



## Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



**Sin Obras Derivadas** — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

## LA CONSULTA PREVIA PARA COMUNIDADES INDÍGENAS Y TRIBALES, UNA GARANTÍA PARA LA MULTICULTURALIDAD<sup>1</sup>

Nelson Eduardo Leyton Arenas<sup>2</sup>  
Universidad Católica de Colombia

“La paz es hija de la convivencia, de la educación, del diálogo. El respeto a las culturas milenarias hace nacer la paz en el presente” **RIGOBERTA MENCHÚ**

### Resumen

La consulta previa para comunidades indígenas y tribales, es un instrumento a partir de cual se materializan premisas promulgadas con la constitución Política de 1991, que permiten garantizar la diversidad étnica del país, permitiendo a los pueblos indígenas y grupos étnicos, una participación activa en las decisiones legales o administrativas que se relacione con los territorios que habitan. El presente trabajo, pretende analizar el derecho a la consulta previa para comunidades étnicas, en relación con las dimensiones manifiesta este derecho, que se presenta como un derecho fundamental, así como un instrumento de procedimiento.

**Palabras Claves:** Consulta Previa, Comunidades Indígenas y Tribales, Medidas Administrativas, Derecho Procesal, Derecho fundamental.

---

<sup>1</sup> Este Trabajo de Grado hace parte de la actividad resultante del proyecto de investigación: “Desafíos Contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, que forma parte de la línea de investigación: “Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos” del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia”, reconocido y categorizado en (B) por COLCIENCIAS registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Dirigido por Jaime Alfonso Cubides Cárdenas, Docente Investigador y Líder del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co

<sup>2</sup> Estudiante egresado del programa de Derecho de la Universidad Católica De Colombia en el año 2016, ejerce labores como funcionario público desde el año 2012 en el cargo de técnico asistencial código 1 grado 8 en la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC, con inclinación teórica a las teorías que se desarrollan el derecho público. Contacto: neleyton33@ucatolica.edu.co

## **ABSTRACT**

The Prior query for indigenous and tribal communities, is an instrument from which the premises promulgated with the 1991 constitution, which allow the ethnic diversity of the country territory, allowing indigenous peoples and ethnic groups to participate actively in the Legal or administrative decisions that relate to the territories they inhabit. The Constitutional Court, has developed mainly by the jurisprudence, this concept, as a fundamental right, which enables, the subsistence of ethnic communities due to the dependence of the territory and the link between it and Cultural traits Likewise.

**Key words:** query before, Indigenous and Community trival, administrative decisions, procedural law, fundamental right.

## SUMARIO

Introducción.	5
1. La consulta previa para comunidades indígenas.	7
1.1 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la consulta previa.	9
2. Pueblos indígenas y grupos étnicos.	11
2.1 Propiedad y recursos sobre las tierras de los pueblos indígenas.	14
3. La consulta previa en Colombia.	15
3.1 La consulta previa y el papel de Corte Constitucional colombiana.	18
3.1.1 La consulta previa como derecho fundamental.	20
4. La consulta previa como un elemento de procedimiento.	21
Conclusiones	23
Referencias	27

## INTRODUCCIÓN

La riqueza étnica y cultural de los países de Latinoamérica, ha generado en términos jurídicos, una tendencia al otorgamiento de garantías para los sectores más vulnerables de la sociedad, que se manifiestan por intermedio de normas jurídicas que tienen como fin garantizar la convivencia pacífica y armónica de sus habitantes, creando e implementación instrumentos idóneos que estén al alcance de quienes lo requieran, pues en la mayoría de los casos la desinformación permite la vulneración a los derechos que privilegian a estos sectores.

En Colombia, para salvaguardar la integridad de las comunidades indígenas y tribales con respecto a las condiciones de desigualdad que presentan frente a la población general, encuentran en el ordenamiento jurídico garantías de relevancia constitucional, estas permiten la implementación y aplicación de procedimientos legales que pueden hacer efectivos los derechos otorgados frente a cualquier amenaza de algún particular o de agente estatal, generando un choque de intereses que en la mayoría de los casos, se resuelven por intermedio de la jurisdicción constitucional(Cifuentes, 2006. p. 164), mediante la implementación de la acción de tutela.

A partir del acuerdo 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989 y la implementación de la consulta previa para las comunidades indígenas, se inició un periodo de incertidumbres jurídicas, principalmente por consagrar derechos para estas comunidades que en ocasiones se contraponen a intereses económicos de sectores industriales y políticos, así como a los proyectos de la administración estatal que versan sobre los recursos físicos y culturales, en donde, se desarrollan estos grupos étnicos que heredaron el territorio de sus antepasados prehispánicos (Rodríguez, 2014, p. 118), desarrollando una serie de características culturales asociadas al territorio, que se ven amenazadas por la intención de adoptar acciones legales o administrativas por parte de las autoridades.

