



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

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

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

### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra  
hacer obras derivadas

### 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.

**Análisis de la eficacia del Derecho a la Consulta Previa de las comunidades indígenas,  
étnicas y tribales étnicas en Colombia.1**

**Analysis of the effectiveness of the Right to Prior Consultation of indigenous, ethnic  
and ethnic tribal communities in Colombia.**

Maryi Paola Correal Peña

Universidad Católica de Colombia

**Resumen**

El presente artículo, presenta al lector un análisis sistemático efectuado a través de un método de investigación documental descriptiva, en donde se examina el marco conceptual, normativo y jurisprudencial sobre la consulta previa. Lo anterior, para determinar la relación que existe entre la variación del grado de afectación directa que determina la obligatoriedad de la consulta previa establecido por la Corte Constitucional, y la ineficacia del derecho a la participación de las comunidades étnicas colombianas. Para tal fin, se un estudio de tipo deductivo, en el cual se analiza la consulta previa desde el paradigma de los derechos humanos y fundamentales, la participación de las comunidades étnicas como una regla y como un principio de Derecho y, la graduación de la noción de afectación directa en el marco del derecho a la consulta previa.

---

1 Artículo de reflexión elaborado por Maryi Paola Correal Peña, estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, con materias culminadas, correo electrónico: [mpcorreal36@ucatolica.edu.co](mailto:mpcorreal36@ucatolica.edu.co), como Trabajo de Grado para optar al Título de Abogada, bajo la dirección del Doctor Marco Emilio Sánchez Acevedo, Docente Investigador de la Universidad Católica de Colombia

**Palabras clave:** Derechos fundamentales; Consulta previa; Comunidades étnicas; Exploración minera; Explotación minera; Grado de afectación directa; Participación ciudadana.

## **Abstract**

This article presents the reader with a systematic analysis carried out through a descriptive documentary research method, where the conceptual, normative and jurisprudential framework on prior consultation is examined. The foregoing, to determine the relationship that exists between the variation in the degree of direct affectation that determines the obligatory nature of the prior consultation established by the Constitutional Court, and the ineffectiveness of the right to participation of Colombian ethnic communities. To this end, it is a deductive study, which analyzes the prior consultation from the paradigm of human and fundamental rights, the participation of ethnic communities as a rule and as a principle of law and, the graduation of notion of direct involvement in the framework of the right to prior consultation.

**Key words:** Prior consultation; Ethnic communities; Mining exploration; Mining exploitation; Degree of direct involvement; Citizen participation.

## **Sumario**

Introducción. 1. La consulta previa analizada desde el paradigma de los derechos humanos y fundamentales. 1.1 Examen semántico de la consulta previa: Análisis doctrinal. 1.2 La consulta previa en el ámbito jurídico del derecho internacional. 1.3 Categorización de la

consulta previa en el sistema Colombiano. 2. El Derecho Fundamental a la participación de los pueblos indígenas y a la consulta previa: Un análisis dogmático respecto de su significado. 3. El concepto de afectación directa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. 3.1.

Conclusiones. Referencias.

### **Introducción**

La Consulta Previa está consagrada en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como un derecho fundamental de las comunidades indígenas, étnicas y tribales, que busca que se a través de un mecanismo de participación efectiva se puedan concertar y discutir aquellas medidas legislativas y administrativas que puedan afectar la integridad y los derechos de estas comunidades (Hillón, 2014).

Teniendo en cuenta lo anterior, la investigación propuesta en este artículo busca analizar la eficacia del Derecho a la Consulta Previa de las comunidades étnicamente diferenciadas que habitan en Colombia. Así entonces, en términos de pertinencia social, este tema es preponderante ya que ha tenido un impacto jurídico-político considerable en el ámbito interno, que ha dividido la opinión pública y, ha generado importantes debates y discusiones académicas, alrededor de la necesidad de implementar una reglamentación de categoría normativa sobre la consulta previa, que determine de manera clara los criterios que se tendrán en cuenta para la realización de la misma.

Para el análisis propuesto, es necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional, en ejercicio de su función garantista y protectora del ordenamiento jurídico de manera general

y, específicamente del plexo superior, como lo indican Cifuentes, Herrera, Mantilla & Carvajal (2018) ha determinado en algunos fallos que constituyen precedente jurisprudencial, la posibilidad de efectuar variaciones a la obligatoriedad de la consulta previa dependiendo del grado de afectación directa, lo cual ha generado en la praxis un limbo jurídico que presuntamente ha podido incidir en la ineficacia del mecanismo de consulta previa en el Estado colombiano.

De igual manera, en términos de originalidad la presente investigación plantea un Análisis concreto sobre la eficacia de la consulta previa, en la concertación y discusión de proyectos mineros. El planteamiento y desarrollo de la misma permite al lector comprender desde una perspectiva objetiva y teórica, los conceptos básicos de la consulta previa como mecanismo de participación, y las consecuencias que presenta la falta de reglamentación normativa expresa de los niveles de afectación del derecho fundamental a la consulta previa.

