

## IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA Y SU DEBATE ACTUAL. A PROPÓSITO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES\*

Xiomara L. ROMERO PÉREZ\*\*  
Alejandro ROSAS MARTÍNEZ\*\*\*

*Al doctor José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes,  
por su entrega a la difusión del conocimiento y la  
enseñanza sobre los pueblos indígenas y afroame-  
ricanos*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La consulta previa como un derecho funda-  
mental en Colombia.* III. *Debate actual: alcances y efectividad del derecho  
fundamental a la consulta previa.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

\* El objetivo del presente trabajo es que a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia se busca conocer cuál es el alcance y el contenido actual de la consulta previa en ese país, por lo cual se identificarán en las sentencias del tribunal constitucional los rasgos característicos de la consulta previa, así como las controversias que alrededor de este procedimiento se han generado.

En este texto se resalta el papel protagónico que ha tenido la Corte Constitucional colombiana en el desarrollo del deber estatal de realizar una consulta previa a los pueblos indígenas y tribales cuando se vayan a adoptar medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos, obligación que se desprende del Convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia. Se reconstruye la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que abrió la posibilidad para calificar la consulta previa como un derecho fundamental y se delimitan algunos aspectos de debate que constituirían importantes parámetros de comparación para países que como México son parte en el Convenio 169 de la OIT.

\*\* Magíster en derecho público de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho internacional público de la Universidad Nacional Autónoma de México y abogada de la Universidad Externado de Colombia (xiomara.romero@uexternado.edu.co).

\*\*\* Candidato a magíster en derechos humanos y democratización de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derechos humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad de Castilla-La Mancha y licenciado en derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (alejandrosas33@yahoo.es).

## I. INTRODUCCIÓN

El Convenio 169, *sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, de la Organización Internacional del Trabajo<sup>1</sup> (OIT) se considera el principal referente internacional especializado<sup>2</sup> sobre la protección de los derechos y la integridad de los pueblos indígenas y, particularmente, de la consulta a éstos en aquello que les afecte directamente.

El Convenio 169 de la OIT establece, como una medida general, el deber de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados cuando se trate de medidas legislativas o administrativas que les afecte directamente. También, este instrumento internacional establece, como obligaciones específicas, el deber de los gobiernos parte de consultar a los pueblos interesados sobre: 1) prospección y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras; 2) transmisión de los derechos sobre la tierra; 3) organización y funcionamiento de programas de formación profesional de aplicación general; 4) programas y servicios de educación, y 5) medidas concernientes a la enseñanza a leer y escribir.

Frente a lo expuesto se deben precisar dos cosas. Primero, en el Convenio 169 de la OIT se establece la consulta como un deber a cargo de los gobiernos, pero no así como un derecho. El deber de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados tiene relación con derechos reconocidos por el mismo instrumento internacional como, por ejemplo, el derecho a participar en la adopción de decisiones (artículo 60); el derecho a los recursos naturales, que comprende la utilización, administración y conservación de éstos en sus tierras (artículo 15); los derechos sobre la tierra, que comprende la posesión, el uso, la enajenación y la transmisión de ésta (artículo 17); el derecho a la educación, que comprende la creación de las propias instituciones y medios de educación y la facilitación de recursos apropiados para ello (artículo 27), así como la relación de este derecho con el derecho al trabajo,

<sup>1</sup> El Convenio 169 de la OIT fue adoptado el 27 de junio de 1989 en Ginebra, Suiza, en el marco de la septuagésima sexta reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo y en vigor desde el 5 de septiembre de 1991. El Convenio 169 de la OIT es el resultado de la revisión del Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de la misma organización, adoptado y en vigor en junio de 1957.

<sup>2</sup> “Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni los pactos, ni la Convención sobre la Discriminación Racial se refieren específicamente a los derechos de los pueblos originarios y afrocolombianos”. Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, “Antecedentes doctrinarios del derecho internacional público moderno: integracionismo e indigenismo de participación”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *XVII Jornadas Lascasianas Internacionales. Contacto y cooperación a través de las fronteras. Convenio 169 de la OIT, Pueblos originarios y afroamericanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 9 y 10.

que comprende el acceso voluntario a programas de formación profesional de aplicación general (artículo 22), y en relación con los derechos de los niños, que comprende la enseñanza a leer y escribir en la lengua indígena o aquella que se hable en el grupo al que pertenecen (artículo 28).

Segundo, la expresión “pueblos interesados” en el Convenio 169 de la OIT se refiere, de acuerdo con el artículo 1o. de ese instrumento internacional: *i*) a los pueblos tribales que se distinguen de otros sectores de la colectividad nacional por sus condiciones sociales, culturales y económicas y que se rigen por sus costumbres o tradiciones o por una legislación especial, así como *ii*) a los pueblos indígenas.<sup>3</sup>

Ahora, como se puede observar, si el referente principal de carácter internacional sobre la protección de los derechos e integridad de los pueblos indígenas y tribales no reconoce a la consulta como un derecho de éstos, resulta relevante saber con qué fundamento jurídico se habla de un derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el derecho interno de algunos Estados, como Colombia. Es a partir de lo anotado que nos interesa exponer con el presente texto cómo el sistema jurídico de Colombia reconoció a la consulta como un derecho fundamental y cuál es el actual debate alrededor de este tema en ese país, cuyo eje rector han sido los derechos e integridad de los pueblos indígenas.