Por otro lado, en 2007, producto de la relevancia que adoptó el tema a finales de los años noventa y comienzos del nuevo milenio, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), proclamó la Declaración sobre Los Pueblos Indígenas, disposición que permitió ampliar el catálogo de derechos para las comunidades tribales, y dinamizó la incursión de derechos sujetos a la condición de Indígena que requerían de la intervención de las instituciones estatales (Ordoñez & Zaragoza, p. 84), con el fin de garantizar su existencia y la conservación de sus costumbres ancestrales

Teniendo en cuenta el alcance en materia económica, política y social, que generan estos derechos, se proyectaba una respuesta positiva por parte de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, quienes eran los principales referentes debido a su riqueza étnica y cultural, permitiéndose la creación de normas jurídicas que dieran profundidad a las proyecciones internacionales. Sin embargo, se obtuvo como respuesta, una interpretación parcializada y polémica que varía según el ordenamiento que aisladamente y ocasionalmente desarrolla lo referente a la consulta previa. Es en este punto, en donde la producción de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con intenciones adoptar disposiciones acertadas sobre la materia, desarrolla e impulsa la fijación de criterios objetivos en lo referente a los derechos de las Comunidades Indígenas, y su derecho a ser consultadas, logrando que países como en el caso de Colombia, le tomen como referente, para la regulación interna.

En Colombia, a partir de la Ley 89 de 1989 “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, se inició una serie de regulaciones normativas que se extendieron hasta la promulgación de la Ley 21 de 1991 que incorporó al ordenamiento jurídico las estipulaciones del tratado 169 de la OIT, pero que no lograron su alcance teleológico hasta las interpretaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, que ha definido criterios conflictivos producto de vacíos normativos que componen la

consulta previa en general, realizando objetivamente un aporte relevante en cuanto a su naturaleza e importancia para la prevalencia de los derechos de las comunidades indígenas y la necesidad de la categorización fundamental que hacen de la consulta previa un instrumento efectivo (Arango, 2004).

El referente de los conceptos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, permite que los ordenamientos jurídicos que atienden a su jurisdicción, planteen una doble connotación del derecho a la consulta previa, generando una incógnita que permite impulsar el presente trabajo, y que se basa en ¿el marco jurídico colombiano, dimensiona el derecho a la consulta previa para las comunidades indígenas, como un derecho fundamental o como un requisito de procedimiento?, Partiendo de una connotación que se manifiesta en el procedimiento, que también se manifiesta como un derecho de carácter fundamental.

## **1. LA CONSULTA PREVIA PARA COMUNIDADES INDÍGENAS**

El 07 junio de 1989 en Ginebra (Suiza), por parte del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT), se convocó a la reunión número 76 de esta organización internacional, que concluiría con la adopción del tratado 169 en conferencia del 27 de junio del mismo año, acuerdo que se encargó de permitir a las comunidades indígenas y tribales la representación y participación en condiciones de igualdad con respecto a los demás sectores sociales que se desarrollan en los estados modernos y que participan activamente en las decisiones que se adoptan en el estado democrático participativo (Fundación para el debido proceso Legal (DPLF), 2011. p. 15).

Con respecto a la consulta previa en concreto, dispone en la convención de Ginebra, que los Estados deberán realizar un procedimiento de consulta a las comunidades que pudiera afectar con medidas legislativas o administrativas que, se relacionen o afecten directamente a la comunidad étnica. Esta obligación, consiste

en establecer mecanismos procedimentales que permitan conocer la disposición de la comunidad frente a la posible acción del Estado, el contenido de la consulta, debe exponer claramente los argumentos revestidos de buena fe, de igual manera, deben estar acordes al contexto en que se desarrolle la actividad, con tendencia a la consecución de un acuerdo entre el estado y la comunidad que se consulta.

En Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada el 13 de septiembre de 2007, con la abstención del voto colombiano, se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en 2009 a partir de la manifestación unilateral del Gobierno colombiano, se le otorgaría el respaldo a la declaración, que si bien no tiene el carácter vinculante del tratado internacional que se ratifica en Colombia mediante Ley, dispone de una intención de respeto absoluto por los derechos que emanan de la condición de los pueblos indígenas y tribales, reforzando armónicamente las intenciones del Estado colombiano por desarrollar ampliamente lo consagrado en el tratado de la OIT de 1989 (Gil & García, 2010).

Esta declaración de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), dispone de igual manera el tratado de 169 de la OIT, de una regulación normativa que asegura las condiciones de igualdad con respecto a la población general y que son inherentes a la condición indígena, en virtud de la cual se integra activamente a las comunidades con el fin de enriquecer la escena política y otorgar la representación de los intereses de los pueblos indígenas.

Concretamente en lo que atañe a la consulta previa, se sustenta de igual manera que la de la declaración 169 de la OIT, imponiendo la obligación al Estado de realizar la consulta a las comunidades indígenas cuando existan actividades que emanen del ejercicio de la administración que se relacionen con el territorio en donde se encuentra el asentamiento de la población indígena. Sin embargo, esta declaración determina las situaciones en donde debe mediar el consentimiento de las



comunidades, que deber otorgarse con ausencia de algún vicio del consentimiento y debe ser producto de un proceso de información en donde se evidencia que las comunidades indígenas entendieron lo relacionado con la actividad que los vincula. Es decir, que además de presentarse una consulta previa, esta debe estar revestida de libertad e información (Arango, 2004. p. 400). Ahora bien, de conformidad con lo planteado por la declaración las Naciones Unidas, los casos particulares en los cuales no es posible proceder por parte del Estado si no se manifiesta el consentimiento, se relacionan en primer lugar al traslado o desplazamiento del territorio que ocupan las comunidades Indígenas, y por otro lado recae sobre las costumbres y las prácticas culturales que hagan parte del legado de la comunidad. Es decir que en caso de que exista un acuerdo consentido sobre estos temas, y que de presentarse un conflicto que relacionen directa o indirectamente con respecto estas dimensiones de la comunidad, no se legitimara por ningún caso el procedimiento del Estado (Rodríguez & Garavito, 2010).

