

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

**MÓNICA URIBE GÓMEZ
JUAN FERNANDO SANTA**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2008**

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

**MÓNICA URIBE GÓMEZ
JUAN FERNANDO SANTA**

**Proyecto de Grado para Optar al Título de
Abogado**

**Asesor: Esteban Hoyos Ceballos
Profesor Area de Derecho Público
Escuela de Derecho**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2008**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, febrero de 2008

CONTENIDO

Pág.

CAPITULO INTRODUCTORIO	5
1. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA	23
1.1 DESARROLLO NORMATIVO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA..	25
1.1.1 Convenio 169 de 1989 expedido por OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes	25
1.1.2 Decreto reglamentario 1320 de 1998	30
1.1.3 Ministerio del Interior, Resoluciones Número 023 y 028 de 1997	33
1.1.3.1 Resolución 023 de 1997.....	33
1.1.3.2 Resolución 028 de 1997.....	40
1.1.4 El derecho a la consulta previa, en la Constitución del 91	41
1.1.5 Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de consulta previa.....	42
1.1.5.1 Principales reglas constitucionales extraídas de la jurisprudencia en materia de consulta previa	42
1.1.5.2 Parámetros que determinan cuando la realización del derecho a la consulta previa, se constituye como una obligación por parte del gobierno nacional.....	50
1.2 EL ALCANCE DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LA PERTENENCIA DEL MISMO AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	56
1.2.1 El concepto de bloque de constitucionalidad en Colombia	58
1.2.2 Pertenencia de los Convenios expedidos por la OIT al bloque de constitucionalidad	62
1.2.3 Alcance y reconocimiento del derecho a la consulta previa.....	70
2. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES	75
BIBLIOGRAFÍA	80

CAPITULO INTRODUCTORIO

En el presente capítulo se buscará identificar el origen del multiculturalismo, así como las implicaciones de este dentro de los diferentes Estados, para posteriormente identificar la existencia de este fenómeno en los países latinoamericanos y reconocer así el paulatino y progresivo reconocimiento de derechos en favor de las minorías culturales.

En este orden de ideas, nos ocuparemos de Colombia como país latinoamericano con una gran diversidad cultural que se vio con la necesidad de adecuar su Constitución Política a la realidad multicultural existente en su territorio. Para convertirse así, con la creación de la Constitución de 1991, en un país con un marco constitucional modelo, en lo que concierne a garantías y protección de derechos de las minorías étnicas para el resto de países latinoamericanos.

Posteriormente y teniendo en cuenta el marco constitucional existente en Colombia, miraremos el alcance de dichas normas y analizaremos algunos pronunciamientos que la Corte Constitucional ha hecho de las mismas como intérprete autorizada de la Constitución Política; para finalmente hacer una breve introducción del capítulo siguiente el cual se referirá, en concreto, a la consulta previa como tema central de la presente monografía.

A lo largo del siglo XX, hemos presenciado un proceso intenso de resquebrajamiento de las fronteras culturales, políticas, económicas y sociales; producto de una migración masiva generada por las guerras, la pobreza, los gobiernos autoritarios; que ha desencadenado una diversidad cultural y una

coexistencia de múltiples visiones culturales dentro de un mismo espacio geopolítico.

Dicha diversidad cultural, ha cambiado el panorama político creando nuevos interrogantes y nuevas problemáticas tanto a nivel nacional como internacional, en relación con las mayorías y minorías culturales pues éstas enfrentan difíciles problemas relacionados con los derechos lingüísticos, autonomía territorial, educación, participación política y ejercicio de la religión. Sin embargo, a pesar de todo el panorama que ha sido planteado en el mundo contemporáneo, es paradójico que quienes se dedican al estudio de la filosofía política y los teóricos del derecho, no hayan analizado profundamente dicha problemática, sino que por el contrario han minimizado los intereses de las minorías, ya que la mayoría de los autores han construido sus modelos de Estado a partir de una idealización de una comunidad cuyas costumbres son dominantes, conformada por personas con diferencias irrelevantes; todo esto se ha reflejado en políticas gubernamentales tendientes a una eliminación material de la diversidad cultural.

Si bien éste ha sido el panorama constante en materia política desde principios del siglo XX, que aún en la actualidad conserva ciertos rasgos, sólo después de la segunda guerra mundial triunfó la intención de proteger los derechos de los grupos minoritarios. Tal protección se logró a través de la extensión de los derechos humanos a las personas pertenecientes a las minorías. Sin embargo pese a ese avance que se generó en materia de protección a los derechos de las minorías, con el tiempo se ha hecho evidente que dichos derechos son insuficientes para responder adecuadamente a las exigencias de estas comunidades, ya que los derechos humanos están estructurados en torno a los individuos y no a las colectividades donde pertenecen y se desarrollan, que son el referente primordial de las minorías culturales.

En este orden de ideas, la indiferencia y la mala comprensión de los juristas y filósofos políticos respecto de la pluralidad cultural, y de los retos que ésta genera, empezó a cambiar a fines de la década de los ochenta y comienzos de los noventa. En esta época, filósofos, políticos y teóricos del derecho comenzaron a reflexionar, tomando en cuenta las circunstancias particulares de la problemática que desencadena la diversidad cultural dentro de un Estado, para así tener en cuenta las diferencias culturales en que se desenvuelven las minorías, reconocer sus derechos e incluirlos dentro de las políticas estatales.

Sin embargo, por ser éstas primeras reflexiones elaboradas en su mayoría por los norteamericanos y europeos, son sesgadas y tienen varias limitantes, ya que por un lado solo se centraron en la dinámicas multiculturales de Norte América y de Europa Occidental dejando a un lado la dinámica específica de Asia, América latina y África; y por otro lado se construyeron con base en la filosofía política hegemónica de dicha época, la cual se concentraba en el liberalismo y por tanto las herramientas normativas que ofrecían para satisfacer las exigencias de las minorías, fueron diseñadas de tal forma que evitaran violar los valores fundamentales del liberalismo, es decir, las exigencias de las culturas no liberales son injustas para estos autores y por lo tanto deben ser rechazadas.

Para nadie es un secreto que la convivencia de distintas culturas en el territorio de un mismo Estado es una realidad común a la mayoría de los países del mundo. En particular, en el continente americano, donde debido al mestizaje cultural es característica primordial, la convivencia de una comunidad hegemónica estatal con minorías étnicas, las cuales poseen en su mayoría una diferente perspectiva del mundo, del ser humano; y tienen sus propias normas y sus propias autoridades.

Dichas minorías, casi que desde su conformación, vienen reclamando políticas estatales de reconocimiento a la diversidad y a las diferencias que los

caracterizan; así como el derecho a vivir en su territorio, conformar su propio proyecto de vida colectivo, según sus creencias y costumbres, dichos derechos han sido reclamados por las comunidades étnicas por casi más de 500 años, y sólo hace un poco más de dos décadas empezaron a tener resonancia en los diferentes ordenamientos jurídicos de los diferentes estados latinoamericanos, toda vez que antes de dicho momento los derechos reconocidos a los grupos minoritarios, no se basaban en la colectividad, sino que los mismos reposaban únicamente sobre el individuo perteneciente a un grupo determinado, en aras de protegerlos de la explotación y discriminación de los que eran objeto.

Habiendo hecho un esbozo general acerca del estado de cosas que dieron origen a la diversidad cultural, las implicaciones y consecuencias que dicha diversidad generó dentro de los Estados en cuanto a sus políticas y sus normas; pasaremos a analizar más concretamente el panorama latinoamericano, claro está, enfocándonos con más detalle en la realidad colombiana, para así observar la progresiva adaptación que los países de este hemisferio hicieron a sus constituciones políticas con el fin de enfrentar una realidad multicultural existente con anterioridad, pero reconocida política y normativamente mucho tiempo después.

Teniendo en cuenta dicho estado de cosas, más puntualmente, observando el precario tratamiento que se otorgaba a las poblaciones minoritarias en los ordenamientos jurídicos, fue sólo en la década de los 70 cuando empezó a tener eco en Latinoamérica la idea de una verdadera política de reconocimiento del multiculturalismo, es decir, una política que estableciera y comprendiera las diferencias de las minorías, lo cual conllevó a incorporar en los ordenamientos jurídicos, específicamente en las Constituciones de cada país, postulados acordes al reconocimiento otorgado a dichos grupos minoritarios, los cuales en su mayoría son indígenas en el sur del continente americano.

El primer país en incorporar en su Constitución Política, derechos atinentes al reconocimiento del multiculturalismo, fue Bolivia que en su Constitución de 1967 reconoció a las comunidades indígenas propias, derecho sobre sus territorios ancestrales y sobre los respectivos recursos naturales; además reconoció autonomía política, económica y social a estas comunidades. Posteriormente, los países centro americanos adoptaron esta nueva tendencia constitucional caracterizada por introducir derechos en pro del multiculturalismo. En 1972 Panamá y en 1985 Guatemala y Brasil, un año después Nicaragua. Sin embargo, la década de mayor auge de reformas constitucionales donde se incorporaron derechos multiculturales fue los 90. Colombia 1991, Paraguay 1992, Perú 1994, Ecuador 1998 y Venezuela 1999. Todas estas Constituciones consagraron en común un derecho a favor de los indígenas, el cual se traducía en el reconocimiento de autonomía dentro de su territorio.¹

Teniendo en cuenta el panorama mundial y latinoamericano, y el paulatino progreso en cuanto al reconocimiento del multiculturalismo en los diferentes países, Colombia al ser un país con un alto grado de diversidad cultural por la presencia de grupos indígenas y afrodescendientes, no es ajeno a dicho panorama, y al igual que el resto de países latinoamericanos se vio en la necesidad de aplicar y evaluar las escasas exigencias de las minorías, a la luz de las políticas liberales. Es por ello que en los últimos años y a partir de la Constitución de 1991, Colombia ha desarrollado uno de los marcos constitucionales y jurídicos más progresistas de América Latina en lo que se refiere a asuntos multiculturales, sirviendo como ejemplo para otros países de similares características, en materia jurídica.

¹ Una referencia a las normas constitucionales de la zona andina que recogen disposiciones multiculturales se puede encontrar en la página de Internet de la Comisión Andina de Juristas: <http://www.cajpe.org.pe/>.

Las constituciones iberoamericanas actualizadas pueden encontrarse en "Justicia Constitucional en Iberoamérica", <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/00-portada.htm>, septiembre de 2003.

La Constitución de 1991 promulgó una serie de derechos para la promoción y protección de la diversidad cultural, los cuales se pueden dividir en tres categorías: aquellos que proponen promover el autogobierno de las minorías y su autonomía territorial, los que proponen promover la participación política de las minorías; y por último, aquellos que proponen y protegen la expresión, defensa y reproducción del patrimonio cultural de las mismas.

Para poder hablar más específicamente de los derechos que promueven la diversidad cultural, los cuales se refieren a los indígenas de nuestro país, hay que tener en cuenta de manera imprescindible el concepto de derechos diferenciados de grupo, es decir, los derechos que se reconocen a un grupo en razón de sus diferencias, esta noción implica, que los grupos que comparten una experiencia particular, unas tradiciones, una visión del mundo, una cierta racionalidad, son entendidos como sujetos de derecho, y en tanto son sujetos de derecho se hacen acreedores a los derechos básicos de igualdad y libertad; en donde la igualdad es entendida bajo un criterio diferenciador.²

Es importante traer a colación el concepto de derechos diferenciados de grupo, toda vez que éste explica y justifica el trato diferencial que se les otorga a los indígenas, el cual se encuentra avalado y protegido por la Constitución en pro de la diversidad cultural. Esta estructura de derecho es contradictoria con la típica estructura de derechos individuales o liberales, que como se dijo anteriormente, no satisfacía las necesidades de las comunidades indígenas de la protección de sus derechos como colectividad; es por ello la relevancia que ha tenido esta noción a la hora de reconocer derechos a los indígenas, derechos que no recaen directamente sobre el individuo, pero que pueden ser reclamados por éste por el hecho de pertenecer a una colectividad. Más adelante veremos como la Corte Constitucional en sus pronunciamientos ha destacado la importancia de considerar

² KYMLICKA, Hill. La introducción del concepto de derechos diferenciados de grupo. (Ciudadanía Multicultural), p. 98.

el concepto de derechos diferenciados de grupo a la hora de justificar por que la Constitución da un trato diferenciado a las minorías culturales.