Por lo anterior, el presente texto está dividido en dos partes. En la primera parte se examinará cómo el derecho a la consulta se reconoció en el sistema jurídico colombiano como un derecho fundamental. En la segunda parte se analizarán los efectos y alcances ya reconocidos a la consulta como derecho fundamental y, sobre todo, se expondrán algunas interrogantes que aún no han sido resueltas en el ordenamiento jurídico colombiano frente a este tema.

## II. LA CONSULTA PREVIA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA

Este apartado tiene como propósito poner de presente cómo la consulta previa fue incorporada como un derecho fundamental en el sistema jurídi-

<sup>3</sup> Convenio 169 de la OIT, artículo 1o.: “1. El presente Convenio se aplica: *a*) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; *b*) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. [...]”.

co colombiano. En específico se expondrá y analizará 1) la ausencia de una referencia expresa del citado derecho en el texto de la Constitución, 2) el bloque de constitucionalidad como fundamento del derecho a la consulta previa en el sistema jurídico colombiano, 3) los alcances del derecho a la consulta previa y 4) las razones por las que la consulta previa se reconoció como un derecho de los pueblos indígenas en Colombia.

### *1. Texto de la Constitución Política de Colombia*

La Constitución Política de Colombia es relativamente reciente, pues data del año de 1991. Dentro de su contenido se pueden identificar claramente dos partes: una dogmática y otra orgánica. La parte dogmática de la Constitución tiene un rico catálogo de derechos humanos, que incluye derechos de todas las generaciones; sin embargo, en el texto constitucional no hay ninguna disposición que refiera expresamente el derecho fundamental a la consulta previa.

La expresión “consulta” se reitera en el texto de la Constitución colombiana, pero en relación con otras figuras constitucionales, como, por ejemplo, la consulta popular, figura que es un mecanismo de participación democrática que tiene sustento en el derecho a participar de los ciudadanos para el ejercicio y control del gobierno y del poder político (artículos 40, 100, 103, 104, 105, 107, 241 y 291), y que es distinta de la consulta previa.

Igualmente, en la Constitución existe una mención al deber de consulta que el Estado tiene respecto de los intereses de la comunidad y del afectado tratándose de la indemnización previa por expropiación (artículo 58). De esta disposición pareciera que por el hecho de que la indemnización debe ser previa, también debe serlo la consulta a la que se refiere; sin embargo, de nueva cuenta no se trata de consulta previa ni está dirigido especialmente a las comunidades indígenas o a algún grupo étnico nacional.

Asimismo, el texto constitucional al referirse a las reglas sobre la conformación de las entidades territoriales indígenas y al gobierno de éstas tampoco hace referencia alguna a la consulta previa como un derecho de los pueblos indígenas o tribales. No obstante, en esas reglas se establece el deber del Estado de propiciar la participación de las comunidades indígenas tratándose de la conformación de las entidades territoriales indígenas y la explotación de los recursos naturales en sus territorios (artículos 329 y 330).

Por consiguiente, ¿cómo es que en Colombia se habla del derecho fundamental a la consulta previa sin que exista un fundamento expreso en el texto constitucional?

Pues bien, de acuerdo con Carlos Bernal, los derechos fundamentales son una especie del género derechos jurídicos subjetivos y guardan ciertas propiedades esenciales de naturaleza formal y material que les dan el carácter de fundamental. Las propiedades materiales corresponden con las facultades básicas que caracterizan a la persona en las teorías liberal, democrática y del Estado social. Esas propiedades básicas son a su vez esenciales del ser humano en razón de su dignidad humana, sin las que no podría desarrollar una vida digna, por lo que deben ser protegidas por los derechos fundamentales.<sup>4</sup> Las propiedades formales más aludidas se refieren a la inclusión del derecho al sistema jurídico para darle el carácter de fundamental ya sea mediante i) la inclusión de éste en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, ii) la inclusión del derecho en la Constitución, iii) su inclusión en una fuente formal diferente a la Constitución, pero a la que ésta remita, o iv) el reconocimiento que la jurisprudencia constitucional haga del derecho.<sup>5</sup>

En ese sentido, como ya anotamos, la Constitución de Colombia de 1991 no contiene en su texto el derecho a la consulta previa; sin embargo, este derecho fue incorporado a través de la figura del bloque de constitucionalidad, es decir, mediante la tercera propiedad formal de los derechos fundamentales que trata Carlos Bernal. Veamos.

## 2. *Bloque de constitucionalidad*

El bloque de constitucionalidad en Colombia se refiere a las normas de rango constitucional que no aparecen de forma expresa en el texto de la Constitución, pero que por mandato expreso o tácito de esta última tienen i) su misma fuerza normativa o ii) constituyen parámetros de control e interpretación constitucional.<sup>6</sup> En el tema de derechos humanos, el artículo 93 de la Constitución colombiana es el fundamento principal del bloque de constitucionalidad:

<sup>4</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, pp. 51-54.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 21 y 22.

<sup>6</sup> De acuerdo con Catalina Botero, “El concepto de bloque de constitucionalidad hace referencia a normas de rango o jerarquía constitucional que no aparecen directamente en el texto de la Constitución Política, pero que por mandato expreso o tácito de ésta última, tienen, para todos los efectos, su misma fuerza normativa (bloque en sentido estricto) o constituyen parámetros de control e interpretación constitucional (bloque en sentido amplio o lato)”. Botero Marino, Catalina, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 18.

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Colombia (...)

Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia SU-039 de 1997<sup>7</sup> señaló que la protección del derecho a la integridad de las comunidades indígenas en Colombia se garantiza y efectiviza mediante el ejercicio de otros derechos fundamentales, como, por ejemplo, el derecho a participar de los ciudadanos. Respecto del derecho a participar de los ciudadanos, el tribunal constitucional agregó que esa prerrogativa va más allá de la participación política, a partir de que Colombia es un Estado social organizado como una República participativa (artículo 1o.) y tiene como uno de sus fines esenciales el de “facilitar la participación de todos en las decisiones que les afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (artículo 2o.).

En esa oportunidad, la Corte Constitucional precisó que el derecho fundamental a participar de las comunidades indígenas, consagrado en el artículo 330 de la Constitución, se refuerza con el Convenio 169 de la OIT (aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991),<sup>8</sup> que hace parte del sistema jurídico colombiano y que, de conformidad a lo señalado en los artículos 93 y 94<sup>9</sup> constitucionales, junto con el artículo 40, numeral 2, constitucional y otras disposiciones de la Constitución (artículos 1o., 2o., 330, entre otras) hacen parte del bloque de constitucionalidad, lo que permite asegurar y hacer efectiva dicha participación como un derecho fundamental consistente en la participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones que les afecten. Es así que la participación de los pueblos indígenas a través del mecanismo de la consulta en las decisiones que pueden afectarlos directamente adquiere formalmente la connotación de derecho fundamental en el sistema jurídico colombiano.

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>8</sup> Ley 21 de 1991, *por medio de la cual se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O. I. T., Ginebra 1989*, publicada en el *Diario Oficial* núm. 39 720, año CXXVII, del 6 de marzo de 1991, pp. 1-4.

<sup>9</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 94: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Asimismo, en esa sentencia, el tribunal constitucional señaló que de los artículos 40, numeral 2, y 330, de la Constitución en relación con las normas del Convenio 169 de la OIT (artículos 5o., 6o. y 7o.) que aseguran la participación, se concluye que “la institución de la consulta a comunidades indígenas que pueden resultar afectadas... comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquellas y las autoridades”.

Fue esta la primera oportunidad en que la jurisprudencia constitucional en Colombia abordó el tema de la consulta previa en el marco de los derechos fundamentales, y a partir de la cual la Corte Constitucional ha sostenido, en reiteradas oportunidades, que la consulta previa a los pueblos indígenas es un derecho fundamental de éstos.

### 3. *Contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa*

Retomando la sentencia SU-039 de 1997 de la Corte Constitucional, la consulta previa a los pueblos indígenas conlleva relaciones de comunicación y entendimiento que como directrices buscan: *i*) que *tengan un conocimiento pleno* sobre las medidas o proyectos en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como de los mecanismos, los procedimientos y las actividades requeridas para su ejecución; *ii*) que *estén enteradas e ilustradas* sobre la forma de ejecución de las medidas o proyectos y de las afectaciones o menoscabo que se pueden generar a su cohesión social, cultural, económica y política, siendo esto último el elemento que las hacen subsistir y que los caracteriza como grupo humano singular; *iii*) que *tengan la oportunidad libre y sin interferencias*, mediante convocación a sus integrantes o representantes, *de valorar las ventajas y desventajas* de las medidas o proyectos sobre la comunidad misma y sus miembros; *iv*) que *sean oídas* las inquietudes y pretensiones que presenten respecto de la defensa de sus intereses; y *v*) que *puedan pronunciarse* sobre la viabilidad o no de las medidas y proyectos.<sup>10</sup> Además de esas directrices, el tribunal constitucional señaló que la consulta previa a los pueblos indígenas conlleva a: *vi*) que se presenten “*fórmulas de concertación y acuerdo*” con las comunidades, *vii*) que esas fórmulas resulten en una manifestación de su conformidad o no y *viii*) que tal manifestación sea dada por sus representantes autorizados.

En sentencias más recientes, la Corte Constitucional ha agregado que la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas establece otras reglas que se derivan del Convenio 169 de la OIT, tales como:

<sup>10</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 7.

que se realice de forma previa cuando se trate de medidas que les generen una afectación directa, es decir, específicamente a ellas;<sup>11</sup> que se encuentre sujeta al principio de la buena fe;<sup>12</sup> que se realice con procedimientos apropiados a las circunstancias; que debe estar precedida de un trámite preconsultivo;<sup>13</sup> que el consentimiento sea claro, libre e informado;<sup>14</sup> y que evite la afectación irreversible de las prácticas tradicionales que formen sus modos particulares de subsistencia como grupos diferenciados.<sup>15</sup>

En ese orden de ideas, es así que la consulta a los pueblos indígenas como un derecho fundamental va más allá de una simple intervención en la actuación administrativa que propende asegurar el derecho de defensa de quienes serán afectados por una medida de gobierno.<sup>16</sup>

Por consiguiente, los pueblos indígenas deben tener una participación activa y efectiva en la toma de decisiones que deba efectuar la autoridad del Estado y que les afecte directamente a aquéllos. La participación en la toma de decisiones debe ser lo más acordada y concertada y, para el caso de que así no fuese posible, la decisión de la autoridad estatal debe ser razonable, objetiva y proporcionada a la finalidad constitucional que exige la identidad diferenciada de esos pueblos, es decir, debe estar desprovista de arbitrariedad o autoritarismo.<sup>17</sup>

Y, ¿cuándo no es una consulta previa? De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, no tiene el valor de consulta la mera información o notificación que se hace a un pueblo indígena sobre las medidas o proyectos que les conciernen.<sup>18</sup>

Cabe señalar que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional colombiano, la consulta previa al tiempo que es un derecho fundamental de los pueblos indígenas también genera deberes para el Estado, entre los que se encuentra el de realizar los trámites idóneos y eficaces para que la participación de aquéllos sea efectiva con base en su identidad diferenciada.<sup>19</sup>

<sup>11</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-187 del 16 de marzo de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>12</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-030 del 23 de enero de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>13</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>14</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-382 del 22 de mayo de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>15</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 13.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, *op. cit.*, nota 7.