## **1.1 LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CONSULTA PREVIA**

Teniendo en cuenta la magnitud de derechos que envuelve la consulta previa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha planteado tácitamente una definición que envuelve por un lado los derechos de las comunidades indígenas, negras y tribales, y por el otro una obligación de la administración estatal de garantizar los derechos que emanan de la propiedad de la tierra, así como los relacionados con la identidad cultural y comunidad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010).

Los pronunciamientos de este tribunal internacional sobre la consulta previa libre e informada, que mediante la figura del bloque de constitucionalidad son vinculantes para Colombia, plantearon fundamentos relevantes que los tribunales latinoamericanos implementaron metódicamente con el fin de dar alcance efectivo

a los derechos que emanan de esta institución jurídica, sin ser el tribunal constitucional colombiano la excepción (García, 2012. p. 24).

Como fundamento principal, la Corte IDH describe la importancia de comprender el alcance que tiene la consulta previa así como sus características y define el tratado 169 de la OIT como la fuente más precisa, que permite reunir instrumentos asertivos para resolver los casos referentes a la consulta previa, sin embargo, no descarta la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y demás tratados que crean una apología que nutre ampliamente el escenario jurídico.

En este punto, se destaca en el escenario interamericano, la importancia de las obligaciones que emanan del Estado en cuanto a la información que debe transmitir a las comunidades indígenas, teniendo en cuenta que la calidad de lo expuesto, debe ser lo más explicativa posible, materializando los principios de transparencia que debe encarnar el estado (Tobar, 2014. p. 68). De esta manera, se entiende que a la consulta previa le asiste un componente que se relaciona con la información que debe conducir a la consecución de la voluntad del pueblo consultado para vincularse a las decisiones consultadas.

Ahora bien, la necesidad de garantizar en términos de igualdad las condiciones sociales, políticas y económicas de un determinado grupo, con respecto a la población general que habita un Estado, se asocian a la condición étnica, es decir, que la protección jurídica mediante el mecanismo de la consulta previa, obedece a una calidad racial de la que no goza toda comunidad con características culturales y económicas uniformes (Cea, 2016. p. 143).

La Corte IDH establece un vínculo entre la tierra y el desarrollo de la etnia que la habita, partiendo de relevancia que tiene la tierra para el desarrollo cultural y económico del pueblo, así como el derecho comunal que tienen a la tierra y que se

reconoce por parte de los Estados, en donde la propiedad de las comunidades se representa como fuente de la cual emanan más derechos, puesto que se relacionan con la integridad y supervivencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

Es importante destacar que la Corte IDH, mediante el control de convencionalidad, pretende armonizar las disposiciones normativas internas, con las obligaciones internacionales a las que se vinculan los estados, otorgando derechos a los individuos (Cubides, 2013). Por lo expuesto, se destaca la relevancia de la influencia que ejerce la Corte IDH sobre las determinaciones internas del estado colombiano.

## **2. PUEBLOS INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS**

Atendiendo a que principalmente el tratado 169 de la OIT dispone la consulta previa para comunidades indígenas y tribales, es necesario desglosar las características que permiten evidenciar cuando se está obligado a ejercer la consulta previa a partir del reconocimiento de las comunidades que adquieren identidad étnica y cultural, que hacen del requisito indispensable para ejercer los actos legislativos o de gobierno que versen sobre sus intereses.

De conformidad con la Ley 21 de 1991, la condición indígena está supeditada en primer lugar, a las poblaciones independientes que se consideran indígenas por habitar el territorio de un estado tiempo anterior a la época de la consulta o en épocas de la colonia, que mediante la concentración demográfica conserve las tradiciones culturales, políticas económicas y sociales intactas o parte de ellas. Resalta entonces el contenido histórico aunado a la condición racial, que permite la identidad de la estructura social denominada indígena, teniendo en cuenta la descendencia de los pueblos originarios que habitaban el territorio (Duque, 2012).

Por otro lado, se evidencia que la condición indígena en relación con la consulta previa se dirige directamente en lo que atañe al territorio ocupado dentro de las fronteras de un Estado, que de conformidad con las convicciones del grupo étnico y la herencia prehispánica, se reclama como suyo, siendo esta la dimensión que genera más polémica, teniendo en cuenta que resalta una particularidad de intereses que aunado de la condición racial impide cualquier actuación estatal sin mediación de la consulta.

En lo que refiere a los pueblos tribales, exige una diferencia en las dimensiones culturales, sociales y económicas con respecto al resto de la población que habita un territorio, además de estar regidos por una legislación especial, por las costumbres propias de su población y por las tradiciones que emanan de su identidad social, en primer lugar, la misma comunidad que debe ser consciente de sus características particulares, de igual manera que se presenta en las comunidades indígenas (Instituto Nacional De Derechos Humanos (INDH), 2014).

Es importante resaltar que la conciencia de las características sociales culturales y políticas que le dan identidad a una agrupación determinada, no exime a los Estados de su reconocimiento y respeto, teniendo en cuenta que el estado al promover la diversidad étnica y cultural, a partir del reconocimiento constitucional, debe regular con el amparo a estas comunidades para que se conserve su aporte cultural a la riqueza de la nación.