En razón a los argumentos que preceden, se ha planteado como pregunta de investigación en el presente artículo, la siguiente: ¿De qué manera puede afectar la eficacia y efectividad del derecho a la participación de las comunidades étnicas, la variación en el grado de afectación directa que determina la obligatoriedad de la consulta previa establecido por la Corte Constitucional colombiana en su jurisprudencia? Cuyo objetivo principal es determinar de qué manera puede afectar la eficacia y efectividad del derecho a la participación de las comunidades étnicas, la variación en el grado de afectación directa que determina la obligatoriedad de la consulta previa establecido por la Corte Constitucional colombiana en su jurisprudencia.

Para ello se desarrollan las siguientes actividades específicas, en primer lugar se elabora un análisis acerca de la consulta previa analizada desde el paradigma de los derechos humanos y fundamentales, en segundo lugar se realiza una exposición sobre las consideraciones esenciales del derecho fundamental de participación de pueblos indígenas y tribales a partir de una síntesis de la doctrina sobre el tema, por último se desarrolla la noción de afectación directa a partir de un acercamiento jurisprudencial, entendiendo que este concepto ha sido de amplio debate en el ordenamiento jurídico colombiano.

## **Metodología**

La metodología utilizada para la investigación es descriptiva documental que se centra en un análisis de tipo doctrinal y jurisprudencial hermenéutico que centra su análisis en las disposiciones emanadas de la Corte Constitucional y revisa argumentos dados en la doctrina, que permiten fundamentar la construcción de los argumentos del autor (Agudelo, 2018).

### **1. La consulta previa analizada desde el paradigma de los derechos humanos y fundamentales.**

El avance en materia de Derechos Humanos y sus sistemas universal y regionales de protección han generado un avance en el reconocimiento de los derechos de las minorías, en consecuencia se comienza a generar la necesidad de crear mecanismos para el reconocimiento y protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas, étnicos y tribales, lo que se materializó con la expedición del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (Bello, 2004).

Precisamente en el Convenio 169 de 1989, señala el deber de los Estados de establecer mecanismos que aseguren la participación de los pueblos indígenas, étnicos y tribales de

manera que se garantice la protección de sus derechos y el respeto por su integridad como comunidad, en razón de lo anterior, se prevé que la necesidad de consultar con estos aquellas medidas administrativas y legislativas que puedan afectarlos, lo que se conoce actualmente como consulta previa.

Ahora bien hecha la precisión anterior sobre el origen normativo de la consulta previa, es preciso entrar a analizar la definición que de este mecanismo se ha descrito en la doctrina y la jurisprudencia, y su alcance en el ordenamiento jurídico internacional e interno, lo que se describe a continuación.

#### 1.1. Examen semántico de la consulta previa: Análisis doctrinal:

La consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas, étnicos y tribales ha sido un tema de estudio frecuente por parte de diversos doctrinantes, que han definido este mecanismo desde diferentes perspectivas. Por ejemplo, Cerqueira (2015), señala que la consulta previa puede ser definida a grandes rasgos como el “(...) mecanismo de diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas, mediante el cual se les informa de forma clara, precisa, de buena fe y según sus tradiciones, sobre el impacto que un determinado proyecto” (p.162).

La anterior definición identifica la consulta previa como el mecanismo idóneo para establecer un contacto directo entre el gobierno y los pueblos indígenas, étnicos y tribales mediante el cual pueden someter a discusión y debate las medidas legislativas o administrativas que puedan generar una afectación para los mismos, lo que permitirá generar decisiones concertadas que mitiguen los riesgos de la medida y permitan optimizar sus beneficios.

En este mismo sentido, Salinas (2011) entiende la consulta previa como un derecho fundamental de los pueblos indígenas, que tiene como finalidad garantizar su integridad, pero adicional les permite participar activamente en aquellas decisiones sobre proyectos o actividades que los puedan afectar de alguna manera, siendo entonces realmente dos derechos los que confluyen en el ejercicio del mecanismo de consulta previa.

Siguiendo dicha línea argumental, Carrión (2012) explica que es un mecanismo de participación ciudadana que implica necesariamente “el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el marco normativo internacional, el cual surge como una necesidad de mostrar la sistemática exclusión de estos pueblos en la historia de la humanidad” (p. 125).

Es claro que las definiciones mencionadas privilegian el derecho de los pueblos indígenas, en la definición de la consulta previa señalando la importancia de este mecanismo para la preservación de la identidad cultural de estos, y su supervivencia como comunidad a futuro. Por otra parte, existen una serie de definiciones de este mecanismo desde una perspectiva apartada de las comunidades, y ven la misma como un requisito o barrera para proyectos o actividades a desarrollar en las zonas donde se encuentran asentadas dichas comunidades.