Es evidente que las comunidades indígenas son un grupo con diferencias relevantes respecto a la mayoría de habitantes del territorio colombiano, aunque en la actualidad no tan marcadas como lo eran tiempo atrás, pues sus condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen del resto de la población y cuentan con regulaciones especiales según sus costumbres y tradiciones. Estas diferencias son reclamadas por dichas comunidades, es por ello que la Constitución de 1991 utilizando como principio el reconocimiento de las diferencias propias de los grupos indígenas, otorgó a éstos una serie de derechos tendientes a convertir dicho principio en un fin mismo.

Teniendo en cuenta la justificación que encontró el constituyente para dar un trato diferenciado a las comunidades indígenas, basado en las diferencias características y esenciales de estos grupos, la Constitución de 1991 introdujo de forma novedosa y progresista la jurisdicción especial indígena como un derecho de los pueblos indígenas en Colombia, el cual en nuestro concepto es la máxima expresión de reconocimiento y respeto a la diversidad cultural, al permitir a las comunidades indígenas organizarse y gobernarse de acuerdo con sus características y conforme a su propia visión del mundo; la jurisdicción especial reconocida a los indígenas incluye el derecho a regirse por sus propias normas, es decir, crearlas y aplicarlas dentro de su territorio.

Como veremos posteriormente cuando miremos en detalle los artículos constitucionales que protegen la diversidad cultural, nos daremos cuenta como la Constitución de 1991 introdujo una serie de artículos como el artículo 246, los cuales reconocen a los pueblos indígenas una jurisdicción especial con base en sus diferencias como grupo con respecto a la mayoría de habitantes del territorio colombiano. Todo esto basado en el entendimiento y reconocimiento de la

existencia de una serie de derechos aplicables a grupos de individuos con ideologías, costumbres y una óptica del mundo diferente a la de una mayoría dominante dentro de un país, derechos que se tornan fundamentales para ellos si tenemos en cuenta que estas diferencias son la esencia de estos grupos y en cuanto haya un mayor grado de respeto de las diferencias, más digna será la vida de los individuos que conforman los grupos a los cuales se les otorga un trato diferenciado.

A pesar del avance que en materia multicultural ha tenido nuestra Constitución, no se puede ocultar que existen muchos retos por resolver en lo que concierne a la eficacia de los derechos otorgados a los indígenas, pues pese al progresivo reconocimiento multicultural y al establecimiento de una jurisdicción especial indígena dentro del territorio colombiano como máximo exponente de dicho reconocimiento; la evolución que se ha dado en esta materia se puede ver opacada por la falta de materialización de la misma, ya que da la impresión que después de habersele otorgado a los grupos indígenas cierta autonomía, ésta se ha venido confundiendo con un ausentismo estatal dentro de las comunidades indígenas en razón de la autonomía concedida.

El Estado para realmente materializar los derechos concedidos a los indígenas y evitar el mencionado ausentismo, debe con la colaboración de los pueblos indígenas, realizar una acción coordinada y constante con el propósito de proteger sus derechos y garantizar el respeto de su integridad. De esta manera, el Estado debe establecer los medios a través de los cuales los pueblos indígenas puedan participar libremente, y en todo nivel, en la adopción de decisiones dentro de las instituciones electivas y organismos administrativos responsables de políticas y programas que les afecten; igualmente el Estado debe establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de dichos pueblos y, cuando corresponda, proporcionar los recursos necesarios para este fin. Es por esto, que no basta el simple reconocimiento de una jurisdicción especial para los pueblos

indígenas, sino que el Estado al conceder este grado de autonomía debe acompañar de manera constante a estos pueblos, facilitándoles los medios para que estos se puedan desenvolver y participar de las decisiones que los afectan.

Después de hacer este breve recuento sobre el progresivo reconocimiento de la diversidad cultural a nivel mundial, latinoamericano y colombiano por supuesto, nos centraremos en indagar cuál ha sido la incorporación y el reconocimiento que la Constitución Política de Colombia ha hecho respecto de la diversidad cultural; para ello, se identificarán las diferentes normas constitucionales, legales y los decretos que hacen referencia a este asunto, así como los diferentes tratados internacionales sobre el tema suscritos por Colombia, la fuerza vinculante de los mismos y cual es su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico. Más específicamente identificaremos al interior de la Constitución colombiana los derechos políticos a favor de las minorías étnicas, concentrándonos en el derecho a la consulta previa que tienen las comunidades indígenas, derecho consagrado en el artículo 330 de la Constitución e igualmente en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia; toda vez que al parecer la consulta previa es un mecanismo importante con el que cuentan los pueblos indígenas a la hora de defender sus intereses y participar de manera activa en la adopción de decisiones y políticas que los afecten, con el fin de preservar sus costumbres y evitar una indebida injerencia del Estado en decisiones propias de dichos pueblos.

Una forma clara y contundente de evidenciar el novedoso reconocimiento que otorgó la Constitución a las minorías étnicas, es observar como este marco normativo introdujo de manera expresa una serie de normas que se encuentran plagadas a lo largo de su articulado, las cuales tienen como propósito otorgar una protección cultural, social y territorial a las minorías étnicas; logrando así que este nuevo marco normativo ofrezca nuevas garantías a los destinatarios de dichas normas y de cierto ambiente de tranquilidad a los grupos políticos que tiempo atrás luchaban por estas causas.

A raíz del reconocimiento de una realidad innegable de nuestro país, que es concomitante al origen del mismo, y la acertada inclusión de esta realidad en la Constitución de 1991, hizo que Colombia incluyera como uno de sus principios rectores de su ordenamiento jurídico la pluralidad, el cual se ve reflejado a lo largo del articulado constitucional. Es por ello que a continuación se hará un breve recuento de los artículos constitucionales más relevantes en cuanto al reconocimiento del pluriculturalismo.

Con el surgimiento de la Constitución de 1991, se reconoció el carácter multiétnico y pluricultural del Estado colombiano, protegiendo así las diferencias de las minorías étnicas dada la imperiosa necesidad de una democracia más incluyente, que comprendiera y abarcara la diversidad cultural característica de Colombia. Es por ello que con sólo leer el artículo 1° y 2° de la Constitución, se puede notar que Colombia es una República democrática, participativa y pluralista que tiene como uno de sus fines primordiales facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

En su afán de buscar la protección de la diversidad étnica y cultural (artículo 7°), el constituyente desplegó una serie de artículos con el fin de garantizar la autonomía, la diferencia y la participación de las minorías, es por esto que en el artículo 8° y 72 protege la riqueza y el patrimonio cultural, así como busca que exista igualdad ante la ley, con independencia de las diferencias raciales y culturales (artículo 13).

En cuanto a la participación y la autonomía de las comunidades minoritarias, más precisamente las indígenas, la Constitución incluyó estas comunidades en los procesos democráticos al reconocerles una circunscripción electoral para la elección de senadores y representantes (artículo 171 y 176), y por otro lado, les otorgó el derecho a estas comunidades de ejercer facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su territorio, como lo establece el artículo 246, lo cual

permite la conservación y primacía de sus usos y costumbres, claro está, siempre y cuando se adecuen al marco constitucional y legal.

A continuación, con el fin de ver los artículos constitucionales que protegen la diversidad cultural y concretamente establecen derechos políticos a favor de los indígenas, se hará un recuento de los enunciados constitucionales más relevantes sobre el tema.

Normas constitucionales que protegen las comunidades indígenas

Artículo de la Constitución	Objeto de la norma
7	“El Estado reconoce y protege la diversidad cultural de la nación colombiana”
68	“Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su integridad cultural”
171	“El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas”
176 incs 3 y 4	“La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos”
246	“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y

	procedimientos, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución y las leyes de la República”
329 inc 2	“Los resguardos son de propiedad colectiva no enajenable”
330	“De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades...”
330 par.	“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”
357	“Los municipios participaran de los ingresos corrientes de la Nación(...) Para los efectos de esta participación la Ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios”

Después de hacer un recorrido en forma sucinta por los artículos de la Constitución más relevantes en materia de protección a los derechos de las minorías étnicas, más precisamente de las comunidades indígenas, es de suma importancia analizar cual ha sido la posición de la Corte Constitucional en materia

de protección a la diversidad cultural y los derechos políticos de los pueblos indígenas, identificando los argumentos más relevantes para justificar su posición en dicho tema.

Ratificando la importancia dada por la Constitución a la diversidad cultural y la protección a los pueblos indígenas que ha hecho a través de la estipulación de derechos que protegen los intereses propios de estas colectividades, la Corte Constitucional en su calidad de intérprete de la Constitución en varias de sus sentencias, ha señalado la importancia del reconocimiento de los derechos a los indígenas como un grupo diferenciado, otorgándole cierta autonomía como base de una protección especial por parte del Estado en virtud de sus diferencias, en este sentido, ha dicho en la sentencia T-380 de 1993, al referirse a las comunidades indígenas como sujetos de derechos fundamentales:

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.

De igual forma la Corte Constitucional ha reconocido de manera importante la necesidad de la participación de los pueblos indígenas en los procesos democráticos para que así estos grupos puedan defender sus intereses frente a la mayoría, ya que para la Corte es indispensable para la realización de una democracia real, la participación de todos los actores sociales. Sobre este tema ha dicho la Corte en sentencia C-089 de 1994:

... la democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución, se encuentra ligada a un esfuerzo progresivo de construcción histórica, durante el cual es indispensable que la esfera de lo público, y con ella el sistema político, estén abiertos al reconocimiento constante de nuevos actores sociales. En consecuencia, sólo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho, que se caracteriza por presuponer la existencia de una profunda interrelación entre los espacios, tradicionalmente separados, del "Estado" y la "Sociedad Civil", y que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, vista simplemente como el gobierno formal de las mayorías, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, minoritarios o en proceso de consolidación, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel...

De igual forma en otra de sus sentencias, la SU-510/98, la Corte Constitucional ha dejado claro que el principio de la diversidad cultural no puede ser sólo una declaración retórica o un principio irrelevante dentro del ordenamiento, sino que por el contrario procura la existencia de un derecho adaptado a las realidades sociales, con el fin de un reconocimiento de las diferencias étnicas y culturales; toda vez que si es de otro modo, la justicia se convertiría en un ideal inalcanzable al no incluir tales diferencias. Por otro lado dentro de esta misma sentencia la Corte ha señalado unos límites al principio de diversidad cultural y a la autonomía

otorgada por la Constitución a las comunidades indígenas en su artículo 246, diciendo:

...las limitaciones a que se encuentran sujetos los principios de diversidad étnica y cultural y de autonomía de las comunidades indígenas surgen del propio texto constitucional, el cual determina, por una parte, que Colombia es un Estado unitario con autonomía de sus entidades territoriales y, de otro lado, que la autonomía política y jurídica de las comunidades indígenas, es decir, la capacidad para gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, puede ejercerse conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando éstos no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Lo anterior determina que, en materia de comunidades indígenas, la Carta Política consagre un régimen de conservación de la diversidad en la unidad. Según la Corte, "sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural", afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural, como principio general, sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir. Según la jurisprudencia, en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos "a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre." La Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad.

Después de haber mencionado los artículos constitucionales que consagran y protegen el multiculturalismo en Colombia, y haber citado algunas de las sentencias de la Corte Constitucional que no sólo corroboran dicha protección, sino también el reconocimiento dado a la diversidad cultural y a los derechos de las comunidades indígenas dentro del ordenamiento, se puede observar e intuir que en Colombia el constituyente consideró fundamental incluir la realidad multicultural existente en este territorio desde sus orígenes; aunque tuvo que pasar mucho tiempo para que ello sucediera, con la Constitución de 1991 se logró.