En síntesis, tanto para la implementación de los mecanismos de participación como para el ejercicio adecuado de la consulta previa, es importante tener en cuenta la representación mediante las instituciones que definen las comunidades indígenas y tribales, toda vez que es por intermedio de estas que se garantiza la representación de los intereses culturales y políticos de la comunidad étnica. Otras condiciones importantes que se relacionan directamente con la representación de las comunidades indígenas y que no pueden escapar al despliegue de la consulta

previa, es la implementación adecuada de la lengua de indígena que permita la difusión de la información de manera efectiva, reafirmando la necesidad de la intervención de las autoridades indígenas o de las instituciones del grupo consultado (Meneses, 2012. p. 11).

Las instituciones o autoridades tradicionales de las comunidades indígenas y de pueblos tribales, están compuestas por miembros de la misma etnia con una función pública y especializada, revestida de autoridad para intervenir en la convivencia y los intereses de esa comunidad con la emisión de normas de comportamiento que en las sociedades constitucionales se conocen como leyes, que está otorgada por las condiciones religiosas o culturales que emanan de la naturaleza histórica de la etnia y que por parte de la generalidad es legítima para ejercer dicha función (Rodríguez, 2014. p. 105).

En épocas de la colonia, por intermedio de las autoridades indígenas que se establecieron como consecuencia de su organización ancestral, se entregaban los tributos exigidos por las instituciones de la corona que permitieron su independencia a cambio de la contraprestación tributaria y con fines de protección a la población étnica, siendo este un órgano legitimado para ejercer funciones ante el gobierno del Rey, en ese periodo histórico (Tirado, 2007).

Una vez instaurado el estado democrático colombiano y bajo la figura del estado de derecho establecido por la Constitución Política de 1886, sería la Ley 89 de 1890 quien regulara formalmente lo referente a las comunidades indígenas y similares, mediante el reconocimiento de los cabildos indígenas legitimados por las mismas etnias, que se constituyen de conformidad con sus costumbres y que deberán cumplir funciones específicas con respecto a su comunidad y al gobierno constitucional.

## **2.1 PROPIEDAD Y RECURSOS SOBRE LAS TIERRAS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Los territorios indígenas reconocidos en Colombia, tienen un primer antecedente que se remonta a épocas de la colonia, en donde por parte de la corona española se le otorgó a las poblaciones nativas una porción de tierra dentro del territorio americano, para que desarrollase actividades agrícolas y culturales de manera independiente en comparación a las desarrolladas por el resto de la población criolla, permitiéndose una retribución a dicha disposición mediante los impuestos que se deberían pagar al Rey periódicamente, y que cambiarían de conformidad con el contexto variante del estado real en pocas de la colonia (Tirado, 2007).

Estos territorios ocupados bajo la autorización real y como estrategia anti-extermínio por parte del gobierno de la corona española que ejercía dominio sobre la Nueva Granada, se reconocieron bajo el nombre de resguardos indígenas coloniales, que se caracterizaron por mantener la imagen institucional de la autoridad indígena mediante los cabildos, que a su vez, permitían respetar las tradiciones étnicas y culturales para este tipo de comunidades y se relacionan directamente con respecto al orden político de la comunidad (Gonzalez, 1992).

Los beneficios que presentaba dicha disposición para la población indígena al conservar ampliamente su identidad y autogestión, se fueron afianzando considerablemente, al punto de reconocer más adelante en la vida republicana su completa autonomía, que se veía recompensada en los productos agrícolas que se recibían a cambio y el pago de impuestos que permitían incrementar la acaudalada renta con al que se sostenía en gobierno real (Tirado, 2007).

A partir del nuevo orden político impuesto por el triunfo independentista, la naciente república de Colombia pretendió la conservación de las imposiciones de la corona con respecto a las poblaciones indígenas, reservándose la autoridad del

nuevo gobierno para la población mestiza, reconociendo la autonomía indígena que más adelante se afianzaría y se entraría a un reconocimiento legal dentro del estado de derecho, con la creación de resguardos mediante actos de la administración (Gonzalez, 1992).

De esta manera, históricamente se justifica la propiedad de las comunidades indígenas y el origen de sus derechos sobre los territorios en los que se desarrollaron antes y después de la colonia, que se gestó principalmente como una medida de protección real, que con una evolución importante del estado, le permitió a las comunidades indígenas afianzar más derechos sobre la tierra, bajo una notable independencia que resalta por su autonomía normativa pero que encuentra sustento en las normas jurídicas que dicta el Estado colombiano con sustento en un marco constitucional amplio que reconoce la multiculturalidad.

Es de anotar que la ocupación ancestral de los territorios por parte de las comunidades prehispánicas a los cuales se les denominó comunidades indígenas o nativas, permitiría un reconocimiento justificable aun mayor que a los resguardos que estableció la corona o los actos administrativos que respetan los territorios autónomos de las comunidades indígenas.

### **3. LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA**

El modelo de organización política colombiana, establecido por la Constitución Política de 1991, se identifica principalmente por ser de carácter garantista (Echeverry, 2014), además de contener disposiciones que fomentan y protegen la diversidad en términos étnicos y culturales. Por tanto, está guiado a preservar las diferencias entre comunidades, manteniendo un equilibrio que recae sobre las oportunidades jurídicas que ofrece mediante la implementación de mecanismos legales y constitucionales que le permiten afianzar los derechos de las comunidades indígenas.

Uno de los instrumentos que permite de manera significativa aportar al cumplimiento de los fines del Estado colombiano en materia de diversidad étnica y cultural, se reconoce como la consulta previa, que se presenta como un requisito de procedimiento para la ejecución de proyectos administrativos o legales por parte del Estado, de igual manera que se presenta para las comunidades indígenas como un derecho que tiene connotación especial, por ser un derecho consagrado en un acuerdo internacional que se hace vinculante en Colombia a partir de su ratificación (Morales, 2014).