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 11.



#### 4. *Consulta previa como un derecho fundamental de los pueblos indígenas*

Pasemos ahora a otro interrogante, ¿por qué la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas en Colombia? Una respuesta a esta pregunta es que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales”,<sup>20</sup> ya que la protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados.<sup>21</sup>

Por tanto, del pueblo indígena como sujeto de derecho es necesario preservar su identidad e integridad étnica, social, económica y cultural, así como asegurar su subsistencia como grupo social,<sup>22</sup> de manera tal que se protejan derechos fundamentales como el derecho a la vida (artículo 11) y a la integridad étnica, cultural y social (artículo 12), en el marco de los deberes constitucionales como, por ejemplo, los de protección de la diversidad étnica y cultural (artículo 7o.) y protección de las riquezas culturales (artículo 8o.) de la Nación colombiana, tal y como lo dicta la Constitución Política de 1991.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 7.

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-380 del 13 de septiembre de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>22</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 7.

<sup>23</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-342 del 27 de julio de 1994, M. P. Antonio Barrea Carbonell.

Lo expuesto pone en evidencia cómo el Estado colombiano justificó el carácter de derecho fundamental de la consulta previa a partir de la interpretación del juez constitucional, sin que sea necesario que este derecho esté expreso en el texto de la Constitución.

### III. DEBATE ACTUAL: ALCANCE Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

Este apartado tiene como propósito poner de presente algunas discusiones actuales respecto del derecho fundamental a la consulta previa en Colombia, controversias que marcan el futuro de este derecho y la efectividad que podría tener el mismo. En específico, se han seleccionado tres temas de análisis en torno a la consulta previa: *a)* ampliación del sujeto activo, *b)* evaluación sobre las restricciones del derecho y *c)* carácter vinculante de la consulta previa.

#### 1. *Ampliación del sujeto activo del derecho fundamental a la consulta previa*

Como ya se mencionó, el Convenio 169 de la OIT tiene como objetivo la protección de los derechos y la integridad de los pueblos indígenas y tribales de los países parte.<sup>24</sup> Desde esta perspectiva, al ratificar el Convenio,<sup>25</sup> el Estado colombiano se obligó a brindar una especial protección a los pueblos indígenas que habitan en su territorio puesto que, hasta ese momento, Colombia no había reconocido ningún pueblo tribal.

No obstante, desde el año 2001,<sup>26</sup> la Corte Constitucional colombiana empezó a construir una línea jurisprudencial, según la cual, los pueblos indígenas no serían los únicos titulares del derecho fundamental a la consulta previa. En efecto, la primera evidencia que encontró la Corte Constitucional para ampliar la titularidad del derecho a la consulta previa en Colombia fue el artículo 55 transitorio de la Constitución Política de 1991.<sup>27</sup> De acuerdo con esta disposición, el Estado colombiano debía reconocer la propiedad colectiva de las comunidades negras ubicadas en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, en razón de que estas comunidades

<sup>24</sup> Consideraciones preliminares y artículo 1o. del Convenio 169 de la OIT.

<sup>25</sup> Colombia ratificó el Convenio 169 de la OIT el día 7 de agosto de 1991.

<sup>26</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-169 del 14 de febrero de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>27</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-955 del 17 de octubre de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

venían ocupando y explotando esas tierras baldías de acuerdo con sus prácticas tradicionales.<sup>28</sup>

Además, la Ley 70 de 1993 desarrolló el artículo 55 transitorio de la Constitución Política de Colombia. Esta ley definió en el numeral 5 del artículo 2o. la expresión *comunidades negras* como “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre (*sic*) dentro de la relación compo (*sic*)-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”.

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional ha destacado que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace a causa de su raza, es decir, en razón de su color de piel, sino con fundamento en que son un grupo étnico cuya identidad debe ser protegida.<sup>29</sup>

Así las cosas, de la interpretación de la disposición constitucional, en conjunto con la ley que la desarrolla, la Corte Constitucional interpretó que la Constitución colombiana de 1991 había hecho un reconocimiento implícito del carácter tribal de las comunidades negras, acorde con la definición de pueblo tribal contenida en el Convenio 169 de la OIT, según la cual los pueblos tribales tienen unas “condiciones sociales culturales y económicas [que los distinguen] de otros sectores de la colectividad nacional, y [además, están regidos] total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana precisó que las comunidades negras son un pueblo tribal debido a que comparten rasgos culturales y sociales que los diferencien de otros sectores de la población (criterio objetivo), y existe una identidad que le permite a sus individuos identificarse como miembros del grupo (criterio subjetivo).<sup>30</sup>

De lo expuesto hasta aquí se desprende que, en Colombia, los pueblos indígenas y las comunidades negras son titulares del derecho fundamental a la consulta previa. Los primeros en virtud de la mención expresa del Convenio 169 de la OIT, entre otros fundamentos normativos,<sup>31</sup> y los segundos a causa de una interpretación jurisprudencial hoy consolidada.