Así mismo, en este orden de ideas es importante resaltar no sólo el reconocimiento constitucional que se ha otorgado a través de un articulado, sino la interpretación de la Constitución que la Corte Constitucional como organismo encargado a hecho, ratificando en sus pronunciamientos el principio de diversidad cultural que cobija todo el ordenamiento.

Después de haber esbozado e identificado algunos de los orígenes de la diversidad cultural dentro de los diferentes Estados, la necesidad de filósofos y teóricos políticos de incluir esta realidad dentro de los ordenamientos jurídicos y políticas estatales; y después de haber observado como dicha realidad no es ajena a los países latinoamericanos, entre ellos Colombia, en donde hicimos especial énfasis en los derechos políticos otorgados por la Constitución de 1991 a las minorías étnicas; pasaremos a ocuparnos de la consulta previa como tema central objeto del presente escrito, al igual que indagaremos la importancia de la misma como derecho fundamental de los pueblos indígenas dentro del territorio colombiano.

Luego de haber hecho un breve recuento de la justificación del multiculturalismo dentro de la Constitución de 1991, con el fin de introducirnos en el tema objeto del siguiente capítulo, nos ocuparemos de la consulta previa como derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas de decidir sobre medidas (judiciales o administrativas) y analizaremos como dicho derecho sirve como instrumento para la defensa de los derechos a la integridad étnica, cultural, territorial, de participación y de autonomía de los indígenas, lo cual permite avanzar en el reconocimiento real de los derechos humanos de estos pueblos.

Al hablar de consulta previa, es necesario remitirse al Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, el cual fue ratificado por Colombia mediante ley 91 de 1991, toda vez que de esta manera se puede comprender en todas sus

dimensiones y de forma completa el derecho a la consulta previa, puesto que como veremos mas adelante en el desarrollo del capítulo primero, el artículo 330 de la Constitución se limita simplemente a asuntos referentes a la explotación de los recursos naturales dentro de los territorios indígenas, puesto que el mismo establece en su Parágrafo: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten para la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, se propiciará la participación de los representantes de dichas comunidades”; sesgando así el verdadero alcance de este derecho.

Teniendo como punto de partida el conflicto de normas mencionadas, comenzaremos por analizar en el mencionado capítulo, cual es en Colombia la normatividad vigente que consagra la consulta previa, así como también la posición que ha tomado la Corte Constitucional al respecto.

En este orden de ideas, pasaremos a analizar la importancia del convenio 169 de la OIT, para lo cual, tomaremos en cuenta la doctrina y la jurisprudencia que hasta el momento se ha expedido en materia de bloque de constitucionalidad en Colombia, concretamente en aquello que se refiere a su importancia y alcance.

Posteriormente se analizará la pertenencia o no del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad y la implicación de la misma, como también se estudiará la aparente contraposición o contradicción del artículo 93 de la Constitución el cual establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Congreso prevalecen en el derecho interno, y el artículo 53 que consagra que los convenios internacionales ratificados hacen parte de la legislación interna, contradicción que deja en entredicho el valor constitucional de los convenios de la OIT, por lo tanto se acudirá a los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de bloque de

constitucionalidad, derechos fundamentales y concretamente la consulta previa, con el fin de establecer la posición de esta sobre dicho tema.

Finalmente, luego de haber hecho el análisis anteriormente enunciado, se pasará a concluir con base en dicho análisis, cuál es el alcance y la importancia del derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por último, ya para finalizar este capítulo introductorio, antes de pasar a hablar de la consulta previa como tema central de este trabajo, es importante recordar que, a pesar del progreso dado en materia de reconocimiento constitucional de la pluralidad, no se puede ocultar la dificultad a la hora de concretar dicho reconocimiento, toda vez que en la Constitución de 1991 se garantizan los derechos propios de un Estado liberal y por otra parte reconoce la dignidad e identidad de las minorías nacionales y les confiere el carácter de comunidades especialmente protegidas; es por ello que la Corte Constitucional como intérprete de la Constitución es el ente encargado de salvar esta tensión para así lograr que el Estado cumpla con el deber de preservar la convivencia pacífica, obligándose a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanos y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos.

1. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Luego de haber sido expuesto en el capítulo anterior, un marco general acerca de la protección constitucional al multiculturalismo tanto a nivel nacional como internacional; y de haber considerado la importancia, alcance y protección que en materia de derechos políticos se ha otorgado a las minorías étnicas en Colombia; será a continuación expuesto específicamente el derecho a la consulta previa, para lo cual, se hará referencia no solo al desarrollo legal que al mismo se le ha otorgado por parte del legislador nacional e internacional, sino también a aquel que han desarrollado los entes administrativos y judiciales en Colombia.

Siguiendo el orden expuesto y una vez establecido el desarrollo legal y jurisprudencial que ha sufrido el derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano, pasaremos a hacer un análisis del alcance de su aplicación, requiriendo para dicho propósito hacer una amplia referencia al bloque de constitucionalidad y a la incorporación que se ha hecho de los convenios de la OIT al mismo de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En este mismo orden resultará necesario, hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que alude no solo al alcance del bloque de constitucionalidad en Colombia, sino también a las consecuencias que de la incorporación de normas que carecen de consagración constitucional al mismo, se derivan para efectos de su aplicación y rango.

Una vez expuesto el desarrollo jurisprudencial en materia de bloque de constitucionalidad y de la incorporación al mismo de los convenios internacionales expedidos por la OIT, pasaremos a debatir el alcance que para efectos de su

aplicación se le ha otorgado al derecho a la consulta previa, toda vez que en este punto, ya se habrá hecho evidente la pugna entre la consagración normativa del derecho nombrado en el ámbito nacional con aquello que en principio fue consagrado en el convenio 169 por la comunidad internacional y posteriormente ratificado por Colombia.

Enunciado el planteamiento anterior, pasaremos a concluir con base en todo lo que fue desarrollado a lo largo de este primer capítulo, la prevalencia del artículo 6 del convenio de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, sobre la legislación interna, resaltando como argumento para sustentar dicha prevalencia, la incorporación que la Corte Constitucional por medio de sus pronunciamientos ha hecho del mismo, al bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

Así mismo, en este orden de ideas, procederemos a enunciar las consecuencias que se derivan para las autoridades gubernamentales, de ubicar el artículo mencionado dentro del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

Por último, en un pequeño aparte de este capítulo denominado consideraciones finales, se hará referencia a algunos puntos críticos que giran alrededor de la consulta previa y que se salen de la órbita de nuestra investigación. Esto, con el fin de que en el futuro se adopten líneas de investigación sobre ciertos aspectos que resultan ser consecuencia de un tema tan amplio como el derecho a la consulta previa y que muestran que si bien el mismo ha sido un avance en materia de reconocimiento de derechos a las comunidades indígenas, se constituye también como un punto crítico, discutido y de aplicación inestable en el territorio colombiano, puesto que a la hora de ser llevado a cabo y reclamado el mencionado derecho por parte de sus titulares, éstos han tenido que enfrentar no sólo las distintas interpretaciones que de su aplicación se ha hecho, sino también otra serie de factores como el conflicto armado colombiano y la búsqueda de los

intereses de las mayorías, que han dificultado el eficaz desarrollo de este postulado; lo cual en últimas convierte el derecho a la consulta previa, en un derecho al que es difícil acceder o que simplemente carece de efectos positivos e imparciales para sus titulares.

1.1 DESARROLLO NORMATIVO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

1.1.1 Convenio 169 de 1989 expedido por OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes

De manera general, es importante resaltar, que el Convenio 169 de la OIT adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1989³ en la 76ª Reunión de la Conferencia General de la OIT, fue concebido en virtud de diversas proposiciones, observaciones y consideraciones, hechas en su mayoría, en orden a atender las aspiraciones de fortalecimiento de la identidad, formas de vida y desarrollo económico de los pueblos indígenas⁴. El mismo, fue ratificado por 13 países latinoamericanos, dentro de los cuales se encuentra Colombia, el cual por medio de la Ley 21 de 1991, incorporó dicha normatividad internacional, a su legislación interna y tras su ratificación entró en vigencia en el país desde el 6 de Agosto de 1992.

³ El Convenio Núm. 169 de la OIT ha sido ratificado por Noruega, México, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Dinamarca, Guatemala, Países Bajos, Fiji y Ecuador. Entró en vigor el 6 de septiembre de 1991, doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de los dos primeros Estados (Noruega y México) fueron registradas.

⁴ *Artículo 1:* 1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes (lucha por el reconocimiento) , 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, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

En este orden de ideas, y para efectos de introducirnos al tema que nos corresponde, encontramos que el derecho a la Consulta Previa en Colombia, se encuentra contemplado y posee como fuente el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, el cual como ya se dijo en el párrafo anterior, fue incorporado a nuestra legislación por medio de la Ley 21 de 1991.

Dicho convenio, tiene como objeto fundamental, no solo la protección y el reconocimiento de las aspiraciones de los pueblos indígenas referidas a la asunción tanto del control de sus propias instituciones y formas de vida, sino también y de manera más específica, lo que implica su desarrollo económico y el mantenimiento de sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven. Así mismo, el convenio 169 de 1989 contempla la idea de que gran parte de dichos pueblos, no goza de los derechos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población, puesto que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sido objeto de falta de reconocimiento y protección dentro de los mismos Estados donde habitan.

En este orden de ideas, y teniendo como base el objeto fundamental que para sus efectos consagra el referido convenio, el mismo hace puntual referencia a las diversas condiciones sociales, culturales y económicas propias de los pueblos indígenas, puesto que son dichas condiciones las que en últimas distinguen a estos grupos de la colectividad nacional. Sin embargo, con respecto a lo dicho, es pertinente resaltar que la afirmación anterior se enmarca dentro de aquellas comunidades indígenas que se encuentran total o parcialmente regidas por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que tal y como lo consagra el convenio 169 de la OIT, se enmarcan dentro de la categoría de pueblos indígenas que establece el artículo 1 del mismo.

Con respecto a lo anterior, resulta pertinente aclarar, que el término que alude a pueblos indígenas ha resultado ser uno de los puntos más discutidos al momento de determinar quienes son los sujetos destinatarios de la norma, sin embargo vemos que la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto al establecer que resulta necesario determinar si las comunidades indígenas ostentan condiciones sociales, culturales y económicas que les den derecho a ser tratados como pueblos “i) por distinguirse de otros sectores de la colectividad nacional, y estar regidos total o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones; o ii) por de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista y colonización, y conservar sus propias instituciones sociales económicas culturales y políticas o parte de ellas”⁵. Así mismo cabe agregar, que incluso organizaciones que poca relación tienen con el tema como el INPEC, han definido dicha pertenencia de la siguiente manera:

Se entienden por pueblos indígenas, aquellos pueblos que descienden de poblaciones que habitaban en un país en la época de la conquista o la colonización, o del establecimiento de las fronteras actuales del Estado y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Así mismo, se considera que debe ser reconocida como indígena toda persona que tenga conciencia de su identidad de tal. Sin embargo, todavía no existe en los instrumentos internacionales una definición exacta del termino “Indígenas” siendo este tema uno de los más debatidos en la esfera internacional⁶.

De esta manera y teniendo en cuenta que el convenio se refiere a aquellos pueblos indígenas que si bien no se encuentran totalmente aislados de la colectividad nacional, se rigen por sus propias costumbres, tradiciones o

⁵ Sentencias T-349 de 1996, T-523 de 1997, C-169 de 2001, entre otras.

⁶ Informe del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) Ministerio del Interior y de Justicia, Proyecto: grupo de derechos humanos. Dirección general. 2006.

legislaciones especiales, se pretende tal y como lo indica el “artículo 2”⁷ del convenio mencionado, que los gobiernos se comprometan a desarrollar junto con la participación de los pueblos indígenas interesados, las acciones pertinentes para proteger los derechos de estos últimos y para garantizar el respeto de su integridad.