En este contexto, Morales (2014), la Consulta Previa, es un “requisito obligatorio para contratación pública en nuestro país, y a su vez es un derecho fundamental de los sujetos colectivos” (p.45), como se puede observar esta definición se enfoca en el significado de este mecanismo para la administración pública, teniendo en cuenta las advertencias que la misma da frente a los procesos de contratación, dejando en un segundo plano el derecho a la participación que tienen las comunidades, como es notorio.



Acotadas las anteriores definiciones, es posible inferir que que la Consulta Previa es un mecanismo y una herramienta de comunicación con el Estado y, con los dirigentes de los diferentes entes territoriales, con la que cuentan todos los ciudadanos, por mandato constitucional y convencional, teniendo en cuenta que el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por el Estado colombiano, a través de la expedición de la Ley 21 de 1991.

Analizado el contexto de la consulta previa desde la perspectiva doctrinal, es necesario entrar a analizar la forma en que se concibe este mecanismo desde la óptica del derecho internacional, como se observa a continuación.

### **1.2.La consulta previa en el ámbito jurídico del derecho internacional:**

Es importante señalar que el fundamento normativo del derecho de los pueblos indígenas, étnicos y tribales a la Consulta Previa es concretamente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), este tratado de orden internacional busca reivindicar los derechos de los cuales son titulares los pueblos y comunidades mencionadas anteriormente, para ello señala una serie de obligaciones que tienen los Estados respecto de los mismos.

En esa medida, este instrumento contiene una serie de elementos relevantes como lo es el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, étnicos y tribales y la necesidad imperante de proteger sus prácticas religiosas, culturales, sociales, entre otras, a fin de proteger la esencia de su comunidad en su integridad (Mereminskaya, 2011). No obstante, el mecanismo de consulta previa resulta el elemento preponderante dentro de las medidas mencionadas para la protección y participación de dichos pueblos.

En este sentido, el derecho a la consulta previa ha sido reconocido en el marco del derecho internacional como un mecanismo esencial para los pueblos indígenas, étnicos y tribales respecto de la garantía de supervivencia, en un contexto de riesgo al que viven sometidas estas comunidades por ser minorías. Como lo indica Patiño (2014) el reconocimiento del derecho a la participación de las comunidades a través de esta herramienta, permite que puedan participar activamente en las decisiones que se tomen por parte del Estado y que de esta manera se informen las características de la decisión, esta discusión den realizarla las partes guiadas por el principio de la buena fé.

Es importante señalar que posterior al Convenio 169 de la OIT, emitió una guía acerca de la aplicación de este tratado, con el fin de brindar herramientas útiles a los Estados y sus gobiernos sobre la correcta aplicación del mismo. En esta publicación se hacen importantes precisiones acerca del alcance de la norma, así como de la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, étnicos y tribales. Respecto de los antecedentes del Convenio, la OIT (2009) señala lo siguiente:

La situación de los pueblos indígenas es el resultado de procesos de discriminación históricos que han influenciado todos los aspectos de sus vidas y que tienen un efecto transversal en todos los sectores y trascienden los límites administrativos y las estructuras institucionales. Esto se ve reflejado en el amplio alcance del Convenio núm. 169 que cubre una amplia gama de cuestiones que atañen a los derechos de los pueblos indígenas y su bienestar (p.31).

Precisamente, buscando la reivindicación de los derechos de los que son titulares los pueblos indígenas, se hace necesario diseñar estrategias que les permita hacer exigibles esos

derechos, y autodeterminarse respecto de sus costumbres e identidad. De ahí precisamente que la consulta previa sea un mecanismo reconocido como una garantía de la participación de los pueblos indígenas, étnicos y tribales en el desarrollo de los estados donde habitan.

En razón de lo anterior, la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) en el 2007 a través de la expedición de la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” reitera la importancia de reconocer los derechos que los pueblos indígenas tienen respecto de su autodeterminación, y la importancia de los mecanismos de participación de estas comunidades, para hacer efectivo el mismo. Esta Declaración sin duda reitera la importancia de la consulta previa con los pueblos indígenas, étnicos y tribales como garantía fundamental de sus derechos.

De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido al derecho a la consulta previa, señalando que esta se constituye en un derecho fundamental, que en todo caso debe ser considerado como tal y no convertirse en un trámite o requisito más para la realización de algún proyecto o medida.

Al respecto, en la Sentencia del caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador (2012) la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló lo siguiente:

Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", "que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. En ese sentido, es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento

de “un clima de confianza mutua” y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia.

Es claro de acuerdo a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la Consulta previa no debe llevarse a cabo por los Estados como un requisito o trámite para la ejecución de medidas o la realización de proyectos, por el contrario el ejercicio de este derecho debe ejecutarse en el marco de un dialogo que permita profundizar en las características de la medida o proyecto y de esta manera se puedan establecer acuerdos y estrategias para los impactos positivos y negativos que pueda traer el mismo.