En virtud de la Ley 21 del 04 de marzo de 1991, la regulación internacional dictada en junio de 1989 por la OIT, empezó a regir en el territorio colombiano, con el fin de materializar los postulados constitucionales del Estado Social de Derecho dirigidos a permitir el desarrollo de la sociedad y su diversidad étnica y cultural, acorde con el nuevo marco jurídico de una constitución incluyente, fundado bajo la premisa de la democracia participativa, que se manifiesta altamente acorde con el alcance teleológico del tratado 169 de la OIT.

En los términos de la Corte Constitucional, la consulta previa que aplica para todas las comunidades étnicas y culturales del territorio, sin ser determinante el tema para su procedencia, siempre y cuando se relacione con el ámbito propio de las comunidades étnicas y culturales, pues la descripción en relación con la temática que ofrece el artículo 6 de la Ley 21 de 1991, no es restrictiva en ningún sentido (Corte Constitucional, 2013).

En relación con las actividades del Estado que debe consultar a las comunidades étnicas, la interpretación jurisprudencial del tribunal constitucional, no solo se realizó con la interpretación textual del convenio, teniendo en cuenta que además de las actuaciones administrativas y legislativas, les deben ser consultadas a las comunidades étnicas las actuaciones de entes privados que se interesen por



explotar los recursos materiales que se encuentren o afecten a los de su territorio, a partir de la autorización del Gobierno, y por otro lado, con respecto a las leyes que aprueben tratados internacionales y las reformas constitucionales que se relacionen con su esfera común; otorgando un alcance mayor a las medidas que deben ser consultadas, que promueve ampliamente la teleología de lo dispuesto por la OIT.

Teniendo como sustento el principio de la buena fe promovido en todo el ordenamiento jurídico, la consulta previa debe proceder en el momento oportuno en que el proyecto o la actividad del estado que trate sobre la incorporación de tratados internacionales, es decir, cuando no ha generado efectos sobre la comunidad, toda vez que no es posible surtir algún efecto que permita la materializar la esencia de la consulta previa, que es integrar a la comunidad en la participación del proceso de decisión que recae sobre sus intereses, por lo tanto debe proceder la consulta con anterioridad a la remisión presidencial del tratado junto con su ley de aprobación al Senado de la República (Rodríguez, 2014. p. 38).

La omisión de la consulta previa es una violación manifiesta a la constitución política, por lo cual la Ley que se adelante sin este requisito será susceptible de la acción pública de inconstitucionalidad, sin importar que esta sea susceptible del control automático de constitucionalidad que debe versar sobre normas que afecten a las comunidades étnicas (Corte Constitucional, Sentencia C-641, 2008).

Por último, cabe resaltar que la consulta previa en Colombia, aplica no solo para las comunidades indígenas y tribales, teniendo en cuenta que comunidades como la Afrodescendientes y Rom o Gitana gozan de dicha protección, en el entendido que también se encuentra una diversidad con respecto a la población general y que se encuentran en plena identidad étnica y cultural que permite extender la protección, de la misma manera en que se establece el amparo para las comunidades indígenas (Romero, 2012).

Es de anotar que, pese a ser un instrumento habilitante que se aplica en el procedimiento, la Corte Constitucional ha definido la consulta previa como un derecho que permite la participación de las comunidades, que se manifiesta como fundamental, toda vez que resulta ser un mecanismo a través del cual preservan la integridad étnica, social, económica y política, que enriquece la multiculturalidad del Estado colombiano (Corte Constitucional. Sentencia SU-383, 2003). Es decir, que se presenta la consulta previa como un derecho de carácter fundamental, teniendo en cuenta que protege la integridad común del indígena, en un estado que respeta la multiculturalidad que lo compone, permitiéndole la participación en el desarrollo político del estado y sus actividades que están orientadas a satisfacer a los habitantes del territorio con respeto de la autonomía de las minorías étnicas.

### **3.1 LA CONSULTA PREVIA Y EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

Partiendo de la tendencia de los ordenamientos jurídicos hacia la constitucionalización (Cubides. 2012, p. 23), y resaltando la constante intervención de la Corte Constitucional en asuntos que, dentro del ordenamiento jurídico aluden directamente a la constitución, afirman la relevancia de las decisiones adoptadas por este tribunal, de igual manera que la obligatoriedad de sus decisiones.

La función fundamental que ejerce la Corte Constitucional en defensa de las minorías, permite que se le identifique como una institución representativa de los intereses y derechos de la población indígena, negra y tribal en relación con la consulta previa. Las competencias señaladas por la Carta Magna de 1991, le han permitido tomar protagonismo en el ejercicio del control concreto y mediante este, regular y promover el uso adecuado de la consulta previa, en virtud de la ausencia de mecanismos legales que permitan a las comunidades étnicas solicitar la protección de su derecho a que se les consulte, y como consecuencia la interacción con los proyectos que los relacionen como grupo (Hernandez, 2001).

La prolongada jurisprudencia que ostenta el tribunal constitucional colombiano relacionado con la consulta a las comunidades indígenas, es producto de una evolución conceptual que genera su punto de partida en la atribución de derechos fundamentales a la condición indígena, tomándolo como un sujeto que presenta una condición especial y diferente, que aunado a sus semejantes permite una protección que el Estado debe reconocer. Esta condición colectiva que genera un reconocimiento de derechos fundamentales encuentra su amparo en la protección a la “diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (Constitución Política, artículos 1 y 7).