Con base en este artículo segundo, es que se empieza a vislumbrar la importancia de la participación de los pueblos indígenas, en la toma de decisiones que los involucra, puesto que será por medio de ésta, que los mismos de manera sistemática y coordinada junto con el gobierno nacional, podrán establecer unas bases y acuerdos que respeten y reconozcan todos aquellos valores, prácticas sociales, culturales y espirituales propias de sus pueblos. De tal forma que las mismas no sean consideradas por la colectividad nacional, como prácticas aisladas y ajenas al interés general, sino como factores importantes y determinantes para la protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales, los cuales son aspectos preponderantes y reconocidos por el derecho internacional.

Por su parte, luego de haber el convenio 169 destacado la importancia de la participación de los pueblos indígenas en los asuntos en los cuales podrían entrar en pugna sus intereses con los de la colectividad nacional, consagra para sus efectos en su artículo 6, el derecho a la consulta previa de la siguiente manera:

Artículo 6: Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

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

⁷ Convenio 169 Artículo 2 numeral 1. “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Por medio de la consagración de la consulta previa como un derecho para aquellos pueblos tribales que resultan ser minoritarios a la hora de tomar decisiones que involucran a la colectividad nacional y que de alguna manera los afectan, es entonces que se genera el deber para los gobiernos de propiciar un espacio en el cual dichos pueblos, puedan entrar a discutir sus propias prioridades en cualquier proceso de desarrollo que se pretenda adelantar por parte del gobierno nacional, o de manera textual, tal y como lo establece el artículo 6, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

En este orden de ideas, la consulta previa permite a los pueblos interesados o susceptibles de ser afectados directamente⁸, decidir sus propias prioridades por medio de la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo que encabece el gobierno nacional, y que por lo tanto afecte sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual o las tierras que ocupan. Y que el

⁸ OIT, Guía para la Aplicación del Convenio 169. Esta guía fue elaborada por el Servicio de Políticas para el Desarrollo (POLIVED) en cooperación con el Servicio de Igualdad y Coordinación de los Derechos Humanos (EGALITE), dados los pedidos de material informativo formulados a la OIT por los Gobiernos, las organizaciones indígenas, los representantes de organizaciones internacionales y las personas interesadas en la promoción de los derechos de los pueblos indígenas; consiste en un manual que explica los alcances y las implicaciones del Convenio 169, elaborado con base en los cuestionamientos e inquietudes que respecto a dicho instrumento han surgido en los talleres y conferencias que la OIT ha preparado para la difusión y aplicación del mismo (Organización Internacional del Trabajo, Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático), Ginebra 1996.

mismo por su parte, se comprometa en cooperación con los pueblos afectados, a evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que dicho plan o programa podría generar en la comunidad.

Por su parte, resulta pertinente resaltar, que si bien el Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 6 un marco general de aplicación del derecho a la consulta previa, el mismo de manera mas específica lo hace en sus artículos subsiguientes; es decir se refiere a que el ámbito de aplicación de dicho derecho se materializa a la hora de que el gobierno nacional, establece políticas de explotación de recursos naturales en territorios indígenas⁹, aspectos relacionados con la formación profesional¹⁰ de sus pueblos, la seguridad social¹¹ que los involucra y la educación¹² que reciben.

Con base en todo lo expuesto, es posible ver que una lectura sistemática del convenio 169 de la OIT, consagra claramente las bases sobre las cuales se funda el derecho a la consulta previa, estableciendo como marco de referencia la importancia del respeto sobre aspectos fundamentales para la protección de los derechos y libertades de los pueblos indígenas y por supuesto de la diversidad cultural en el territorio colombiano, los cuales descartando la idea de ser consultados, podrían llegar a pasar desapercibidos a la hora de ser adelantado un proyecto o medida por parte del gobierno nacional.

1.1.2 Decreto reglamentario 1320 de 1998

El decreto 1320 de 1998, fue expedido por el gobierno nacional el 13 de julio del año referido con el fin de reglamentar la consulta previa con las comunidades

⁹ Convenio 169 expedido por la OIT en 1989. Artículos 15, 16, 17, 18 y 19. Frente a éste aspecto, es importante resaltar que el mismo se encuentra regulado y desarrollado por el Decreto reglamentario 1320 de 1998.

¹⁰ Ibid, Artículos 21, 22 y 23.

¹¹ Ibid, Artículos 24 y 25.

¹² Ibid, Artículos 26, 27, 28, 29, 30 y 31.

indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, toda vez que se hacía necesario reglamentar de manera especial la consulta previa a las comunidades indígenas y negras tradicionales mediante un procedimiento específico que permitiera a las autoridades ambientales ejercer su competencia en esa materia.

En este orden de ideas, el contenido del decreto mencionado está dado en cinco capítulos, de los cuales, el capítulo I se refiere a disposiciones generales, como el objeto de la consulta previa, la determinación del territorio, la identificación de comunidades indígenas y negras y la extensión del procedimiento de que en él se trata. Por su parte, el capítulo II regula el procedimiento de la consulta previa en materia de Licencias Ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental. El capítulo III se ocupa del procedimiento para la misma consulta, pero respecto del documento de evaluación y manejo; el capítulo IV hace lo propio pero en materia de permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables; y finalmente el capítulo V contiene cuatro disposiciones finales, alusivas a la comunicación de la decisión, al régimen transitorio, a los mecanismos de seguimiento y a la vigencia del decreto¹³⁰.

Con base en lo dicho, resulta pertinente resaltar para efectos del desarrollo ordenado de este trabajo y con el fin de centrarnos únicamente en el tema que nos corresponde, que el decreto 1320 tiene por objeto únicamente analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse en una comunidad indígena o negra **por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio**, lo cual nos lleva a pensar, que el mismo se constituye como un reflejo de la intención por parte de los entes gubernamentales, de regular la materia, únicamente en aquellos casos que involucren la explotación de recursos naturales en las comunidades indígenas, dejándose a un lado todos aquellos aspectos que

de acuerdo con el artículo 6 del convenio 169 de la OIT deberían ser objeto de consulta previa¹³.

De esta manera vemos entonces que la reglamentación contemplada por el mencionado el Decreto, el parecer, está dirigida a reducir al máximo la obligación de realizar consultas por la vía de reducir a su mínima expresión la causa que da origen a la obligación, cual es la afectación a los pueblos y comunidades. Esto, en la medida que como ya se dijo, únicamente regula el derecho a la consulta previa cuando se pretenda por parte del gobierno nacional, la explotación de recursos naturales en territorios indígenas. Al mismo tiempo podría agregarse para efectos de sustentar la tesis mencionada, que no existen otros decretos reglamentarios que al igual que el decreto 1320 de 1998, regulen las demás materias.

Es importante simplemente enunciar, que además del vacío planteado que se refiere al ámbito de aplicación del derecho a la consulta previa, el decreto 1320 de 1998, ha sido objeto de controversia por aspectos que tienen que ver especialmente con su, legalidad¹⁴ y con el procedimiento allí establecido¹⁵, sin embargo dichos puntos no serán analizados profundamente puesto que los mismos distan del objeto de análisis que se pretende en esta monografía¹⁶.

¹³ Sentencia C-620 de 2003 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra “*Dicho Decreto, aunque contiene normas sobre la forma en que se deben adelantar consultas a los pueblos indígenas, es aplicable únicamente en materias concretas -licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, documento sobre evaluación y manejo ambiental y permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables*”

¹⁴ En cuanto a la legalidad del decreto 1320 podría decirse que el mismo ha sido considerado ilegal porque fue expedido sin haber sido consultado previamente con las comunidades como lo ordena el convenio 169 de la OIT.

¹⁵ La problemática que se ha planteado con respecto al procedimiento, consiste en que se reduce la consulta previa a un procedimiento tipo que se concreta en una sola reunión de consulta, desconociendo el carácter intercultural del procedimiento y del proceso y que éste no puede ser absuelto en una sola reunión. De esta manera podrá concretarse, que este Decreto no atiende los postulados del Convenio 169 según el cual, el Estado debe consultar a los pueblos interesados, mediante **procedimientos apropiados**, que reconozcan los espacios propios de reflexión y análisis que deben darse a la comunidad, sin interferencia de extraños.

¹⁶ Ver sentencia T-737 de 2005. GB-282/14/3. Ginebra noviembre de 2001, 282 reunión. En este contexto, debe señalarse que al no haberse hecho la consulta previa por parte del Estado para la

1.1.3 Ministerio del Interior, Resoluciones Número 023 y 028 de 1997

La expedición de ambas regulaciones por parte de la Dirección General de Asuntos indígenas del Ministerio del Interior, tiene como fin establecer el marco de referencia para la aplicación de la consulta previa, con el propósito de garantizar la integridad étnica y cultural de los pueblos indígenas.

Por su parte es importante resaltar, que si bien la resolución 023 de 1997, fue derogada¹⁷ por la resolución 028 del mismo año, para efectos del desarrollo de este trabajo resulta necesario mencionarla, puesto que la misma consagra un marco fundamental para entender la figura de la consulta previa.

1.1.3.1 Resolución 023 de 1997

De acuerdo con la resolución 023 de 1997¹⁸, la consulta previa es un derecho colectivo que le permite a las comunidades indígenas participar de las decisiones

expedición del Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamentaba el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales en su territorio, llevó a que el Informe del Comité de Expertos de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT aceptará unas reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y la Central Unitaria de Trabajadores, en la que recomendó al Gobierno nacional modificar el decreto 1320 de 1998, adecuándolo al Convenio 169, para lo cual deberá consultar de manera previa con los pueblos indígenas de Colombia. Igualmente instó al Gobierno para que estableciera “consultas en cada caso concreto, conjuntamente con los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, o antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en sus tierras” de tal forma que, el proceso de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones del Estado colombiano cuando quiera que éstas involucren sus intereses se desarrolla dentro de un marco de derecho internacional y constitucional fuertemente garantista.

¹⁷ Respuesta otorgada por la subdirectora de asuntos indígenas, Doctora Sorelly Paredes Vargas, al derecho de petición presentado ante el Ministerio del Interior y de Justicia el día 12 de diciembre de 2007 por Mónica Uribe G y Juan Fernando Santa.

¹⁸ La resolución 023 de 1997, surge luego de haber sido expedido el *Documento CONPES 2773 de 1995*, por medio del cual se delinearán las estrategias para los pueblos indígenas como la “adopción de programas territoriales y sectoriales de apoyo, concertados con las comunidades indígenas”; del mismo modo para “garantizar la efectiva participación de los pueblos y comunidades indígenas” con el fin de que el Gobierno Nacional expida las normas que reglamenten los artículos 76 de la ley 99 de 1994 y 6 y 15 de la ley 21 de 1991, referidos a la consulta a los pueblos indígenas sobre asuntos que puedan afectarlos.

que los afectan, el cual se materializa por medio de un procedimiento de carácter público, especial y obligatorio, intercultural e institucional.

En este orden de ideas y de acuerdo con lo consagrado en la resolución este derecho de participación política deberá realizarse previamente, siempre que vayan a ser adoptadas, para decidir o ejecutar alguna medida administrativa, legislativa, proyecto o actividad pública o privada susceptible de afectar las formas y sistemas de vida de los pueblos indígenas, o su integridad étnica o cultural.

Teniendo en cuenta la anterior definición, el objetivo principal al ejercer y hacer efectivo el derecho a la consulta previa, es velar por la integridad étnica y cultural de los pueblos indígenas, garantizando así la protección de sus derechos fundamentales como lo son: la identidad, el territorio, la autonomía, la participación y formas de vida o modelos de participación propios. Esta protección se materializa de acuerdo con lo establecido en la resolución:

... consultando previamente a las comunidades indígenas su punto de vista, valoración propia y conveniencia o inconveniencia de las medidas que se toman, con el fin de llegar a acuerdos que permitan adecuar y/o modificar las medidas, proyectos o actividades para el adecuado tratamiento de los impactos previsibles como consecuencia de la adopción de medidas que interfieran y afecten directamente el desarrollo cultural y social de las comunidades; logrando así la injerencia y participación de los destinatarios de dichas medidas.

