.

En relación con lo anterior, la Corte ha puntualizado:

«Ahora bien, el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo. Ciertamente, el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6 y del artículo 7 de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado.

«En este contexto, debe señalarse que al no haberse hecho la consulta previa por parte del Estado para la expedición del Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamentaba el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales en su territorio, llevó a que el Informe del Comité de Expertos de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT aceptará unas reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y la Central Unitaria de Trabajadores, en la que recomendó al Gobierno nacional modificar el decreto 1320 de 1998, adecuándolo al Convenio 169, para lo cual deberá

<sup>33</sup> Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-652 del 10 de noviembre de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y T-880 del 26 de octubre de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

consultar de manera previa con los pueblos indígenas de Colombia. Igualmente instó al Gobierno para que estableciera “consultas en cada caso concreto, conjuntamente con los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, o antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en sus tierras”<sup>34</sup>,<sup>35</sup>.

No obstante, como se abordará posteriormente, el criterio expuesto no impide que las autoridades competentes, de buena fe, adelanten la consulta previa ante las instancias que, objetivamente, sean las que mayor representatividad posean en la comunidad correspondiente.

Para ello, en materia de proyectos cuya iniciativa sea del Gobierno, la Corte ha manifestado que es perfectamente posible que en estos eventos se acuda a mecanismos creados por la legislación interna para generar los espacios necesarios de participación y de consulta para las comunidades. Es este el caso de la Mesa Permanente de Concertación, instrumento creado mediante reglamento:

«Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes,

<sup>34</sup> (Cita de la jurisprudencia) GB-282/14/3. Ginebra noviembre de 2001, 282 reunión.

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-737 del 14 de julio de 2005. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

para definir en ese escenario, cuales serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados»<sup>36</sup>.

4. *Consecuencias de la inaplicación del decreto 1320: el juez constitucional es quien define las reglas para adelantar la consulta previa*

Debido a los diferentes inconvenientes que ha representado aplicar el procedimiento de consulta previsto en el Decreto 1320 de 1998, haciendo necesario en algunos casos ordenar su inaplicación, la Corte Constitucional ha optado por fijar los requisitos a los que deben sujetarse las autoridades de la república para adelantar la consulta previa.

Con la finalidad de que el lector tenga conocimiento del estado actual de nuestro ordenamiento jurídico en el tema de la consulta previa las comunidades diferenciadas, a continuación presentamos de una manera sistemática las reglas mínimas y de obligatoria observancia, que han sido definidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>37</sup>:

- 1) El ámbito personal de la consulta se encuentra determinado por «[...] las poblaciones o comunidades con conciencia e identidad cultural propias que podrían ser afectadas por una determinada actividad del Estado, así como las autoridades de dichos pueblos y las organizaciones que los agrupan, con quienes debería cumplirse el proceso de consulta»<sup>38</sup>.
- 2) El ámbito territorial se debe tener en cuenta «[...] que las

<sup>36</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008, cit.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-547 del 1 de julio de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>38</sup> *Ibid.*

comunidades indígenas y tribales establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y que las medidas que sean susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, aunque no hayan sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no se hayan asignado como propiedad colectiva de las comunidades negras, sí hagan parte del hábitat natural de tales comunidades, deben ser objeto de un proceso de consulta previa»<sup>39</sup>.

- 3) Frente al ámbito material de aplicación «[...] la Corte, en aplicación directa de normas de valor constitucional, ha protegido el derecho de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa en relación con todas las medidas que sean susceptibles de afectarlas de manera específica y directa»<sup>40</sup>.
- 4) «La naturaleza constitucional y de derecho fundamental de los procesos de consulta previa ha de ser el criterio orientador para su aplicación y desarrollo. Los procesos de consulta previa son manifestaciones del derecho fundamental a la participación de los pueblos indígenas, que se encuentran expresamente reguladas por el derecho internacional y la Constitución Política dentro de un marco jurídico fuertemente garantista»<sup>41</sup>.
- 5) «Inadmisibilidad de posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. La consulta previa no es un proceso adversarial en el que las

<sup>39</sup> *Ibíd.*

<sup>40</sup> *Ibíd.*

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-461 del 14 de mayo de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

autoridades se contraponen a los grupos étnicos. [Tampoco] conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afecta»<sup>42</sup>.

- 6) «Inadmisibilidad de procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa; no asimilación de la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas, o actuaciones afines. Los procesos de consulta previa no son fines en sí mismos, sino medios para asegurar la protección de la supervivencia colectiva, la integridad cultural, los intereses comunitarios y los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrodescendientes»<sup>43</sup>.
- 7) La consulta previa se debe llevar a cabo bajo el principio de buena fe.  
«Sobre este particular se deberá tener en cuenta que los objetivos específicos del proceso de consulta previa son tres:
  - 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.