### **1.3.Categorización de la consulta previa en el sistema Colombiano:**

García (2012) señala que el mecanismo de consulta previa debe considerarse como una oportunidad para que los gobiernos interactúen con las comunidades indígenas, étnicas y tribales y a través de la participación integren a estas en los proyectos de desarrollo económico y de infraestructura del país, sin que dicha participación se vea limitada por intereses de terceros, ni por un afán desmedido de iniciar la ejecución de los mismos.

El derecho a la consulta previa se ha revestido de la categoría de fundamental, teniendo en cuenta que el mismo garantiza la supervivencia de los pueblos indígenas, étnicos y tribales, sus costumbres y creencias, es decir su integralidad, razón por la cual no puede considerarse como un derecho de segunda o tercera generación, ya que se estaría desconociendo la importancia de estas comunidades dentro de los Estados y su derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional, frente a la categorización de la consulta previa como derecho fundamental autónomo, ha expresado lo siguiente:

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social (Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997).

Esta descripción realizada por la Corte Constitucional se fundamenta en la concepción de relacionar de manera directa la consulta previa con el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas, étnicos y tribales, que además del fundamento constitucional que lo soporta se ve reforzado por las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Estado colombiano.

Ahora bien, respecto del significado de dicha categorización y sus efectos jurídicos en el contexto colombiano, a continuación se presentará el análisis pertinente.

## **2. El Derecho Fundamental a la participación de los pueblos indígenas y a la consulta previa: Un análisis dogmático respecto de su significado.**

Los derechos fundamentales o Grundrechte desde el paradigma propuesto por el jurista alemán Robert Alexy, son considerados como los “derechos más importantes de los individuos, protegidos por la Constitución, y oponibles frente al Estado y, a los particulares”

(Pulido, 2007, p. 10), lo cual, tiene una especial relación con lo estipulado por el Tribunal Constitucional Alemán a partir de la Sentencia Lüth, en donde se reconoce de manera categórica el efecto entre terceros de los derechos fundamentales y, con la consideración de los mismos como “el conjunto de condiciones que permiten a la libertad de cada uno acomodarse a la libertad de todos” (Galán, 2016, p. 105).

En otras palabras, el concepto de derecho fundamental necesariamente está ligado con el concepto de dignidad humana de los individuos, en este caso concreto se entiende que la participación de los pueblos indígenas, étnicos y tribales en las decisiones que puedan llegar a afectarlos, teniendo en cuenta que dicha participación les permitirá discutir aquellas medidas que consideren pueden tener una afectación grave de sus costumbres, su naturaleza, su cosmovisión del territorio entre otros, que son aspectos esenciales de la supervivencia de estas comunidades.

Por su parte, Ferrajoli explica en su obra *Fundamento de los Derechos Fundamentales*, que dichos derechos desde una perspectiva puramente formal o estructural son “derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto dotados del *status* de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (Ferrajoli, 2001, p. 19).

Para lo cual, es necesario entender los derechos subjetivos, como una expectativa de categoría positiva (de prestación) y, como un mandato de categoría negativa, en donde el eje central es la prohibición de lesión, atribuible a los sujetos por una norma jurídica, la cual se encuentra integrada por las reglas – entendidas como “normas que exigen algo determinado, son mandatos definitivos cuya aplicación se da a través de la subsunción” (Portocarrero,

2016, p. 25) –, por los principios que son mandatos de obligatorio cumplimiento “considerados como normas jurídicas” (Prieto, 2015, p. 40), y directrices políticas.

Es necesario resaltar que los pueblos indígenas y étnicos desarrollan dentro de su núcleo social organizaciones políticas que son un factor importante, sobre todo en los Estados andinos de Colombia, Bolivia y Ecuador, ello teniendo en cuenta la presencia de grupos indígenas y tribales que existen en estos países.

Es por ello, que en estos Estados se habla de una permanente confrontación entre los derechos de los pueblos indígenas y el desarrollo en diversos sectores como el de infraestructura y minería, ello producto de ideas divergentes sobre el futuro desarrollo del país (Semper, 2006). Es entonces fundamental, contar con la participación activa de los pueblos indígenas en aquellas decisiones que los puedan afectar, lo que permite llegar a consensos respecto de la viabilidad de los proyectos.

En el caso de la consulta previa, la Corte Constitucional ha dejado claro que el ejercicio de este derecho fundamental comprende que el mismo pueda ser protegido mediante la acción de tutela, como en varias ocasiones se ha hecho, en los casos que las autoridades administrativas omitieron el trámite de consulta previa pese a estar obligados a realizarlo. En ese sentido, al categorizar el derecho a la consulta previa como fundamental se genera un carácter vinculante para las autoridades sobre la realización de la misma, y este derecho no se materializará en simples reuniones informativas o con la simple intervención en la actuación, ya que se debe garantizar un dialogo entre las partes que lleve a consensos respecto de la medida o proyecto que se pretende ejecutar.