<sup>28</sup> *Ibidem* (consideración 4.1.).

<sup>29</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-461 del 14 de mayo de 2008, M. P. Manuel José Cepeda.

<sup>30</sup> La Corte Constitucional de Colombia reitera estos criterios en fallos recientes como en la sentencia C-915 del 16 de noviembre de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota, 11.

<sup>31</sup> Otros fundamentos jurídicos son el artículo 330 de la Constitución Política de Colombia y el Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro (además véase *supra* D) Consulta previa como un derecho fundamental de los pueblos indígenas).

Sin embargo, la titularidad del derecho fundamental a la consulta previa en Colombia no es tan clara como hasta ahora se ha presentado puesto que, desde el año 2001, los enunciados de las sentencias de la Corte Constitucional relacionan la consulta previa con los pueblos indígenas y *los grupos étnicos*, a pesar de que en el contenido de los pronunciamientos alude únicamente a los pueblos indígenas y a las comunidades negras. Bajo este panorama, surgen dos inquietudes. La primera inquietud es: ¿cuál es la razón para hacer una distinción entre pueblos indígenas y grupos étnicos, si la expresión grupos étnicos es el género y por tanto incluiría a los pueblos indígenas?, una posible respuesta es que dicha redacción o presentación busca armonizar las expresiones utilizadas en el ámbito interno con aquellas contenidas en el Convenio 169 de la OIT, el cual clasifica a los pueblos a los que se aplicará el Convenio, en pueblos indígenas y tribales.

La segunda inquietud es más interesante aún: ¿por qué emplear la expresión pueblos indígenas y grupos étnicos cuando, en realidad, las consideraciones de las sentencias se limitan a los pueblos indígenas y a las comunidades negras y no a todos los grupos étnicos de Colombia?, en este punto cabe recordar que, en Colombia, existen otros grupos étnicos reconocidos<sup>32</sup> como las comunidades raizales,<sup>33</sup> palenqueras y el pueblo ROM o gitano; incluso, es necesario enfatizar que, en lo que respecta a grupos étnicos, el Departamento Nacional de Planeación de Colombia distingue las comunidades afrocolombianas y las comunidades negras,<sup>34</sup> aun cuando otros órganos del Estado como la Corte Constitucional emplee sin distinción dichos términos en algunos de sus pronunciamientos.<sup>35</sup>

De allí que se concluya que el tema de la titularidad del derecho fundamental a la consulta previa en Colombia continúa en construcción debido a que, en el futuro, este derecho podría extenderse a algunos o a todos los

<sup>32</sup> Sobre los grupos étnicos en Colombia, consúltese el portal web del Departamento Nacional de Planeación: <http://www.dnp.gov.co/Programas/DesarrolloTerritorial/OrdenamientoyDesarrolloTerritorial/Grupos%C3%89tnicos.aspx> (página consultada el día 29 de noviembre de 2011).

<sup>33</sup> Por ejemplo, en el tema de circunscripción especial electoral hay referencias expresas a las comunidades raizales. Véanse, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-530 del 11 de noviembre de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, sentencia T-174 del 4 de mayo de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero y sentencia C-1022 del 16 de diciembre de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>34</sup> En este texto empleamos el término comunidades negras en razón de lo señalado en la Ley 70 de 1993 y lo indicado en la página oficial del Departamento Nacional de Planeación de Colombia.

<sup>35</sup> Lo que se refleja en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: sentencia C-175 del 18 de marzo de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, sentencia C-745 del 14 de septiembre de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, y *op. cit.*, nota 30, entre otros pronunciamientos.

grupos étnicos de Colombia o, por qué no, a otros grupos sociales de ese país, siempre y cuando dichos grupos se califiquen como pueblos tribales en razón de los criterios objetivo y subjetivo identificados por la Corte Constitucional con base en el texto del Convenio 169 de la OIT.

Sin duda, esta breve reflexión resulta interesante para México, en donde también está presente el multiculturalismo, ya que, al ratificar el Convenio 169 de la OIT el día 5 de septiembre de 1990,<sup>36</sup> el Estado mexicano también debería indagar sobre la posible existencia de pueblos tribales en su territorio para con ello otorgar el alcance debido al Convenio en cita.

## 2. *Evaluación sobre las restricciones del derecho fundamental a la consulta previa*

Como lo anotamos al inicio de este escrito, los Estados parte en el Convenio 169 de la OIT se obligaron, entre otros compromisos, a consultar a los pueblos indígenas y tribales sometidos a su jurisdicción sobre “cualquier medida legislativa o administrativa que los afecte directamente”. De este mandato se colige que, el Convenio 169 de la OIT no restringe la obligación de consulta previa de los Estados parte a determinados temas y tampoco delimita qué clase de medidas legislativas o administrativas deben consultarse a estos pueblos; simplemente, el Convenio obliga a los Estados parte a realizar una consulta previa cuando las medidas legislativas o administrativas que pretendan adoptar sus autoridades afecten de forma directa a los pueblos indígenas y tribales que estén bajo su jurisdicción.

En cuanto al alcance que se le ha otorgado a esta obligación, se considera que el caso colombiano podría ser un referente para otros países del continente, en especial, para el Estado mexicano. Veamos.