Con base en lo anterior, lo que pretende la resolución número 023 de 1997 al establecer un marco de referencia para la consulta previa, es que el Estado colombiano, propicie la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones que sean adoptadas por parte del gobierno nacional, y que de alguna u otra manera afecten a sus comunidades.

Para los efectos, la mencionada resolución a diferencia de las demás disposiciones normativas que consagran el derecho a la consulta previa y que expondremos en esta primera parte de la monografía, se pronunció sobre los principios básicos sobre los cuales el desarrollo de la misma debe fundarse:

1. Principio de Legitimidad: Este principio establece que la consulta previa deberá desarrollarse con participación de los siguientes sujetos: las autoridades públicas de las entidades estatales competentes o sus representantes, los representantes legales de las empresas o entidades interesadas y los representantes de las comunidades indígenas.

2. Principio de Interculturalidad y bilingüismo: Dicho principio se refiere a la necesidad de llevar el proceso de consulta previa conforme a la cultura propia del o de los pueblos indígenas consultados, de tal forma que ésta deberá no sólo realizarse total o parcialmente dentro de su territorio, sino que también deberá contar con traducción simultánea. De esta manera se garantiza una auténtica comunicación, información, consulta, valoración multicultural de las propuestas.

3. Principio de Unidad e integridad de los actores participantes y de la temática de la consulta: Con base en este principio, se busca garantizar la correcta comprensión por parte de las comunidades indígenas, de la totalidad de los aspectos que abarca la consulta; es decir, tanto objetivos, impactos, efectos relacionados con la medida, proyecto u actividad, como las fases, los respectivos medios y alcances de aquellas que son objeto de la consulta.

4. Principio de Oportunidad: Alude a que la consulta previa, debe ser realizada en un momento previo a la promulgación de la medida, proyecto u actividad, con el fin de que se garantice la efectiva participación de las comunidades indígenas en un escenario de deliberación, previo a la decisión final.

5. Principio de Proporcionalidad: La aplicación de este principio pretende que las conclusiones a las cuales se llega luego de haber efectuado el respectivo proceso de deliberación y consenso, “deberán tener en cuenta una proporcionalidad entre la magnitud y los posibles efectos de la medida, actividad o proyecto objeto de la consulta, en relación con la integridad étnica del o de los pueblos indígenas afectados, y entre éstos y las medidas de prevención, mitigación, adecuación y participación que se establezcan en el proceso de consulta previa”¹⁹.

6. Principio de Corresponsabilidad: Alude al compromiso que adquieren las partes, al momento de llegar a acuerdos que involucre la consulta previa.

7. Principio de Eficiencia intercultural: Hace referencia al hecho de llevar cada una de las etapas de la consulta previa, conforme a los principios de economía procesal y celeridad, atendiendo a “la doble valoración accidental y étnica de los derechos, procedimientos, tiempos y modos de gestión estatales y de los pueblos indígenas consultados”²⁰.

8. Principio de Pluralismo jurídico: Establece que dentro del proceso de consulta previa, deberá ser tenido en cuenta tanto el orden jurídico propio de las comunidades indígenas, es decir aquel que se refiere a su jurisdicción especial y a su legislación propia de carácter especial; como el orden jurídico de aplicación nacional.

Teniendo en cuenta los principios que enunciamos hace un momento, resulta pertinente resaltar, que si bien los mismos no han sido citados taxativamente por la Corte Constitucional, puesto que se encuentran consagrados en una normatividad con una vigencia bastante corta, dicha corporación, pareciera acudir

¹⁹ Resolución Número 023 de 1997. Ministerio del Interior. Artículo. 3 literal e.

²⁰ Ibid, Artículo 3 literal g.

a ellos como criterios auxiliares al momento de pronunciarse sobre las directrices que involucran el derecho a la consulta previa.

Con respecto a lo anterior, tal es el caso de la sentencia SU-039 de 1997, donde la Corte Constitucional, toma como elementos para fundamentar la parte resolutive de la sentencia, los principios de proporcionalidad y pluralismo jurídico al establecer *“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** (negrilla por fuera del texto) a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.”* *“La idea central que se debe tener presente al momento de ser realizado el proceso de consulta previa, es que **las diferentes jurisdicciones** (negrilla por fuera del texto), dentro de sus respectivas competencias, concurren a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales”*.

Así mismo, la Corte Constitucional en la sentencia anteriormente mencionada, enfatiza en la necesidad de que el derecho a la consulta sea ejercido dentro de los parámetros establecidos por el principio de **oportunidad**, es decir, que el mismo sea llevado a cabo antes de la promulgación o ejecución de la medida, proyecto o actividad que se pretenda por parte de las autoridades estatales, de tal forma que indica la mencionada corporación que *“No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto sin que el mismo **de manera previa** se haya consultado”* (negrilla por fuera del texto). De esta manera, la Corte Constitucional, pretende resaltar la importancia de que la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una

afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su estructura social, cultural, económica y política y, por ende, del sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

Con respecto a lo dicho anteriormente, es necesario aclarar que las consideraciones hechas en este trabajo acerca de los principios que consagra la resolución, con respecto a los pronunciamientos que la Corte ha hecho sobre la materia, son solo especulaciones, puesto que la mencionada corporación en ninguno de sus pronunciamientos se refiere expresamente a esta norma expedida por el Ministerio del Interior.

Por su parte, es posible ver entonces que el derecho a la consulta previa como mecanismo de participación de las comunidades indígenas, involucra una serie de aspectos de los cuales depende que dicha participación resulte ser realmente efectiva. Es por esto, que la consulta previa deberá ajustarse a las condiciones y características propias del o los pueblos indígenas, a fin de que efectivamente sea el medio idóneo que les permita a estos pueblos no sólo conocer aquellos proyectos que pretenden ser adelantados en sus propios territorios, sino también el impacto social y ecológico que los involucra.

Lo anterior, toda vez que de acuerdo con lo establecido por la resolución, no se trata de un proceso de participación formal; sino por el contrario, de un proceso que busca transmitir claramente cual es el alcance del proyecto; de tal forma que la comunidad afectada, estudie y examine con base en su visión, cuales serían las posibles consecuencias de ese proyecto; y, de ser posibles dichos postulados, se logre tal y como lo expresa el alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, que la misma comunidad *“pueda apreciar cual es el interés general y cual es su propio interés, y como el interés general tiene que ajustarse también al propio interés socio cultural, e igualmente para que las autoridades del*

*Estado logren integrar la información, las percepciones, las sensaciones y la historia de esa comunidad, en la determinación del interés general*²¹.

Finalmente cabe agregar, que además de pronunciarse la mencionada resolución sobre los principios rectores del derecho a la consulta previa, la misma, desarrolla y establece claramente en su “artículo 4 los procedimientos específicos”²² y que rigen su desarrollo.

²¹ STAVENHANGEN, Rodolfo. Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. 2004

²² Resolución Número 023 de 1997. Ministerio del Interior. Artículo 4º. “*Procedimiento*. La consulta previa se desarrollará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

a) Solicitud de apertura oficial del proceso de consulta previa. La solicitud de apertura deberá ser presentada ante la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, DGAI por parte del interesado en la medida, proyecto o actividad, la cual deberá incluir:

1. La información básica, legal y técnica de la medida o proyecto propuesto.
2. La referencia del pueblo o pueblos indígenas que pueden verse afectados, y
3. La posible relación de ellos con la medida o proyecto, lo cual debe ser verificado por la DGAI;

b) Expedición por parte de la DGAI de un acto administrativo de apertura de la consulta previa. En el acto administrativo que expida la DGAI se considerará la procedencia o no de la consulta previa, y éste deberá notificarse personalmente a las partes interesadas. En el evento de no ser posible la notificación personal dentro del término de diez (10) días, se procederá a realizar notificación por edicto;

c) Reunión preparatoria de las partes. La DGAI convocará a reunión preparatoria a las partes interesadas, la cual tendrá como objeto determinar la legitimidad en la interlocución, brindar la información que las partes puedan ofrecer sobre la medida, proyecto o actividad y establecer las expectativas mutuas.

d) Reunión de planeación de la consulta previa. En la reunión de planeación de la consulta previa se definirán de modo concertado con todas las partes los términos de referencia específicos y la modalidad participativa intercultural en la realización de los estudios socio-culturales y ambientales correspondientes, la planeación y el cronograma del proceso de consulta previa, de la cual se levantará un acta;

e) Reunión o reuniones de consulta interna del o de los pueblos indígenas. En aplicación de la jurisdicción especial indígena establecida en el artículo 246 de la Constitución Nacional, el proceso de consulta interna se adelantará de conformidad con las normas y procedimientos particulares de cada uno de ellos;

f) Reunión para conocer los resultados de los estudios de impacto socio-cultural y ambiental y de la consulta interna del o de los pueblos indígenas afectados. Los estudios socio-culturales y/o ambientales, serán presentados en dicha reunión y ellos serán base de las concertaciones pertinentes para el adecuado desarrollo de la medida, proyecto o actividad de que trate la consulta cuando ésta sea conveniente. Se levantará acta donde se consignen los análisis, la ponderación y evaluación de las conclusiones de los estudios anteriores y los consensos y diferencias;

g) Resolución con concepto de la DGAI sobre la conveniencia o inconveniencia de la medida, proyecto o actividad en relación con la integridad étnica de los pueblos indígenas. Dicha resolución se notificará personalmente a las partes o en su defecto a través de Edicto y se dictará con base en las actas de las reuniones anteriores.

1.1.3.2 Resolución 028 de 1997

Tal y como se aclaró en el aparte anterior, la resolución 028 de 1997 derogó la resolución 023 del mismo año, como consecuencia de la reunión del Comité de Coordinación y adecuación Institucional para Pueblos Indígenas del 19 de junio de 1997, en la cual asistieron 129 delegados de cincuenta entidades públicas relacionadas con los pueblos indígenas, los cuales, respecto a la resolución citada hicieron aportes sobre técnica jurídica y otros desarrollos del tema importantes.

En este orden de ideas, tanto el gobierno nacional como la Directora general de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y de Justicia aceptaron esas observaciones, y con el fin de lograr una reglamentación definitiva de la consulta previa acorde con la Ley 21 de 1991, se derogó en todas sus partes la resolución y se acordó seguir orientando la coordinación de las consultas previas a los pueblos indígenas según el marco general de la Ley 21 de 1991, su jurisprudencia y las otras disposiciones legales vigentes sobre la materia, mientras se elaboraba el instrumento legal reglamentario de la consulta.

Cuando la medida, proyecto o actividad se declare conveniente, en dicho acto se convocará a la reunión de concertación sobre las medidas de prevención, mitigación, participación en beneficios o utilidades y seguimiento y control público, las cuales se formalizarán en un acta de concertación entre las partes que constituirá el acta final de la consulta previa. El marco legal de conclusión de la consulta previa, de carácter obligatorio, está definido tanto por la resolución sobre conveniencia emitida por la DGAI, como por el acta final de concertación.

Si la decisión sobre la conveniencia del proyecto fuere contraria a la voluntad del pueblo indígena involucrado, su representante legal podrá presentar recurso de reposición ante el funcionario que expide el acto dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación y de apelación ante el Viceministro del Interior. Agotada la vía gubernativa podrán presentar acciones por la vía contencioso administrativa;

h) Seguimiento. Con el fin de garantizar el cumplimiento de los acuerdos y conclusiones de la consulta previa, en la reunión final de concertación de que habla el literal anterior de este artículo, se definirán las comisiones e instrumentos necesarios para realizar el seguimiento y control, con participación de las autoridades y organizaciones indígenas, la DGAI y demás entidades competentes según el proyecto o medida de que se trate.

Cuando se compruebe el incumplimiento de alguno de los compromisos adquiridos, la DGAI, solicitará de inmediato al respectivo Ministerio, verificación y suspensión de la medida, proyecto o actividad”.