Es decir, los derechos fundamentales son el fundamento axiológico del sistema jurídico, por lo cual, también pueden ser considerados “condiciones de posibilidad, que legitiman un orden jurídico y político y, a su vez, son construcciones, que se fundamentan en la dinámica participativa y discursiva de los ciudadanos bajo condiciones de racionalidad e imparcialidad” (Habermas, 2002, p. 53). Por dichas razones, la consulta previa en el ordenamiento jurídico fue catalogada por el constituyente originario, como un derecho de raigambre fundamental, que se desprende del derecho a la libre determinación de los pueblos y a la participación.

Ahora bien, en el caso de los pueblos indígenas y tribales esa libre autodeterminación, como lo señala Gaona (2013) abarca aspectos políticos, sociales y territoriales que hacen referencia especialmente a aquella autonomía que tienen estos pueblos para proteger sus territorios, y preservar de la forma en que su cosmovisión lo considere, los recursos naturales presenten en estos. Es por ello que cualquier incidencia que pueda tener una decisión o medida en lo anterior, necesita de una concertación con estos pueblos, a fin de que no se vulnere la autodeterminación.

En razón de ello, Zamora & Ormaza (2019) al describir la importancia de la consulta previa como un ejercicio pleno de participación de las comunidades indígenas busca garantizar la permanencia de su carácter pluricultural, por ello, la participación efectiva en las decisiones que se tomen y puedan afectarles no es más que una garantía de sus derechos, y de su propia subsistencia. y es que como se puede evidenciar a lo largo del territorio colombiano, existe aún una riqueza cultural y étnica que debe ser preservada mediante la protección del Estado a los derechos de estas comunidades.



En consecuencia, el Estado colombiano es quien debe propiciar escenarios reales de participación de los pueblos indígenas en los mecanismos de consulta previa, donde exista un debate real sobre las afectaciones que pueden causarse por un proyecto o una medida. Ello teniendo en cuenta que el derecho a la participación solo puede ser ejercido con el conocimiento debido del tema que se esta discutiendo.

En síntesis, el derecho a participación de las comunidades indígenas y étnicas, no se concreta al sentarse con unos representantes de estas comunidades, sin que se haya dado una información veraz y real sobre el proyecto. La importancia del ejercicio correcto de este derecho, lo sintetiza García (2012) de la siguiente manera:

Un gobierno que aplica de manera efectiva el derecho a la participación de los pueblos indígenas estará en capacidad de formular una política pública que promueva su bienestar con respeto de su identidad y con reconocimiento y protección de sus derechos y los pueblos indígenas serán actores en los procesos de desarrollo en sus territorios y partícipes directos de los beneficios que se generan de la aplicación de esos planes (p.31).

Al respecto, precisamente Ramírez & Giraldo (2016) sostienen que “solo es posible defender los intereses de las comunidades sobre los intereses del capital, en la medida en que existan pueblos informados” (p.7), por ello es preciso que el derecho a la participación se ejerza a partir del conocimiento de la medida que se está consultando.

### **3. El concepto de afectación directa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.**

Es importante señalar que si bien el Convenio 169 de la OIT señalo la obligatoriedad que tienen los Estados y sus autoridades administrativas de realizar la consulta previa cuando se pretendan tomar medidas administrativas, legislativas o mixtas que puedan afectar directamente el desarrollo de las comunidades indígenas, étnicas y tribales (Rodríguez, 2011); no se definió con claridad lo que debe entenderse por “afectación directa”, razón por la cual en el ámbito colombiano dicho concepto ha sido ampliamente interpretado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Siendo este concepto clave al momento de establecer la obligatoriedad de la consulta previa, no se ha definido ni clarificado por el derecho internacional, así como tampoco en la legislación interna, lo que al final crea un escenario de inseguridad jurídica. Esto debido a que al mencionar el Convenio que se deben proteger los territorios indígenas, el deber de reconocer el derecho a la propiedad colectiva e individual a favor de los pueblos indígenas, el deber de no trasladar a estos pueblos de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, no se da un alcance real a los siguientes mandatos .

En este mismo sentido, cuando se habla de la necesidad de garantizarles tierras de la misma calidad o medidas de compensación acordes con sus costumbres y cultura, el concepto en definitiva resulta demasiado amplio y deja en un limbo la obligatoriedad de la consulta previa. Sobre este tema la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente, al tenor literal:

No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6º se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean

susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de aplicación del convenio. De este modo, si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectiva (Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008).

Precisamente, el alcance de la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido desarrollado en su mayoría a partir de la jurisprudencia que ha tratado de dar luces respecto de la obligatoriedad y el alcance de la consulta de la consulta previa.

Por ejemplo, en la Sentencia SU-097 de 1997 se advirtió que el objetivo de garantizar el derecho a la participación de las comunidades indígenas en aquellas medidas o decisiones que los afecten tiene que ver concretamente con la preservación de su “integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”.

Esto debe entenderse desde el contexto de la cosmovisión de los pueblos indígenas y tribales, que tienen como esencia aspectos diferentes a los de los ciudadanos del común y ven por ejemplo en los recursos naturales, elementos indispensables para conservar su identidad, su cultura, sus creencias religiosas, en consecuencia, cualquier afectación a estos elementos, que

parezca insignificante para cualquier persona, para una comunidad indígena o étnica puede afectar gravemente su integridad.