<sup>42</sup> Sentencia T-547 de 2010, cit.

<sup>43</sup> *Ibid.*

- c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada»<sup>44</sup>.

Expresión de la buena fe, también lo constituye la identificación de la autoridad con la cual se adelanta la consulta previa. Así, la Corte Constitucional, de acuerdo con el artículo 6.1 del Convenio, entiende que en el evento en que haya «ausencia de una autoridad con representación general de todos ellos, habría acudir a las instancias que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta»<sup>45</sup>.

Al respecto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en criterio acogido por la Corte Constitucional<sup>46</sup> ha indicado que la buena fe en los procedimientos adoptados significa que: «... al consultarlos, los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la[s] comunidad[es] afectada[s]. Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las

<sup>44</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003, cit.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008, cit.

<sup>46</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-891 de 2002, cit.

comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos».

- 8) Es necesario «[...] valorar (en cada caso) la importancia fundamental del territorio y de sus recursos para los grupos étnicos, y de apreciar sus circunstancias específicas»<sup>47</sup>.
- 9) «La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad»<sup>48</sup>.
- 10) «Necesidad de realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego, y de someter los derechos e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente legítimas»<sup>49</sup>.
- 11) «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»<sup>50</sup>.

Por último, consideramos importante señalar que siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

<sup>47</sup> Sentencia T-547 de 2010, cit.

<sup>48</sup> *Ibíd.*

<sup>49</sup> *Ibíd.*

<sup>50</sup> *Ibíd.*

Humanos<sup>51</sup>, la Corte Constitucional ha señalado el poder vinculante que tienen las Consultas Previas en cuanto a proyectos de explotación de recursos naturales que incidan de manera determinante en sus condiciones de vida:

«[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea»<sup>52</sup>.

## 5. *Conclusión*

El proceso que inició con la incorporación del Convenio No. 169 de la OIT a la legislación interna ha transitado por lo que podríamos identificar como tres etapas.

En un primer momento, la consagración constitucional de la consulta previa abrió el campo para que la Corte

<sup>51</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

<sup>52</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-769 del 29 de octubre de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

ampliara el alcance dado por la Carta Política del 91 y definiera la consulta como un derecho fundamental en cabeza de las comunidades indígenas. Posteriormente, el desarrollo de la legislación permitió incluir con mayor claridad a las comunidades negras como titulares de este derecho, aspecto que fue apoyado por la jurisprudencia.

Y, finalmente, en la etapa que inicia con la expedición del decreto 1320 de 1998, la Corte Constitucional ha jugado un papel fundamental. A través de la jurisprudencia se ha continuado el debate sobre la legalidad del procedimiento para realizar la consulta, en algunos casos las sentencias han ordenado la inaplicación del decreto 1320 por considerarlo contrario a las normas de la Carta Política, y ha sido la Corte Constitucional el órgano encargado de fijar las reglas bajo las cuales se adelanta la consulta previa actualmente.

Por todos estos aspectos, podría afirmarse que en el ámbito normativo, la implementación de la consulta previa a las comunidades diferenciadas en Colombia ha sido un proceso de evolución constante en el que el papel más importante lo ha tenido la visión garantista que guía la participación activa del juez constitucional.

*Referencias bibliográficas*

- BOTERO SÁNCHEZ E. 1998. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales y Políticas “UNIJUS”.
- DANE 2007. *Colombia una Nación Multicultural: su diversidad étnica*, Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), Dirección de Censos y Demografía. Disponible en: [http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia\\_nacion.pdf](http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf) (consultado el 4.5.2012).
- MORENO RODRÍGUEZ D.E. 2010. *Derecho a la consulta previa: Identidad indígena y democracia participativa*, Bogotá D.C., Universidad de los Andes. Observatorio Constitucional “La Corte bajo la lupa”. Informe no. 2. Abril de 2010. Disponible en: [http://www.observatorioconstitucional.com/consulta\\_previa.pdf](http://www.observatorioconstitucional.com/consulta_previa.pdf) (consultado el 17.11.2012).
- UPRIMNY YEPES R. 2006. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, disponible en: [www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/clase1lectura3bloquedeconstitucionalidad.pdf?rd=1](http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/clase1lectura3bloquedeconstitucionalidad.pdf?rd=1) (consultado el 2.5.2012).
- VALENCIA VILLA H. 2010. *Cartas de Batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana Editorial.