1.1.4 El derecho a la consulta previa, en la Constitución del 91

Debido a que el capítulo introductorio de este trabajo, resalta claramente cuales fueron los grandes avances que trajo consigo la promulgación de la Constitución del 91 en materia de protección al multiculturalismo, procederemos únicamente a transcribir el artículo que consagra el derecho a la consulta previa, toda vez que con una simple lectura del mismo, se hace evidente la contradicción o aparente restricción que el mismo consagra con respecto a los fines que pretendía el convenio 169 de la OIT.

La Constitución del 91 en su artículo 330 párrafo estableció: “Párrafo: La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. **En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades**” (negrilla fuera del texto).

En este orden de ideas, vemos entonces que si bien por un lado el convenio 169 de la OIT, consagró en su artículo 6 que se constituye como deber del gobierno nacional, ***consultar a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente***; la Constitución del 91 por otro, consagró dicho deber únicamente para aquellos casos en donde deban adoptarse ***decisiones con respecto a la explotación de recursos naturales en sus territorios***. Es por esto que a continuación procederemos a exponer como con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de consulta previa y bloque de constitucionalidad, es posible determinar cuando y en que casos procede el derecho mencionado.

1.1.5 Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de consulta previa

A continuación, serán expuestas algunas de las sentencias más representativas que ha expedido la Corte Constitucional en materia del derecho a la consulta previa. Sin embargo, para efectos de otorgarle al desarrollo de las mismas un orden claro y no muy extenso, se procederá a enunciar los hechos y pronunciamientos que consideramos más relevantes en ellas.

Así mismo, y con base en la metodología planteada, se tendrá como objetivo al momento de efectuar el respectivo análisis de las sentencias que a continuación serán expuestas, resaltar en primer lugar, los pronunciamientos mas relevantes con respecto a las principales reglas constitucionales en materia del derecho a la consulta previa, y en segundo lugar, aquellos pronunciamientos con respecto la contradicción aparente que existe entre la regulación del derecho a la consulta previa regulado en el convenio 169 de la OIT y el artículo 330 parágrafo de la Constitución del 91.

1.1.5.1 Principales reglas constitucionales extraídas de la jurisprudencia en materia de consulta previa

En primer lugar, resulta de gran importancia resaltar la **sentencia T-428 de 1992**²³, puesto que podría decirse que dicha sentencia, consagra los primeros pronunciamientos que la Corte Constitucional ha efectuado en materia del convenio 169 de 1989 y por consiguiente del derecho a la consulta previa.

²³ Por medio de la sentencia T-428 de 1992 el señor AMADO DE JESUS CARUPIA YAGARI, en su calidad de gobernador de la comunidad indígena de cristiana, instaura acción de tutela en contra de la compañía SOLARTE y del MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS, entidad constructora de la troncal del café, en el Departamento de Antioquia. Puesto que la misma pretendía continuar con las labores de ampliación de la carretera Andes-Jardín en el tramo que corresponde a la zona afectada y habitada por la comunidad mencionada, sin haber realizado previamente los estudios de impacto ambiental y tomado todas las precauciones necesarias para no ocasionar perjuicios adicionales a la misma.

En este orden de ideas, la Corte a pesar de no hacer un análisis detallado del derecho a la consulta previa, resalta la importancia y alcance que a la luz de la Constitución del 91, representa la participación de las comunidades indígenas en el territorio colombiano²⁴. Así mismo destaca el hecho de que en la Asamblea nacional constituyente tuvo amplia acogida la propuesta de crear instrumentos protectores de los derechos de las comunidades indígenas y que como consecuencia de dicha acogida se procedió a la consagración del artículo 330 de la Constitución Nacional, en cuyo párrafo se establece la obligatoriedad por parte del gobierno nacional de hacer efectiva la participación de dichas comunidades en los planes de explotación de recursos naturales, con el fin de garantizar tanto la inviolabilidad del territorio indígena como la protección de su medio ambiente.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia mencionada trae a colación el Convenio 169 de la OIT, y reconoce que el mismo representa no solo un avance en materia de protección a las comunidades indígenas sino que al mismo tiempo, implica tal y como lo expresa en sus palabras *“una clara manifestación concreta del sentido adoptado en esta materia por la Carta vigente”*.

Más tarde mediante **sentencia SU-039 de 1997** la Corte protegió a la comunidad U'WA a instancias de la defensoría del pueblo, puesto que la misma demandó ante el respectivo Juez Constitucional el amparo para dicha comunidad, en tanto la justicia ordinaria se pronunciaba sobre la nulidad de una licencia ambiental que permitía a una multinacional petrolera adelantar la explotación de recursos naturales en el territorio comunitario, por ir en contra de los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT.

²⁴ *“Un hecho importante dentro de la Asamblea Nacional Constituyente fue la presencia de los indígenas y las propuestas en materia de derechos étnicos y culturales. Entre los proyectos sometidos a la Asamblea, reconocen el carácter multiétnico y pluralista de la nación colombiana, con todas sus implicaciones en materia de derechos culturales, territoriales y de educación”*.

Bajo el supuesto anterior, la Corte tuteló transitoriamente los derechos de participación, integridad étnica, cultural, social y económica y debido proceso del pueblo indígena U'WA, ordenando que éste sea consultado antes de proferir una resolución de exploración en su territorio.

La Corte Constitucional, en la sentencia referida y retomando lo aducido en la sentencia T-428 de 1992 acerca de la importancia que la constitución del 91 otorgó al reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas, consideró que la participación de los pueblos indígenas en las decisiones atinentes a la explotación de recursos naturales en sus territorios tiene el carácter de derecho fundamental, en los términos del artículo 40, numeral 2 de la Constitución Política, con miras a preservar la integridad social, cultural y económica de dichos pueblos, con el objeto de hacer realidad el reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana²⁵.

Así mismo, dada la especial importancia que se le ha otorgado por parte de la constitución del 91 a las minorías étnicas, la sentencia SU-039 de 1997, reconoció que el derecho fundamental a la consulta previa, se constituye como una de las formas de participación democrática previstas en la Constitución²⁶ y que por lo

²⁵ *“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes **configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura**. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones”.*

²⁶ Dicha afirmación fue retomada en la sentencia T-634 de 1999, donde de manera textual, la Corte hizo énfasis en que en materia de democracia *“Un mecanismo específico de esa participación, en lo que tiene que ver con las comunidades indígenas, es la consulta establecida en el Convenio 169 de la OIT. Este derecho de los indígenas a participar en aspectos que tiene que ver con su población y su territorio se liga al derecho a la identidad como etnia porque tiene relación con la supervivencia cultural, y encuentra su fundamento en las normas de la Constitución antes citadas y*

tanto, debido a que el Convenio 169 de la OIT consagra una de las formas más significativas de reconocimiento a la participación democrática consagrada a favor de las minorías étnicas, hace parte del ordenamiento jurídico interno en virtud de los artículos 53, 93 y 94 de la Carta, integrando con esta última un bloque de constitucionalidad.

En este mismo orden, resaltó en sentencia SU-039 de 1997, la idea de que el derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental, tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, por medio del cual se pretende asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, de tal forma que se constituya como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos.

Con respecto a lo anterior, cabe decir que la Corte Constitucional, en sentencia T-634 de 1999 concluyó que la consulta previa de las comunidades indígenas se sustenta en el citado Convenio de la OIT y también en el parágrafo del artículo 330 y 329 de la Constitución Política que consagra: *“En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo”*. Y uno de los requisitos es la *“participación de los representantes de las comunidades indígenas”*, participación exigida precisamente por el Convenio 169.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos y para efectos de otorgarle al derecho a la consulta previa, un alcance que realmente consagre los postulados constitucionales referidos a la efectiva participación democrática, la Corte considera que para efectos de llevar a cabo el proceso de consulta previa, el

en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, reconocido en el artículo 9° de la Carta Política y en el artículo 1° del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966. Y específicamente está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1991, Convenio que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano (art. 93 C.P.)

mismo deberá fundarse en la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquellas y las autoridades públicas, tendientes a buscar en palabras de la nombrada corporación:

- a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
- b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
- c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”.

Así mismo, la Corte en sentencia **SU-383 de 2003**²⁷ hace referencia a una serie de parámetros que deben ser tenidos en cuenta, al momento no solo de decidir si es

²⁷ En este orden de ideas, el problema discutido en la sentencia mencionada, consiste en que la organización accionante (Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC) demanda el amparo transitorio de los derechos a la vida, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad cultural, a la participación, al debido proceso y al ambiente sano de los pueblos indígenas de la amazonía colombiana, en razón de que las autoridades accionadas (Presidencia de la República y otros) adelantan, en los territorios que los pueblos mencionados ocupan, el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos sin consultarlos previamente y ocasionando un daño ambiental considerable.

Debido a lo anterior, la Organización accionante pretende que el Juez constitucional ordene a las entidades accionadas suspender o abstenerse de adelantar programas de erradicación de cultivos ilícitos en sus territorios (departamentos del Putumayo, Guaviare, Guainia, Vaupés Amazonas y Caquetá), hasta que el programa les sea consultado a los pueblos indígenas y tribales de dichos

procedente el derecho a la consulta previa, sino también al momento de su realización.

En primer lugar, la Corte señala la gran relevancia que tiene para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, su participación en las decisiones que puedan afectarlos mediante el mecanismo de la consulta previa; y que por lo tanto el mismo reiterando lo dicho en la sentencia SU-039 de 1997 se constituye como un derecho fundamental²⁸.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional al establecer que el derecho a la consulta previa se constituye como un derecho fundamental, considera que la misma no puede ser desconocida en virtud del interés general que reconoce la carta puesto que a su juicio:

...ninguna disposición del ordenamiento constitucional puede interpretarse de manera que justifique “la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todo, como quiera que el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona”, y la “protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado²⁹”.

Así mismo, resalta la necesidad de respetar el convenio 169 de la OIT, y sobretodo el ejercicio del derecho a la consulta previa, en virtud de que la aplicación dicho convenio, refleja la protección al multiculturalismo, a la igualdad

territorios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

²⁸ El derecho a la consulta previa se constituye como un derecho fundamental “*pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y **para asegurar por ende su subsistencia como grupo social***” (negrilla por fuera del texto).

²⁹ Sentencia SU-383 de 2003.

material y a los demás preceptos y valores relacionados con intereses particulares que consagra la Constitución.

Otro punto que destaca el desarrollo de la sentencia referida, es como la Corte Constitucional desarrolla el ámbito de aplicación del Convenio 169 de la OIT, con respecto a los sujetos destinatarios del mismo. De tal forma que establece las condiciones que distinguen en el caso concreto (los pueblos de la amazonía colombiana) de otros sectores de la colectividad nacional.

En este orden de ideas, la Corte determina que las comunidades indígenas de la región amazónica ostentan las condiciones sociales, culturales y económicas que les dan derecho a ser tratados como pueblos, y que al ser consideradas como tal, habrá que aplicarles conforme a lo establecido por el Convenio 169, las disposiciones que el mismo consagra. Esto, en la medida que dichos pueblos se distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y se encuentran regidos total o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones; además también podrá otorgárseles la característica de pueblos, por descender las mencionadas comunidades, de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista y colonización y finalmente porque la historia y la situación actual en la que se encuentran, ha demostrado que las mismas conservan sus propias instituciones sociales económicas, culturales y políticas o parte de ellas³⁰.

Por otra parte, la Corte Constitucional destaca y aduce como argumento la definición de Colombia como un Estado social de derecho democrático participativo y pluralista, que reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación

³⁰ La Corte Constitucional considera al respecto y con fundamento en cuaderno 8, folio 53 del Ministerio del Interior, División de Asuntos indígenas, que: *“Los pueblos indígenas que ocupan los departamentos de la Amazonía Colombiana¹³⁸, conservan, en general (..) sus instituciones sociales, económicas culturales y políticas, sin desconocer también que el contacto cultural, la educación del estado (sic) ajena en parte a su cultura y formas de organización ha ocasionado cambios al interior de los pueblos que no podemos desconocer”*.

colombiana, lo cual tiene como consecuencia el considerar los temas de la participación y de la identidad indígena, como presupuestos de existencia del Estado, y como requisitos imprescindibles para el logro de una nación única.