Por ello, se ha precisado por parte de la Corte Constitucional que los derechos de los pueblos indígenas y tribales están revestidos de una especial importancia:

La jurisprudencia ha entendido que, en virtud de este principio, los pueblos indígenas o tribales gozan de un tratamiento especial, conforme a los valores culturales y las particularidades propias de su condición, de ahí que existan disposiciones constitucionales que reconocen el derecho de propiedad de resguardos y tierras colectivas inalienables, imprescriptibles e inembargables; la jurisdicción especial para los pueblos indígenas; el derecho a gobernarse por sus propias autoridades según sus usos y costumbres; y un régimen especial de representación en el Congreso para las comunidades indígenas y los grupos étnicos, entre otras disposiciones (Corte Constitucional, Sentencia T-479 de 2018).

Lo anterior, de cierta manera termina facultando a las autoridades de cada Estado para que definan el alcance de la consulta previa y lo que se entenderá por afectación directa, lo que concretamente en Colombia se ha realizado por la Corte Constitucional, quien ha tomado decisiones en cada caso concreto sometido a su consideración, sin definir unos parámetros concretos para que las autoridades administrativas definan si se deben o no ejecutar consultas previas en determinados proyectos.

En este contexto, es necesario remitirse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional donde se ha referido al alcance del concepto de afectación directa, para entender con mayor claridad porque el mismo presenta una problemática notoria.

### **3.1. Acercamiento jurisprudencial sobre la noción de afectación directa en el ordenamiento jurídico colombiano:**

El alto tribunal constitucional colombiano, ha desarrollado el mencionado concepto de afectación directa, especialmente en los casos enmarcados por actuaciones de la administración, dentro de los cuales se encuentra la expedición de los actos administrativos que otorgan títulos mineros. En dicho contexto, el criterio de afectación que determina la obligatoriedad de la consulta previa se determina teniendo en cuenta el impacto sobre la autonomía, diversidad e idiosincrasia de la comunidad indígena o afrodescendiente.

En esa medida, la Corte Constitucional ha indicado que la afectación directa debe entenderse como:

“la afectación directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes por parte de una medida legislativa o administrativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar de que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando, aunque se está ante una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades

tradicionales, por lo que puede generarse o bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una comisión legislativa relativa que las discrimine”(Corte Constitucional, Sentencia T-776 de 2015).

Dicha definición, contempla unos criterios bastante amplios, y que no aclarar el concepto de afectación directa, ya que en definitiva la tarea de caracterizar a cada comunidad respecto de los elementos que conforman su identidad resulta casi imposible a la luz del censo de pueblos indígenas, étnicos y tribales que existen en Colombia, y al final esto conlleva a que la situación tenga que ser evaluada por un juez constitucional que defina la procedencia o no de la consulta previa.

Esta determinación del alto tribunal, podría llegar a afectar las decisiones emanadas por el pueblo en el proceso de consulta previa pues, la determinación o categorización de dicho nivel de afectación es netamente discrecional, ya que como se mencionó, es un tema que no ha sido regulado por el legislador, por ello, la decisión que toman las personas pertenecientes a comunidades étnicas diferenciadas en ejercicio del principio de soberanía popular por medio de la consulta previa, así sea mayoritaria, puede ser limitada e incluso desconocida por el juez si considera que no existe incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente en las actividades de desarrollo que pueden tener esos pueblos.

Ahora bien, en otros de sus pronunciamientos ha sido clara la Corte Constitucional frente a la dificultad de delimitar el concepto de afectación directa, señalando que es necesario entrar a analizar cada caso concreto. Como lo dijo en la Sentencia T-197 de 2016:

En ese orden de ideas, es claro que los escenarios de afectación directa son múltiples y, en consecuencia, no existen unos criterios uniformes para el efecto. Por ende, deberá determinarse en cada caso si los efectos de la medida o proyecto inciden en la conformación de la identidad diferenciada de los pueblos étnicos. Para ello, el aspecto central a tener en cuenta es la significación que para el ethos de la comunidad tiene la materia debatida. Por ejemplo, asuntos como la explotación de recursos en el territorio en que habita la comunidad tradicional, o la regulación sobre el uso de la tierra, son generalmente materias que deben ser consultadas, habida cuenta la relación intrínseca entre la definición de la identidad étnica y el territorio (Corte Constitucional, Sentencia T-197 de 2016).

En ese sentido, es claro que “el derecho otorga por silencio de la ley, un espacio de libertad al juez” (Agudelo, 2017, p. 33), sin embargo, dicho margen de apreciación o espacio de discrecionalidad del operador jurídico en la construcción de la decisión judicial, no puede contrariar el modelo o justificación interna de la sentencia, en donde es imperativo el uso formal y, lógico de las normas jurídicas, entendidas estas en su sentido amplio como reglas, principio y directrices políticas, pues dicha situación, puede llegar a afectar principios fundantes del sistema como el de igualdad, en donde se configura como premisa central la exclusión de la conducta humana todo trato discriminatorio y desigual que no se pueda justificar constitucionalmente.