*Aparente restricción temática de la obligación de realizar la consulta previa.* De acuerdo con el artículo 330 de la Constitución Política de Colombia es necesario realizar una consulta previa a los pueblos indígenas cuando se va a efectuar una explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, previsión normativa que se extendió a las comunidades negras en virtud del artículo 76 de la Ley 99 de 1993.

Adicionalmente, la Ley 70 de 1993 de Colombia estableció que sería necesario realizar una consulta previa a las comunidades negras cuando: *i*) se fuera a determinar el manejo de las áreas de los Parques Nacionales, y personas de esa comunidad desarrollaran prácticas en esas zonas; *ii*) se

<sup>36</sup> Secretaría de Gobernación, *Diario Oficial de la Federación*, tomo CDXLVIII, núm. 17, 24 de enero de 1991, pp. 22-29.

fueran a establecer programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de esas comunidades, y *iii*) cuando se fuera a conformar la Unidad de Gestión de Proyectos para el apoyo de esas comunidades en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos.

Al lado de estas disposiciones normativas constitucionales y legales, numerosas sentencias de la Corte Constitucional vinculan el derecho fundamental a la consulta previa a temas ambientales y territoriales de los pueblos indígenas y de las comunidades negras.<sup>37</sup> Expresamente, en uno de sus pronunciamientos, la Corte Constitucional señaló: “[...] materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa”.<sup>38</sup>

Vistas así las cosas, podría concluirse que, en Colombia, el derecho fundamental a la consulta previa se restringe a temas vinculados al medio ambiente y a la delimitación de los territorios donde se asientan los pueblos indígenas y las comunidades negras,<sup>39</sup> pero ésta sería una idea errónea debido a que, aunque menos numerosos, la Corte Constitucional ha emitido fallos en los que aborda el derecho fundamental a la consulta previa frente a otros temas.

De manera que, la Corte Constitucional también ha sido enfática en señalar que la consulta previa “no se circunscribe al caso de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas — artículo 330— y al de la delimitación de las entidades territoriales indígenas — artículo 329—, que fueron los expresamente previstos por la Constitución”.<sup>40</sup> Así, ha agregado que es necesario realizar un análisis de cada caso concreto para determinar si la consulta previa debe realizarse o no.

<sup>37</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-652 del 10 de noviembre de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz, sentencia SU-383 del 10 de mayo de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, sentencia C-620 del 29 de julio de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, sentencia C-245 del 16 de marzo de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, sentencia T-880 del 26 de octubre de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, sentencia T-769 del 29 de octubre de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, sentencia T-547 del 10 de julio de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia C-915 de 2010, *op. cit.*, nota 30.

<sup>38</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 13 (consideración 13.2.).

<sup>39</sup> Hurtado Mora, Jorge Iván, “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites legislativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas”, en varios autores, *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, t. VIII, pp. 166-189.

<sup>40</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-383 de 2003, *op. cit.*, nota 37.

Por ejemplo, en la sentencia C-208 de 2007,<sup>41</sup> la Corte Constitucional examinó la necesidad de realizar una consulta previa a los grupos étnicos para efectos de adoptar un sistema especial de educación del cual dichos grupos serían beneficiarios.<sup>42</sup> El pronunciamiento se originó por una acción pública de inconstitucionalidad contra el Decreto 1278 de 2002, por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente. En esa oportunidad, el accionante, miembro de un resguardo indígena, argumentaba que la norma era inconstitucional debido a que vulneraba el derecho a una formación educativa que respetara y desarrollara su identidad cultural, al incluir a los docentes de los grupos étnicos en el régimen general.

En sus consideraciones, la Corte Constitucional abordó el derecho fundamental a la consulta previa e incluyó algunas reflexiones expuestas en este texto. Al final, la Corte Constitucional determinó que el legislador incurrió en una *omisión legislativa relativa* al abstenerse de regular lo relacionado con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos indígenas; por tanto, la Corte exhortó al legislador a regular la materia, garantizando los derechos a la diversidad étnica, la consulta previa y la educación especial de los grupos indígenas.

*Significado de la expresión: “cualquier medida legislativa”.* Del anterior recuento normativo, a propósito de los temas que se relacionan con la consulta previa, también se desprende que las medidas que se vinculan con la consulta previa son de carácter administrativo y que, por tanto, hay un silencio total en lo que respecta a las posibles medidas legislativas que requerirían este trámite.

La Corte Constitucional ha sido muy cuidadosa en este tema, debido a que las medidas legislativas, por regla general, involucran a todos los habitantes del Estado incluidos quienes integran los pueblos indígenas y las comunidades negras. Así que, en su análisis, la Corte es muy cuidadosa al determinar si la medida legislativa afecta directamente o no a este tipo de pueblos o comunidades.

Son varios los casos en los que la Corte Constitucional ha realizado un control de constitucionalidad sobre leyes que finalmente resultan inconstitucionales a causa de la omisión de la consulta previa;<sup>43</sup> sin embargo, en esta

<sup>41</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-208 del 21 de marzo de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>42</sup> Otro ejemplo es la sentencia C-615 del 2 de septiembre de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, mediante la cual la Corte Constitucional de Colombia abordó el tema de desarrollo integral y asistencia básica de la población indígena Wayuu frente a la necesidad de efectuar la consulta previa.