En este orden de ideas, la Corte determina entonces que siendo el derecho de participación de los pueblos indígenas, uno de los presupuestos imprescindibles para la configuración del estado que consagra la Constitución del 91, el derecho a la consulta previa consagrado en el Convenio 169 de la OIT, de ninguna manera puede ser restringido, sino que por el contrario a la luz del texto constitucional debe entenderse de conformidad con el mismo, en tanto que en palabra de la referida corporación, “*es una modalidad de participación de amplio espectro*”.

Finalmente, en cuanto a lo que se refiere a la forma de cómo deberá ser llevado el proceso de consulta previa, la Corte Constitucional en sentencia SU-039 del 97, resalta que el mismo deberá llevarse a cabo en dos fases:

La primera comprenderá a las autoridades y organizaciones indígenas y permitirá determinar el método de se aplicará para adelantar la consulta definitiva, el ámbito territorial de la misma, y los medios adecuados. Y, la segunda fase, o definitiva, permitirá adelantar la consulta efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales, sobre todas las decisiones atinentes al proyecto que las entidades mencionadas adelantan en sus territorios, en los aspectos que a cada una de dichas entidades compete, “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, con plena observancia de los principios y reglas contenidos en el Convenio 169 aprobado por la Ley 21 de 1991.

Con base en lo anterior, considera la Corte que de agotarse las fases mencionadas de buena fe, sin que medie acuerdo alguno entre las partes, entonces corresponderá a las autoridades evaluar la gravedad de las lesiones individuales y colectivas que se causen con la adopción de las medidas, sin que esto signifique, que sean ellos mismos, quienes determinen o decidan cuales son

las prioridades de los pueblos indígenas involucrados en sus procesos de desarrollo.

Por ultimo, es pertinente resaltar, que la Corte Constitucional, teniendo como fundamento el Convenio 169 de la OIT, resalta que el derecho a la consulta previa no implica para sus titulares la facultad de vetar las medidas legislativas o administrativas que los afectan, puesto que dicho derecho, se materializa únicamente en el sentido que se presenta tal y como lo establece en la sentencia referida “*como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo*”.

1.1.5.2 Parámetros que determinan cuando la realización del derecho a la consulta previa, se constituye como una obligación por parte del gobierno nacional

Luego de haber dejado claro, cuales son las principales reglas constitucionales que ha establecido la Corte Constitucional en materia del derecho a la consulta previa, pasaremos a analizar uno de los temas mas discutidos en cuanto al ámbito de aplicación del mencionado derecho, y veremos como la Corte ha ido estableciendo a través de los años, una serie de pronunciamientos al respecto que hoy en día podría decirse se han aclarado.

En primer lugar, es necesario resaltar, que la discusión a la cual nos referimos en el párrafo anterior, consiste en la aparente contradicción que consagra el artículo 6 del convenio 169 de la OIT y el artículo 330 parágrafo de la Constitución, puesto que si bien el primero consagra el derecho a la consulta previa como una obligación a cargo del gobierno nacional que consiste en *consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o*

administrativas susceptibles de afectarles directamente, el segundo únicamente consagra el mismo, para efectos de la **explotación de recursos naturales**.

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia **C-169 de 2001**³¹, discute cuando el proceso de consulta previa, se convierte en un deber del gobierno nacional frente a las comunidades indígenas. Para lo cual considera que debido a la no existencia de disposición constitucional alguna que se refiera a la consulta previa en casos diferentes al artículo 330 párrafo de la Constitución política; puesto que, la misma guarda silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, no resulta entonces posible constituir la como un mecanismo que implique un deber para el gobierno nacional en las circunstancias que consagra el artículo 6 de la convención³², puesto que tal y como lo expresó la referida corporación *“mal haría la Corte en prescribir como obligatorio un determinado procedimiento, que no ha sido previsto ni por la Constitución, ni por la Ley, para el trámite de proyectos normativos ante el Congreso de la República”*.

Como es posible ver, parece paradójico como después de haber la Corte realizado un análisis del convenio 169 de la OIT conforme a los postulados garantistas que consagra la Constitución del 91 en sentencias que preceden la promulgación de

³¹ Por medio de la sentencia C-169 de 2001 M.P: Carlos Gaviria Díaz, se efectúa la respectiva revisión constitucional del proyecto de ley número 025/99 Senado y 217/99 Cámara, *“por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”*, toda vez que la aprobación de la misma, se hizo sin tener en cuenta la efectiva realización de la consulta previa, consagrada por el convenio 169 de la OIT.

³² *“Lo que resulta de especial importancia para el caso presente, es que ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas como la que se estudia. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT., es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis que consagra el párrafo del artículo 330”*.

esta³³, no toma en cuenta los mismos para el desarrollo del caso concreto, puesto que consideró que para efectos de determinar cuando es un deber del gobierno nacional realizar el proceso de consulta consagrado en el mencionado convenio, el mismo se debía ceñir a los postulados legales y constitucionales que al respecto se habían consagrado, reconociendo la obligación por parte del gobierno nacional de llevar a cabo el proceso de consulta, únicamente en los casos referidos a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas.

Sin embargo y contrario a lo expuesto en la sentencia C-169 de 2001, La Corte comienza a darle un giro drástico a su jurisprudencia en la sentencia T-634 de 1999 al considerar que la participación prevista en el artículo 330 de la Constitución, es apenas un desarrollo de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la siguiente manera:

Es más, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 constitucional, la participación prevista **en el artículo 330 de la Carta Política es un desarrollo de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT**, como quiera que este mecanismo, por ser inherente a la existencia misma de los pueblos indígenas y tribales, se entiende enunciado en todos los derechos y garantías que el ordenamiento constitucional les reconoció a estos pueblos, toda vez que sólo escuchándolos, con la finalidad de llegar a un acuerdo, o de lograr su consentimiento de las medidas propuestas, se puede proteger el carácter pluricultural y multiétnico del Estado colombiano –artículos 6 del Convenio, 1° y 7° C.P.-. De ahí que el artículo 13 del Convenio 169 estipule que al aplicar las disposiciones del acuerdo los Gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con sus tierras y territorios, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, atendiendo de manera particular los aspectos colectivos de dicha relación (Negrilla por fuera del texto).

³³ T-428 de 1992.

De igual forma, pero de manera más concreta, la Corte en sentencia C-620 de 2003³⁴ y SU-838 de 2003 consagra que en virtud la protección constitucional y la ratificación por parte del Estado colombiano de instrumentos de carácter internacional que velan por la integridad de los pueblos indígenas, pretende antes que nada, asegurar que estos últimos preserven de manera autónoma e independiente, la vigencia de su cultura, su estructura social y económica según su propia visión del mundo, en claro respeto a su derecho a la diferencia. Por lo que de esta manera concluye la Corte que:

... la importancia del Convenio 169 de 1989 la OIT y en especial del instrumento de consulta previa que se prevé en su artículo 6, radica particularmente no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad.

De esta manera, entenderemos entonces que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena.

De igual forma, en sentencia T-382 de 2006³⁵, la Corte Constitucional consideró que de conformidad con las disposiciones consagradas en los artículos 6 y 7 del

³⁴ Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 773 de 2002 y contra su artículo primero (parcial) Actor: Elimenes Bruges Guerra. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁵ Acción de tutela instaurada por la Asociación de Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas –CRIMA- contra el Congreso de la República, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural acusa el trámite de del proyecto de ley 25 de 2004, por el cual se expide la “*Ley General Forestal*”, puesto que el mismo, desconoce el derecho fundamental de los pueblos indígenas a la consulta previa. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Convenio 169 de la OIT, el derecho de consulta previa afecta e influye, dado su carácter fundamental, la conformación de medidas tanto administrativas como legislativas que puedan afectar a las comunidades indígenas³⁶.

Finalmente, cabe resaltar que la orientación anterior, ha sido retomada en las sentencias más recientes que ha expedido la Corte Constitucional sobre el ámbito de aplicación del mecanismo de la consulta previa, puesto que tal y como lo manifiesta en la sentencia C-208 de 2007³⁷:

...este Tribunal **ha dejado en claro** que el Estado deberá en todo momento y para todos los efectos, consultar de manera previa con las autoridades políticas de las comunidades étnicas e indígenas del país, **respecto de todas aquellas decisiones que involucren sus interés**, ya sea en sus aspectos políticos, sociales, económicos y culturales, para lo cual deberá desarrollar mecanismos de consulta que garanticen la participación directa y activa de todos los miembros de dichas colectividades” (negrilla por fuera del texto).

Así mismo, tal y como lo expone el comunicado de prensa³⁸ mas reciente expedido por la Corte Constitucional, la sentencia C-030/08 dispone y reitera, que el derecho a la consulta previa consagrado en los artículo 330 de la Constitución,

³⁶ “De esta manera, la importancia del Convenio 169 de 1989 la OIT y en especial del instrumento de consulta previa que se prevé en su artículo 6, radica particularmente no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque **dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad**. Así, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena” (negrilla fuera de texto original).

³⁷ El accionante, miembro del Resguardo Indígena Nasa “KWET WALA”, solicita a la Corte Constitucional que declare la inexecutable parcial del Decreto 1278 de 2002, por considerar que éste es contrario a los artículos 7, 8, 10, 13, 44, 68 y 70 de la Constitución Política.

³⁸ Comunicado de prensa Nro.01 expedido por la Corte Constitucional, en el cual se indica que por medio de sentencia C-030 de 2008 se declara **inexecutable** la Ley 1021 de 2006, “Por la cual se expide la Ley General Forestal”.

...tiene **un reforzamiento en el Convenio número 169 de la OIT**, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. Como lo ha señalado la jurisprudencia de manera reiterada, dicho Convenio forma parte del bloque de constitucionalidad y en su artículo 6º, dispone que **los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente** (negrilla por fuera del texto).

Tal y como hemos visto, el desarrollo jurisprudencial que ha sido expuesto, refleja la preocupación de la Corte Constitucional de reconocer y dar efectiva aplicación a los postulados constitucionales referidos a la protección del multiculturalismo en Colombia y a los principios democráticos consagrados en la Carta, de tal forma que el proceso de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones del Estado colombiano cuando quiera que éstas involucren sus intereses se desarrolla dentro de un marco de derecho internacional y constitucional fuertemente garantista, no se caracterice por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino que por el contrario busque asegurar por medio del derecho a la consulta previa, la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Para efectos de desarrollar el planteamiento formulado por la Corte Constitucional en materia de consulta previa y por ende tener una visión más clara de cómo la Corte llegó a las conclusiones expuestas acerca del alcance y la procedencia del derecho a la consulta previa en Colombia, procederemos en primer lugar, a exponer de manera genérica, la trascendencia y alcance del concepto de bloque de constitucionalidad en Colombia, para luego hacer referencia de manera más específica a la pertenencia de los convenios internacionales expedidos por la OIT al bloque de constitucionalidad.

En este sentido será posible ver entonces, cual es la importancia que adquiere el convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico colombiano, y por lo tanto la regulación que el mismo establece en materia de consulta previa.

1.2 EL ALCANCE DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LA PERTENENCIA DEL MISMO AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La aplicación y reconocimiento del derecho a la consulta previa en Colombia, ha resultado ser un punto de discusión dentro de la doctrina y la jurisprudencia actual. Esto en la medida que si bien se encuentra consagrado en la Constitución del 91 en el artículo 330, como una obligación por parte de el gobierno nacional que consiste en el desarrollo de la consulta previa en los procesos de toma de decisiones relativos a la *explotación* de los recursos naturales en los territorios indígenas, existe al mismo tiempo el Convenio 169 de la OIT³⁹ que extiende la consulta previa, no solamente al supuesto de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas que consagra la Constitución en su Art. 330, sino

³⁹ Convenio numero 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independiente, 1998. Artículo 7 Numeral 1, “1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.”

también frente a cualquier medida que pueda afectar directamente a los pueblos interesados.