En la Sentencia de unificación SU- 123 de 2018 sobre el tema, esta corporación nuevamente describe una definición del concepto de afectación directa que no delimita el concepto, ni erradica la problemática de su amplitud.

(...) el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente. (Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018).

Respecto de dicha definición es importante señalar que en primer lugar el concepto no se delimita ya que como se menciona dicho impacto debe evaluarse respecto a muchos ámbitos como lo son los económicos, los religiosos, los culturales, entre otros que varían de manera amplia de una comunidad a otra, en segundo lugar, al mencionar el término de evidencia razonable no es claro, que puede considerarse como tal en el marco del estudio de la obligatoriedad de la consulta previa.

Por otra parte, en la misma jurisprudencia de esta corporación se ha advertido que la afectación directa debe considerarse como la “intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias” (Corte Constitucional, Sentencia T-011 de 2018), sin embargo nuevamente se advierte que la noción de tolerable o intolerable deja abiertas muchas posibilidades frente a la obligatoriedad de la consulta previa y el derecho a la participación de los pueblos indígenas.

En ese sentido, León (2013) señala que el argumento de la igualdad consiste en que “cuando los jueces aplican las leyes emanadas del legislativo todos los casos del mismo tipo recibirán la misma solución en consecuencia la exigencia del ideal político de igualdad justifica también la separación de poderes” (p. 90).



Por ello, y por la falta de una norma que determine expresamente los criterios que debe tener el juez para determinar o graduar la afectación directa de la decisión emanada de las consultas previas que realicen las comunidades indígenas, étnicas y tribales diferenciadas respecto de aquellas medidas o proyectos que pueden afectarle, ha impactado de manera negativa la autonomía, diversidad e idiosincrasia de algunas comunidades indígenas o afrodescendientes del territorio colombiano, ya que el operador jurídico ha adoptado como argumento, por ejemplo, el interés superior del menor, el cual permite desde esta perspectiva eventualmente realizar actividades en beneficio de las comunidades sin consulta previa.

Lo anterior, entendiendo que las definiciones que se han dado son genéricas y dejar a la interpretación de un juez o una autoridad lo que se denomina como afectación directa, ya que en diversas sentencias la definición que se da de este concepto es bastante amplia como se ha evidenciado.

Ahora bien, Sierra (2017) señala que la consulta previa, podría ser considerado como “uno de los instrumentos más emancipatorios en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, con el que cuentan los pueblos indígenas y las comunidades étnicas para defender sus territorios en la actualidad” (p. 3), es decir, la consulta previa desde esta perspectiva es una importante herramienta jurídica, que facilitó la desvinculación de los derechos primarios de los grupos nativos, autóctonos y raciales por razón de su existencia, lo cual sistemáticamente coopero especialmente con el amparo y salvaguarda de sus tierras y suelos en el ámbito cosmopolita y, con su reconocimiento como patrimonio histórico y cultural.

Por dicha razón es fundamental definir con prontitud un concepto único o unos criterios precisos que delimiten el concepto de afectación directa en el ámbito de la consulta previa, a

fin de no dejar dicha evaluación a la determinación de un juez y su interpretación sobre la integridad de una u otra comunidad indígena, étnica o tribal, corriendo el riesgo de que la eficacia de este instrumento disminuya afectando la subsistencia de los pueblos indígenas, étnicos y tribales.

Así entonces, como lo afirma Agudelo (2014) la única manera de realizar de manera adecuada la consulta previa en los términos que se ha dispuesto en la legislación internacional garantizando de manera efectiva el derecho a la participación de los pueblos indígenas y la inclusión directa en las decisiones que se tomen sobre temas que los afecten, únicamente se logrará a partir de un “análisis de los elementos de la estructura interna de las normas jurídicas” (Agudelo, 2014, p. 109).

### **Conclusiones.**

En primer lugar, es necesario resaltar la importancia del cumplimiento cabal del derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales en aquellas medidas que los afecten, ello teniendo en cuenta que a partir de las discusiones y debates que se generan en los procesos de consulta previa, se logran evidenciar las posibles afectaciones que se generan al pueblo indígena o tribal que habita en la zona de incidencia de la medida legislativa o administrativa.

En ese sentido es importante contar con herramientas claras para la realización de los procesos de consulta previa, ello con la finalidad de establecer si la misma cumple con las exigencias mínimas y realmente conlleva a un consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas y tribales, y no por el contrario es un mero trámite que no cumple con principios de información, veracidad y concertación.

Es por ello que la dificultad y amplitud que hoy se presenta sobre el concepto de afectación directa no permite que las entidades estatales tengan claro la obligatoriedad de la consulta previa, y puedan ejecutar el proceso de manera efectiva con las comunidades que habitan en la zona de influencia del proyecto, esto además genera reprocesos, ya que se torna necesario que el asunto sobre la afectación sea dirimido por un juez, por la amplitud y generalidad del término.