<sup>43</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-030 de 2008, *op. cit.*, nota 12, sentencia C-175 de 2009, sentencia C-175 de 2009, *op. cit.*, nota 35, y sentencia C-366 de 2011, *op. cit.*, nota 13.

ocasión, nos interesa destacar que la Corte Constitucional incluye dentro de las medidas legislativas frente a las cuales se debe examinar si se tenía el deber o no de realizar una consulta previa a: *i*) las leyes mediante las cuales se aprueban los tratados, para posteriormente ser ratificados por Colombia y *ii*) los actos legislativos de reforma constitucional.

En lo que atañe a las leyes aprobatorias de tratados internacionales, se tiene que el compromiso del Estado colombiano frente a los pueblos indígenas y a las comunidades negras es fuerte, debido a que la inclusión de estos grupos étnicos no sólo se presenta respecto de las leyes internas sino, también, frente a la política internacional del Estado. En este sentido, los resultados de una consulta previa o la omisión de este procedimiento podrían ser determinantes para que el Estado colombiano pueda ratificar o no un instrumento internacional.

Así, por ejemplo,<sup>44</sup> en la sentencia C-615 de 2009,<sup>45</sup> la Corte Constitucional declaró inexecutable la Ley 1214 de 2008 por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela, debido a que no se “pretermitió la realización de la consulta a las comunidades Wayúu, antes del sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República”.

De la misma forma, como se resaltó, dentro de las medidas legislativas, que, posiblemente, requieren de una consulta previa cuando se afecte directamente a los pueblos indígenas o a las comunidades negras, se incluyen las reformas constitucionales. Muestra de ello es la sentencia C-702 de 2010.<sup>46</sup> En este pronunciamiento la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 8 del artículo 2o. del Acto Legislativo No. 1 de 2009 por el cual se modifican y se adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia, específicamente, esta disposición desarrollaba el tema de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, la disposición aludía al régimen excepcional para las circunscripciones de minorías étnicas. El fundamento de la decisión fue que la Corte constató la omisión del deber de consulta previa a las comunidades étnicas afectadas con la reforma

<sup>44</sup> Otros casos en los que se ha abordado el tema, pero con otros resultados, son las sentencias de la Corte constitucional: sentencia C-750 del 24 de julio de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, sentencia C-615 de 2009, *op. cit.*, nota 42, y sentencia 608 del 3 de agosto de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>45</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 42.

<sup>46</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-702 del 6 de septiembre de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Otro ejemplo es la sentencia C-36 de 11 de mayo de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, de la Corte Constitucional de Colombia.



constitucional, situación que en el ordenamiento jurídico actual constituye un “vicio procedimental que se proyecta sustancialmente”.

### 3. Vinculación de la consulta previa

La Corte Constitucional colombiana ha realizado un gran esfuerzo por regular el proceso mediante el cual se deben realizar las consultas previas. Por ello ha identificado etapas que se deben agotar para la realización adecuada de una consulta previa.<sup>47</sup> En términos generales esas etapas podrían resumirse en dos grandes pasos. El primer paso es realizar un proceso preconsultivo, esto es, un proceso previo de información y acercamiento con la comunidad en el cual se definan, de común acuerdo entre las autoridades y la comunidad, las bases del procedimiento participativo. El segundo paso es la realización de la consulta, la cual debe efectuarse de buena fe, es decir, sin influenciar el proceso de toma de decisión por parte de la comunidad, procurando alcanzar un acuerdo y de manera oportuna.

En cuanto al procedimiento, la Corte Constitucional también se ha ocupado de esclarecer cuáles serían los efectos de la omisión de una consulta previa. Al respecto, la Corte ha señalado que, al ser la consulta previa un derecho fundamental, quienes consideren vulnerado su derecho pueden acudir a la acción de tutela para exigir que se practique la consulta pretermitida.<sup>48</sup> Y, en el caso de las medidas legislativas, cualquier ciudadano podría interponer una acción pública de inconstitucional con el propósito de que la ley se retire del ordenamiento jurídico a causa de la omisión de la consulta previa. Sin embargo, es llamativo corroborar que ninguna de las sentencias de la Corte Constitucional ahonda en los efectos que tendrían las consultas previas cuando éstas sí se realizan.

La pregunta entonces es si el resultado que arroja una consulta previa vincula a las autoridades. En otras palabras, si el pueblo indígena o la comunidad negra expresan su desacuerdo con la medida que se pretende adoptar mediante una consulta previa ¿podría la autoridad respectiva poner en marcha o adoptar la medida?

Al respecto se debe recordar que el Decreto Ley 200 del 3 de febrero de 2003, modificado por el Decreto 4530 de 2008, asigna al Ministerio del Interior y de Justicia la competencia de coordinar interinstitucionalmente la

<sup>47</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-187 de 2011, *op. cit.*, nota 11, y sentencia C-366 de 2011, *op. cit.*, nota 13.

<sup>48</sup> Corte Constitucional, sentencia T-129 del 3 de marzo de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

realización de las Consultas Previas con los grupos étnicos sobre los proyectos que puedan afectarlos. Sin embargo, a la fecha no hay una reglamentación general de la consulta previa, por lo cual se aplica el Decreto 1320 de 1998 que regula la consulta previa con las comunidades negras e indígenas para efectos de la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios.<sup>49</sup>

De este Decreto se resaltan dos disposiciones:

Artículo 5o. Participación de las comunidades indígenas y negras en la elaboración de los estudios ambientales. [...] En caso que los representantes de las comunidades indígenas y/o negras se nieguen a participar, u omitan dar respuesta dentro de los términos antes previstos, el interesado elaborará el estudio ambiental prescindiendo de tal participación.