Las dimensiones y el alcance en términos de derechos que genera la diversidad étnica en un estado social de derecho, se entraña en la aceptación de modelos de vida diferentes y sus costumbres político-culturales, que están llamadas a la conservación por parte del ordenamiento jurídico, puesto que la figura protectora del Estado no puede limitarse a profesar el mero amparo de los derechos, sino que debe irrumpir en la realidad y generar la efectividad de los preceptos constitucionales, que en materia de derechos fundamentales permite una intervención activa por parte de los órganos jurisdiccionales (Naranjo, 2010).

La legitimidad para invocar una protección constitucional, puede ser ejercida por un sujeto perteneciente a la comunidad étnica, por grupos representativos de la etnia que no necesariamente sean instituciones reconocidas, o autoridades establecidas, puesto que se reconoce un derecho individual que se manifiesta de igual manera a nivel colectivo.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional reiteradamente ha definido la consulta previa, como un derecho fundamental que permite la conservación de la diversidad étnica y cultural que profesa la constitución de 1991, toda vez que resulta ser un “...instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social

*económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”* (Corte Constitucional, Sentencia SU-039, 1997).

Es importante resaltar, que una vez reconocida la condición fundamental de la consulta previa, la Corte ha sostenido dicho razonamiento ateniéndose a lo establecido por esa corporación, sin embargo, debido a que este derecho involucra otros derechos que se relacionan con la tierra, la cultura, organización política entre otros factores, permite que cada vez más se obtenga una definición más definida y precisa con respecto a los elementos jurídicos que hacen de la consulta previa como un derecho fundamental, y de esta manera cumplir los objetivos que la constitución establece para el estado y la conservación de la diversidad étnica de la nación (Corte Constitucional, Sentencia SU-039 1997).

### **3.1.1 LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

A partir del desarrollo de las competencias otorgadas por Asamblea Nacional Constituyente, la Corte Constitucional ha desempeñado una labor fundamental en el desarrollo del Estado Social de Derecho, permitiéndose una regulación jurisprudencial relevante en el sistema jurídico colombiano (Hernandez, 2001).

Las intervenciones interpretativas de la Constitución misma, compuestas por una técnica diferente de la hermenéutica común (Sáchica, 1993), que obedece en principio a la especialidad de las normas constitucionales que dan sustento a todo el sistema normativo, cumple una función sistemática dentro del ordenamiento, toda vez que regula vacíos normativos, que, en el caso del tribunal constitucional colombiano, estas interpretaciones resultan ser extensivas de la propia carta magna.

El gran aporte de la jurisprudencia constitucional en relación con la consulta previa para comunidades indígenas y tribales, radica principalmente en el rango de

derecho fundamental que se le ha otorgado a este derecho, partiendo de la relación íntima que resulta tener con la subsistencia y autonomía de la comunidad, y con los demás derechos fundamentales (Corte Constitucional. Sentencia T- 576, 2014).

La conexidad entre la intervención en un proceso legal o administrativo con respecto a situaciones que afectan la vida de la comunidad, no solamente permiten la definición de su orientación política, es decir, que la garantía para una comunidad que se encuentra en condiciones diferenciales con respecto al resto de la población, no puede agotarse con la mera consulta, pues esta debe ser informada en el sentido que las comunidades entiendan la dimensión del particular, de igual manera que debe ser libre, porque debe estar desprovista de algún vicio que afecte el conocimiento (Romero, 2012).

Los elementos complementarios que nutren la consulta previa como un instrumento que garantiza un derecho fundamental, adquieren relevancia, al evidenciar el rol que adquiere la tierra para las culturas tribales que han ocupado por siglos los territorios del Estado colombiano, partiendo del papel compilador fundamental que resulta el territorio, pues es allí en donde se entiende que se forjaron sus creencias, organización política y tomaron una identidad que trasciende las barreras étnicas. Como consecuencia de ese conjunto de derechos, se entiende la consulta previa no como un instrumento que permite la garantía de derechos fundamentales, sino como un derecho fundamental que está compuesto de otros derechos del mismo rango (Rodríguez & Garavito, 2010).

#### **4. LA CONSULTA PREVIA COMO UN ELEMENTO DE PROCEDIMIENTO**

La consulta previa es un instrumento que principalmente se manifiesta como un requisito para la implementación de medidas legales o administrativas por parte del Estado, es decir que, a primera vista, es un elemento que se encuentra en el procedimiento de alguna acción estatal en relación con las comunidades indígenas,

negras o tribales etc. Toda vez que, es de obligatorio cumplimiento por ser un precepto legal que regula el particular (Rodríguez, 2014).

Este requisito fundado en el procedimiento, adquiere una dimensión mucho más amplia que no se limita a la presentación de la consulta a la comunidad determinada, teniendo en cuenta que es importante seguir unos lineamientos o parámetros generales que orientan el cumplimiento del requisito como un formalismo, que por un lado puede escapar al rigor de la forma y centrar el debate en lo sustancial, pero que debe obtener un rigor procesal mínimo para que se avale su cumplimiento (Romero, 2012).

En primer lugar, se entiende que lo importante de este requisito, es que se manifieste previo a la adopción de medidas que puedan afectar a la comunidad, toda vez que requiere de una evaluación razonada por parte de la comunidad indígena.