Como se observó en el escrito en varias sentencias de la Corte Constitucional se aborda la noción de afectación directa, sin embargo, todas ellas son definiciones amplias y difícilmente aplicables a un caso concreto. Ello termina incidiendo de manera concreta en la efectividad y la eficacia de la consulta previa, al generar debates y discusiones sobre la obligatoriedad de este proceso, lo que hace casi necesario que entre un juez a interpretar la situación y dirimir la controversia, ante la falta de elementos precisos que permitan identificar cuando se afecta a una comunidad y cuando no.

#### 4. Referencias

Agudelo, Ó. (2014). El Cálculo de las acciones. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 7(1), 107-126.

Agudelo, O. (2017). Subsunción y aplicación del Derecho. En J. L. O. Agudelo, *Lógica aplicada al razonamiento del derecho* (2 ed., págs. 23-56). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Agudelo, Ó. A. (2018). Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica. En Ó. A. Agudelo-Giraldo, J. E. León Molina, M. A. Prieto Salas, A. Alarcón-Peña & J. C. Jiménez-Triana. La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación (pp. 17-44). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Bello, B. M. (2004). Etnicidad y ciudadanía en América Latina: la acción colectiva de los pueblos indígenas (Vol. 79). Editorial CEPAL and United Nations Publications.

Carrión, P. (2012). Consulta previa: legislación y aplicación. Quito: (1 Ed.) Konrad Adenauer Stiftung.

Cerqueira, D. (2015). Por un fundamento ético-jurídico de la participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales. THEMIS: Revista de Derecho, (67), 155-166. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5279047>.

Cifuentes, G., Herrera, B., Mantilla, L., & Carvajal, P. (2018). La consulta previa en la jurisprudencia constitucional de Colombia: análisis de línea entre 1997-2015. Justicia, 23(33), pp. 11-36. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n33/0124-7441-just-33-00011.pdf>

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Galán, A. (2016). Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia, la moral y el derecho\*. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 10(2), 103-118. Recuperado de [https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas\\_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1321](https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1321).

Gaona Pando, G. (2013). El derecho a la tierra y protección del medio ambiente por los pueblos indígenas. *Nueva antropología*, 26(78), 141-161.

García, M. (2012). La protección internacional del derecho a la consulta previa. In C. Consejo de Estado (Ed.), *El Derecho de las Minorías Étnicas a la Consulta Previa* (Ed. Rev., pp. 30–39). Recuperado de <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/Libros/DerechoMinoriasEtnicasConsultaPrevia.pdf>

Habermas, J. (2002). *Verdad y Justificación*. Madrid: Trotta.

Hillón, Y. (2014). La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales. *Revista de Derecho*, (41),83-111. ISSN: 0121-8697. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=851/85131029004>

Machuca, D. (2016). El derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas: límites y alcances de la declaración de Naciones Unidas 2007. *Reflexión Política*, 18 (35), 166-175. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11046399014>

Mereminskaya, E. (2011). El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas. *Estudios públicos*, (121), 213-276. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3705882>

Morales, J. (2014). *La consulta previa*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Patiño, L. (2014). Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas. *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho*

Internacional, 7, 69-111. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/acdi7.2014.03>

Portocarrero, J. (2016). Ponderación y discrecionalidad: Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Prieto, M. A. (1). La moralidad como base para el proceso de axiomatización. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 9(1), 29-49. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2015.9.1.2>

Pulido, C. (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (3 ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

OIT (2009). Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Programa para promover el convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, (1 Ed). Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)

Ramírez, M. A., & Giraldo, O. M. (2017). Consulta Previa y Proyecto de ley en materia de Consulta Previa: Vulneración del Derecho fundamental en Colombia. *Criterio Libre Jurídico*, 14(1). Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1600>

Rodríguez, G. A. (2011). La consulta previa en medidas legislativas. *Verba Iuris*, (25), 149-163. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2190>

Salinas Alvarado, C. E. (2011). La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia (Prior Consultation as a Mandatory Requirement within Administrative Content Can Directly Affect Indigenous and Tribal Communities in Colombia). *Revista Derecho del Estado*, (27). Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1967569](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1967569)

Sierra, J. (2017). La importancia de decolonizar el derecho internacional de los derechos humanos: el caso de la consulta previa en Colombia. *Derecho del Estado* (39), 137-186.

Zamora, A. F., & Ormaza, D. A. (2019). El Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado. *Killkana sociales: Revista de Investigación Científica*, 3(2), 73-78. Recuperado de

### **Jurisprudencia**

Corte Constitucional (1997). Sentencia SU-097 de febrero 16. M.P María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2008). Sentencia C-030 de enero 23. M.P Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2018). Sentencia T-479 de diciembre 11. M.P José Fernando Reyes Cuartas.