Artículo 13. Desarrollo de la reunión. En la reunión de consulta se seguirá el siguiente procedimiento: [...]

e) En caso de no existir acuerdo respecto de las medidas contenidas en el Plan de Manejo Ambiental, se dará por terminada la reunión dejando en el acta constancia expresa de tal hecho y la autoridad ambiental competente decidirá sobre el particular en el acto que otorgue o niegue la licencia ambiental;

f) Si cualquiera de las comunidades indígenas o negras involucradas no asiste a la reunión de consulta, deberá justificar su inasistencia ante la autoridad ambiental, dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha programada para su celebración. En caso de que no exista justificación válida se entenderá que se encuentra de acuerdo con las medidas de prevención, corrección, mitigación, control o compensación de los impactos que se le puedan ocasionar [...]

Según se desprende del Decreto 1320 de 1998, la autoridad ambiental, independientemente del resultado de la consulta previa, es la encargada de decidir si la medida ambiental se implementa o no. No obstante, es pertinente poner de presente que la Corte Constitucional ha señalado en estos casos que

[...] cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural

<sup>49</sup> Cfr. Departamento Nacional de Planeación, República de Colombia, *Apuntes sobre la consulta previa con grupos étnicos (Documento de trabajo interno)*, Bogotá, marzo de 2011, visible en: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Grq2aX7b9gU%3d&tabid=273> (página consultada el 30 de noviembre de 2011).

y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.<sup>50</sup>

En consecuencia, la decisión que adopte la autoridad debe considerar siempre el resultado de la consulta previa y, de no haberse logrado un acuerdo e implementarse la medida, ésta debe ser objetiva, razonada y proporcional.<sup>51</sup>

Esta experiencia colombiana de los aspectos desarrollados y de las fallencias que aún se tienen sobre la regulación de la consulta previa, bien pueden servir a otros Estados, que, como en caso mexicano, también se encuentren comprometidos con la protección y la garantía de los grupos étnicos.

#### IV. CONCLUSIONES

En Colombia la consulta previa es considerada actualmente un derecho fundamental de los pueblos indígenas y de las comunidades negras en virtud de una interpretación sistemática de instrumentos internacionales y normas constitucionales realizada por la Corte Constitucional.

El Tribunal Constitucional colombiano empleó la figura de bloque de constitucionalidad para otorgar rango constitucional al Convenio 169 de la OIT. Así, de las obligaciones que se desprenden de ese Convenio, en particular el deber de consulta de los Estados parte, junto con la caracterización del Estado social de derecho colombiano, como un Estado pluriétnico y multicultural, se estructuró el derecho fundamental a la consulta previa.

Bajo esta categoría normativa, la Corte Constitucional ha desarrollado los rasgos característicos de la consulta previa y los efectos que podrían presentarse al omitir este procedimiento. Con base en el inciso *a* del artículo 6o. del Convenio 169 de la OIT, el Tribunal Constitucional colombiano ha reivindicado la realización de la consulta previa en Colombia frente a cualquier medida administrativa o legislativa que afecte directamente a los pueblos indígenas o a las comunidades negras, declarando inconstitucionales, si es del caso, leyes aprobatorias de tratados internacionales y reformas

<sup>50</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 11 y nota 42.

<sup>51</sup> Algunos apartes sobre una entrevista realizada a dos funcionarios de la División Jurídica del Ministerio del Medio Ambiente a propósito de este tema pueden consultarse en Peña Ramos, Rocío del Pilar y Téllez Bareño, Diana Julieth, *Un cambio jurídico y mental: derechos fundamentales colectivos*, tesis de licenciatura, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2004, pp. 111-114.

constitucionales a causa de la omisión o la indebida realización de la consulta previa.

La configuración jurisprudencial del derecho fundamental a la consulta previa deja algunos vacíos como la posible ampliación de la titularidad de este derecho a otros grupos étnicos colombianos o la determinación del carácter vinculante de la consulta previa cuando ésta se lleva a cabo. Sin embargo, los aportes de la Corte Constitucional colombiana al tema de consulta previa constituyen un parámetro digno de ser considerado por otros ordenamientos jurídicos.

A las autoridades colombianas se les hace un llamado para regular por vía legislativa el tema de consulta previa, atendiendo los derroteros establecidos por la Corte Constitucional y lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT.

A las autoridades mexicanas se les invita a considerar las experiencias de otros países para nutrir la regulación nacional de la consulta previa y así garantizar a los propios pueblos indígenas y los posibles pueblos tribales, la debida aplicación del Convenio 169 de la OIT.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL PULIDO, Carlos, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.
- BOTERO MARINO, Catalina, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, República de Colombia, *Apuntes sobre la consulta previa con grupos étnicos (Documento de trabajo interno)*, Bogotá, marzo de 2011, visible en: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Grq2aX7b9gU%3d&tabid=273> (página consultada el 30 de noviembre de 2011).
- HURTADO MORA, Jorge Iván, “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites legislativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas”, en varios autores, *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, t. VIII.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (coord.), *XVII Jornadas Lascasianas Internacionales. Contacto y cooperación a través de las fronteras. Convenio 169 de la OIT, Pueblos originarios y afroamericanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

PEÑA RAMOS, Rocío del Pilar y TÉLLEZ BAREÑO, Diana Julieth, *Un cambio jurídico y mental: derechos fundamentales colectivos*, tesis de licenciatura, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2004.  
Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co).