Esta interacción de la comunidad con los temas que le atañen por la medida administrativa o legal, se encuentra también en el procedimiento, en virtud de que es menester una respuesta de la población que debe revelar ampliamente la renuencia o la aprobación de las medidas. Es de anotar que el contenido de la consulta, así como de la respuesta por parte de la comunidad, en la mayoría de los casos desborda los límites del procedimiento y lo encamina a la dimensión sustancial de la que describiremos más adelante y que se relaciona con derechos fundamentales (Morales, 2014).

La transmisión de la información que se le comunica a las comunidades debe ser entendible para estas, lo que requiere que la consulta debe presentarse a la comunidad en su lengua, y de tal manera que esta comprenda el alcance y las variantes que pueden presentarse con la acción, pues es la comunidad la que puede determinar acertadamente el impacto que genera lo consultado.

La consulta debe realizarse a la institución indígena que ejerza autoridad en la comunidad, con el fin de garantizar la inclusión de la población en lo que refiere a la consulta, así como la promoción y reconocimiento a la autonomía de la organización política que se adopta en ese territorio (Gil & García, 2010).

La ausencia de normas jurídicas que se pronuncien al respecto del contenido de la consulta previa, permiten que el debate se centre en aspectos que no son relevantes para la vida en comunidad de los pueblos consultados, sin embargo, la consulta no puede escapar a la lógica de cada situación y esta debe estar revestida de un contenido que permita conciliar los intereses de la comunidad y la medidas legales o administrativas que se ejerzan en el territorio (Rodríguez & Garavito, 2010).

A modo general, la consulta previa como elemento del procedimiento, permite relacionar particularidades que escapan a lo sustancial como la respuesta de la comunidad por lo planteado en la consulta, el lenguaje adecuado por medio del cual se comunica la consulta y la búsqueda conciliatoria a la que debe estar orientado el documento presentado a la comunidad indígena.

## **CONCLUSIONES**

Como un mecanismo efectivo de garantía y respeto, se gestó en el derecho internacional una convención dirigida a las comunidades indígenas en 1989, que tendría como resultado un acuerdo multilateral que contiene un catálogo de derechos propios, orientados al respeto de la diversidad étnica y cultural común a muchos países del mundo, a partir de la invención de un mecanismo de consulta para estas comunidades, en donde se les permitiera interactuar con las decisiones de gobierno, desde el respeto a la cosmovisión de las comunidades étnicas que se amparan por el mecanismo de la consulta previa.

Bajo esta disposición de carácter trasnacional, creciente con la ratificación por parte de los estados, los tribunales internacionales encargados de administrar justicia en relación con los Derechos Humanos, como en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene jurisdicción en Colombia, tomó protagonismo en el desarrollo aplicado de estos derechos, teniendo en cuenta la relevancia que tiene la consulta previa, para garantizar la subsistencia de las comunidades indígenas.

La orientación del ordenamiento jurídico colombiano dirigido a la protección de los derechos de las comunidades étnicas, emana de una esfera que se encuentra más desarrollada en el escenario internacional, toda vez que toma elementos de declaraciones multilaterales a las que se ha vinculado Colombia con el tiempo para enriquecer la regulación normativa interna sobre la materia. Evidencia de esto en relación con las comunidades indígenas, es la incorporación del convenio 169 de la OIT, en virtud de cual se consagra el derecho a ser consultados cuando una medida legislativa o administrativa afecte de alguna manera a una comunidad indígena.

La incorporación del tratado 169 de la OIT al sistema jurídico colombiano, permitió la incursión de una serie de normas en donde se destaca de manera importante la consulta previa, esta aplicación que en principio es solo contra medidas administrativas y legales, se extiende por interpretaciones jurisprudenciales a las actuaciones de entes privados, o a la incorporación de tratados internacionales que se relacionen con la esfera de la comunidad indígena.

Los aportes de la Corte Constitucional en materia de consulta previa, han establecido criterios que permiten evidenciar con claridad la figura jurídica, logrando definirla como un derecho fundamental, postura que emana del conjunto de derechos que están implícitos en la consulta misma, los cuales se relacionan con la organización política, la cultura, la religión y otros factores que se relacionan con los



aspectos que afectan a las comunidades étnicas. Sin embargo, a pesar de que la consulta previa se considera un derecho fundamental, tiene una representación como instrumento procesal, es decir que establece un orden en el proceso que debe cumplirse para que esta se entienda surtida, es decir, que debe realizarse de manera formal, ante la autoridad que represente a la comunidad en general, mediante la exposición de los motivos de la consulta, los cuales deberán hacerse en forma clara, de tal manera que la comunidad consultada, dimensione el alcance de la medida que se pretende desarrollar en su territorio.

La consulta previa, debe ser implementada como un instrumento de mediación entre las comunidades que se desarrollan en el territorio colombiano, y las actividades del Estado, siempre su uso, debe estar orientado a la consecución del consentimiento de la comunidad consultada, partiendo de que no solo se manifiesta como un requisito procesal, pues la connotación de derecho fundamental de este mecanismo, está ligada a la subsistencia de la etnia que ha ocupado el territorio bajo el imperio de la organización que heredaron de sus antepasados.

Es de anotar, que la connotación de derecho fundamental que se ha presentado jurisprudencialmente en Colombia, no escapa a la dimensión procesal que ha adquirido por ministerio de la Ley, partiendo de que el procedimiento de consulta para una comunidad, debe hacerse anterior a la disposición administrativa o legal que se quiere desarrollar, también debe establecer un método de comunicación asertivo en el lenguaje de las comunidades, que permita concretar la información.

Concretamente, el marco jurídico internacional que conforma el bloque de constitucionalidad y consecuentemente la Corte Constitucional colombiana, definen la consulta previa como un derecho fundamental, en virtud del cual se garantizan postulados constitucionales, basados en la preservación de la riqueza étnica y cultural de la nación. Sin embargo, a diferencia de otros derechos fundamentales, la consulta previa lleva implícita una manifestación procesal, que le es inherente al

derecho, toda vez que conserva elementos formales necesarios para que se conforme.

Por último, cabe resaltar que, las instituciones jurídicas y administrativas en Colombia, han ido a la vanguardia del desarrollo de la consulta previa, retomando argumentos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se ha esforzado por dotar los ordenamientos jurídicos latinoamericanos de conceptos que sean aplicables en las relaciones con las comunidades étnicas que se desarrollan en los territorios en donde se encuentra vigente su jurisdicción.

## Bibliografía

- Arango, R. (2004). *Los Pueblos Indígenas de Colombia en el Umbral del Nuevo Milenio*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Cea, M. (2016). *La consulta indígena: Colombia-Perú-Chile*. Santiago de Chile: RIL editores.
- Cifuentes, E. (2006). *La acción de tutela en Colombia*. Santiago de Chile: Red Ius et Praxis.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. OAS Cataloging-in-Publication Data.
- Cubides, J. (2013). El nuevo control difuso de convencionalidad como mecanismo para la protección de los derechos humanos, *Rastros y rostros*, Año 5, No. 10, enero - Junio. P. 46-54.rid.
- Cubides, J. (2012). La relación del fenómeno de la constitucionalización del derecho con el derecho procesal constitucional. *Justicia Juris*, ISSN 1692-8571, Vol. 8. N° 1. Enero - junio 2012 Pág. 22-29
- Duque, A. (2012). *El Derecho fundamental a la Consulta Previa, Libre e Informada en el Caso de la Población Afrocolombiana*.
- Echeverry, Á. (2014). *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. Buenos Aires – Bogotá: editorial Astrea.
- Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF). (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas: la situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. . Lima: B - Oxfam.
- García, D. (2012). *El Derecho de las Minorías Étnicas a la Consulta Previa*. Colombia: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil .

- Gil, A., & García, A. (2010). *Guía de Consulta Previa y Comunidades Indígenas y Negras*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gonzalez, M. (1992). *El resguardo en el nuevo reino de Granada*. bogotá: Ancora.
- Hernandez, J. (2001). *Poder y Constitucion, el actual constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Editorial Legis.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). (2014). *El deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas*.
- Meneses, Y. (2012). El rol de la empresa transnacional extractiva de petróleo en la consulta previa con las comunidades indígenas. La experiencia en Colombia. *. Revista de Derecho No. 37, 1-35.*
- Morales, J. (2014). *La consulta previa: Un derecho fundamental*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley : Universidad Santo Tomás.
- Naranjo, V. (2010). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.
- Ordoñez, J., & Zaragoza, I. (2008). *Pueblos indígenas y tribales: respeto, participación y consulta*. México: Plaza y Valdés S.A.
- Rodríguez, C., & Garavito, M. (2010). *La consulta previa a pueblos indígenas, los estandares del derecho internacional*. Bogotá: Colección Justicia Global.
- Rodríguez, G. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez S. A.S.
- Romero, M. (2012). *Derecho Fundamental a la Consulta Previa: Línea Jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia*. Colombia: Editorial Kimpres Ltda.
- Sáchica, L. (1993). *La Corte Constitucional y su jurisdicción*. Santa fe de Bogotá: Editorial Temis.

Tirado, A. (2007). *Introducción a la historia económica de Colombia*. Bogotá: El âAncora.

Tobar, N. (2014). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas de Colombia como manifestación de la protección de la diversidad étnica y cultural*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

## **Jurisprudencia**

Corte Constitucional. (14, mayo, 2008). Sentencia C-641. *Declara exequible la Ley 1151 de 2007, en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional*. Magistrado Ponente. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (13, mayo, 2003). Sentencia SU-383. *la Presidencia de la República, a los Ministerios del Interior y la Justicia, y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Consejo Nacional de Estupefacientes y a cada uno de sus integrantes, a la Dirección Nacional de Estupefacientes y a la Policía Nacional, consultar de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos*. Magistrado Ponente. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. (14, marzo, 2012). Sentencia C-192. Declarar EXEQUIBLE el “Convenio Internacional de Maderas Tropicales, 2006”, hecho en Ginebra el 27 de enero de 2006. Magistrada Ponente. Maria Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (03, febrero, 1997) Sentencia SU-039. la Corte tuteló transitoriamente los derechos de participación, integridad étnica, cultural, social y económica y debido proceso del pueblo indígena U'WA, ordenando que éste sea consultado antes de proferir una resolución de exploración en su territorio. Magistrado Ponente. Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional. (04, agosto, 2014) Sentencia T-576. la Corte ordena revocar las sentencias proferidas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar emitida en primera instancia, así como el fallo de segunda instancia, proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que declararon improcedente la acción de tutela formulada por el señor Moisés Pérez Casseres. Magistrado Ponente. Magistrado Ponente. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (12, agosto, 2008) caso del pueblo Saramaka vs. Surinam.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (29, marzo, 2006). Caso comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Ob.cit., párrafo 60.