La discusión anterior, ha llevado a una serie de planteamientos de gran trascendencia, puesto que si bien el tema relacionado con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, es un factor que merece bastante importancia, no es el único que puede implicar consecuencias negativas a las comunidades étnicas; sino que por el contrario existen una serie de hechos sobre los cuales median decisiones importantes del gobierno que implican a las minorías étnicas de manera directa.

En este mismo orden de ideas, es importante resaltar a manera de ejemplo, las decisiones sobre ataques a los diferentes grupos insurgentes en territorios habitados por comunidades indígenas, la erradicación de cultivos ilícitos, aspectos relacionados con la seguridad social, entre otros, que traen consecuencias nefastas a sus grupos y territorios, desconociéndose incluso de manera casi absoluta no solo los derechos que como comunidad los amparan, sino también aquellos fundamentales y de primer orden consagrados para todos los individuos en la Constitución.

En cuanto a la discusión acerca del ámbito de aplicación y alcance de la consulta previa, algunos han contemplado la idea de la incorporación del convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad, aduciendo que en virtud de la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho del artículo 93 de la Carta, aquellos instrumentos de derecho internacional, referentes a los derechos humanos ratificados por Colombia hacen parte de éste y por lo tanto de acuerdo con dicho planteamiento, cualquier medida que pueda afectar directamente a los pueblos interesados deberá ser, a la luz del referido Convenio, objeto de consulta previa.

1.2.1 El concepto de bloque de constitucionalidad en Colombia

En Colombia, el concepto de bloque de constitucionalidad se refiere, a todas aquellas normas que sin estar expresamente consagradas en el texto constitucional, adquieren su mismo rango, en la medida que el mismo texto⁴⁰ constitucional establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional.

Con base en lo anterior vemos entonces que el mismo concepto de bloque de constitucionalidad, lleva a que en la práctica del derecho, los operadores jurídicos no solo deban tener en cuenta aquellas disposiciones consagradas en el texto constitucional expresamente, sino cambié aquellas que a pesar de no aparecer en el texto, por disposición del mismo, adquieren su rango.

Es importante resaltar, que este concepto de bloque de constitucionalidad ha resultado ser en el derecho colombiano, uno de los mecanismos más influyentes en la dinámica del derecho, puesto que es con base en el mismo, que el derecho ha tenido la facultad de adaptarse a los nuevos cambios históricos preponderantes en el mundo contemporáneo. Sin embargo, y a pesar de los múltiples efectos positivos que ha traído como consecuencia, el bloque de constitucionalidad no deja de ser ajeno a los inconvenientes que representa en materia de seguridad jurídica y arbitrariedad judicial, puesto que tal y como lo expresa el autor Rodrigo Uprimmy en su texto “El Bloque de Constitucionalidad en Colombia”, para los operadores jurídicos no es claro ni siquiera cuales son las normas de referencia en un debate constitucional complejo...⁴¹.

⁴⁰ Sentencia C-578 de 1995. “siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”.

⁴¹ Uprimmy Rodrigo. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia (Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal), p. 2.

A pesar de los serios inconvenientes que puede traer la aplicación de la nombrada figura, no se puede descartar el papel fundamental que ha jugado la Corte Constitucional para efectos de su desarrollo, y más aún en materia de incorporación al mismo de instrumentos internacionales.

En este orden de ideas, y teniendo claro que la incorporación al bloque de constitucionalidad de normas que pertenecen al ordenamiento jurídico depende del mismo texto constitucional, procederemos a enunciar cuáles son aquellas normas que por disposición expresa de la Constitución Política, otorgan una fuerza jurídica interna y clara a los instrumentos internacionales de derechos humanos, para luego pasar a estudiar cada una de ellas de acuerdo con los planteamientos que para efectos del reconocimiento ha otorgado la Corte Constitucional.

Con base en lo anterior y atendiendo a la doctrina elaborada por el autor ya mencionado, es posible encontrar cuatro disposiciones constitucionales que representarán un papel trascendental:

En primer lugar, se encuentra el artículo 53 de la constitución, según el cual “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. Por su parte, el artículo 93, que establece en su inciso primero que ciertas normas internacionales de derechos humanos “prevalecen en el orden interno”, y en su inciso segundo que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, frente a este artículo, resulta pertinente aclarar que mas adelante serán desarrollados los inconvenientes que ha presentado para la Corte Constitucional la existencia de ambos incisos.

Así mismo en tercer lugar, el artículo 94 que incorpora la cláusula de derechos innominados, puesto que indica “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”. Por último, el artículo 214, que regula los estados de excepción, e indicando incluso que en esos momentos de crisis, no pueden “suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, y que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

Teniendo en cuenta los artículos mencionados, la Corte Constitucional atendiendo sistemáticamente a lo establecido por los instrumentos internacionales, comenzó a otorgarles a los mismos el rango que por mandato constitucional se les había preestablecido, llegando al punto de concluir en la sentencia C-574 de 1992, que la Constitución política en su artículo 93 reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados por Colombia, como también a las reglas de derecho internacional humanitario en virtud del artículo 214, de tal forma que en palabras de la Corte Constitucional *“las reglas del derecho internacional humanitario son hoy, -por voluntad expresa del Constituyente-, normas obligatorias **per se** sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son “en todo caso” como lo señala significativamente la propia Carta*”. Y que por lo tanto, citando a la misma corporación en la sentencia ya mencionada, *“Por virtud del texto expreso del artículo 94, bien pueden considerarse incorporados a los derechos y garantías reconocidos por la Carta todos aquellos que sean inherentes a la persona humana. Así se reconoce su identidad universal, la cual constituye el fundamento ontológico del derecho internacional humanitario en la Constitución vigente”*.

Luego de haber reconocido lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-225 de 1995, aclara el alcance de la prevalencia de los convenios del derecho internacional humanitario, de tal forma que equipara su importancia, a las normas constitucionales descritas en el texto por vía del concepto de bloque de constitucionalidad en los siguientes términos:

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

Sin embargo, la Corte Constitucional a pesar de haber reconocido la pertenencia de los convenios y tratados internacionales reconocidos por Colombia al bloque de constitucionalidad, la misma en sentencia C-358 de 1997, hace una distinción entre la pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido lato, de tal forma que el primero corresponde únicamente a las normas de jerarquía constitucional, mientras que el segundo se refiere a las demás disposiciones que sin tener rango constitucional, representan un parámetro de constitucionalidad de las normas restantes del ordenamiento.

La anterior distinción, surge en la medida que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, no todos los tratados o convenios internacionales de manera genérica, hacen parte del bloque, sino únicamente aquellos que por disposición expresa y específica de la Constitución lo conforman.

Teniendo claro todo lo expuesto en materia de bloque de constitucionalidad y resaltando la idea anterior, pasaremos a ver como a través del desarrollo jurisprudencial que ha hecho la Corte Constitucional, se ha llegado a concluir que los convenios expedidos por la OIT, hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ésta manera, luego pasaremos a analizar con base en los planteamientos de la nombrada corporación, como de manera específica el convenio 169 referente a pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989, hace parte del mismo.

1.2.2 Pertenencia de los Convenios expedidos por la OIT al bloque de constitucionalidad

Uno de los temas más polémicos en materia de bloque de constitucionalidad, ha sido el determinar si las recomendaciones⁴² y los convenios expedidos por la OIT hacen o no parte del mismo. Dicha problemática, debido a la interpretación que se le ha dado al artículo 53 del texto constitucional por parte de algunos operadores jurídicos.

Sin embargo, es importante resaltar antes de desarrollar el planteamiento anterior, que la Corte Constitucional ha reconocido en varios de sus pronunciamientos⁴³, que los convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad, puesto que de manera general, son convenios que reconocen derechos laborales que no pueden ser suspendidos en estados de excepción, y que al mismo tiempo, implican compromisos por parte de Colombia por haberse éste comprometido a cumplirlos de buena fé⁴⁴.

⁴² Es importante resaltar que la problemática que envuelve el hecho de determinar si las recomendaciones de la OIT hacen o no parte del bloque de constitucionalidad, supera los inconvenientes que ha generado la problemática referida a los Convenios expedidos por la mencionada entidad, sin embargo y para efectos de no redundar en aspectos que se salen de la órbita de éste trabajo, únicamente procederemos a desarrollar la problemática en torno a los convenios expedidos por la OIT.

⁴³ Ver Sentencia C-567 de 2000.

⁴⁴ Sentencia T-568 de 1999. *“La desidia del Gobierno frente a las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia, no puede ser fuente de derechos para la administración, ni causal de extinción de los derechos de los trabajadores. Al amparar los derechos invocados por los accionantes, la Corte no solo está protegiendo derechos constitucionales, sino que está llamando la atención al gobierno sobre el deber de cumplir en el orden interno los compromisos que libremente adquirió en el plano de las relaciones internacionales, para que los derechos de las personas consignados en los tratados no queden como meras buenas intenciones manifestadas externamente y desdichas en el país. Dado que el Estado colombiano se obligó para con los otros miembros de la OIT a garantizar los derechos de los trabajadores, y en lugar de hacerlo los violó, debe restablecerse el imperio de la Constitución.”*

Lo anterior, lleva en principio a pensar que en últimas la Corte Constitucional pareciera incorporar todos los convenios de derechos humanos ratificados por Colombia al bloque de constitucionalidad, independientemente de que consagren o no derechos susceptibles de ser suspendidos en los estados de excepción. Sin embargo aunque dicha afirmación ha sido objeto de salvamento de voto tal⁴⁵, el fundamento constitucional se encuentra realmente como lo veremos más adelante en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, el cual para sus efectos consagra: “...*Los derechos y deberes consagrados en ésta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”.

En cuanto a ésto último y retomando la problemática planteada al inicio de esta parte de la monografía, se hace necesario decir que la discusión acerca de si los convenios expedidos por la OIT hacen o no parte del bloque, surge a raíz del artículo 53 de la carta. Toda vez que para algunos magistrados de la Corte como Cifuentes y Naranjo en el salvamento al auto 078 de 1999, consideran que la misma Constitución en su artículo 53, determina el alcance de los convenios de la OIT, y que por lo tanto dichos convenios harán parte de la legislación interna, mas no del bloque de constitucionalidad; de tal forma que según esta interpretación, la fuerza que la carta otorga a dichos convenios es una fuerza meramente legal y no constitucional.

En este orden de ideas de acuerdo con lo establecido por el autor Rodrigo Uprimmy en su texto, que sin duda parece ser la respuesta mas satisfactoria para la problemática expuesta, de considerar la hermenéutica planteada en el salvamento de voto como la mas correcta, se llegaría a la paradoja de admitir tal y como lo dice el mencionado autor que “... *la Constitución discrimina a los convenios de la OIT frente a los otros tratados de derechos humanos, pues mientras que estos últimos pueden adquirir rango constitucional, por las*

⁴⁵ Ver salvamento de voto, sentencia T-568 de 1998

*remisiones del artículo 93 superior, los convenios de la OIT estarían condenados a tener una fuerza meramente legal*⁴⁶.

Como es posible ver, considerar que los convenios expedidos por la OIT únicamente son poseedores de una fuerza legal, implicaría no solo desconocer el artículo 93 de la Constitución, sino también las bases fundantes del Estado social de derecho que consagra el preámbulo⁴⁷.

Teniendo como base todo lo anterior, procederemos a explicar porque de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los convenios expedidos por la OIT, además de hacer parte del bloque de constitucionalidad, los son en algunas ocasiones en sentido estricto.

Para efectos del desarrollo de la idea que mencionamos hace un momento, es menester resaltar la sentencia C-401 de 2005⁴⁸, puesto que en dicha sentencia, la Corte Constitucional se pronuncia sobre el largo recorrido jurisprudencial que ha tenido la problemática que plantea la incorporación de los convenios y recomendaciones expedidos por la OIT al bloque de constitucionalidad.

En la referida sentencia, la Corte parte de la idea de que si bien todos los convenios de la OIT debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna

⁴⁶ UPRIMMY, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia (un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal).

⁴⁷ El preámbulo de la Constitución del 91, consagra que Colombia es un Estado social de derecho que se basa en el trabajo, el cual no es sólo un principio sonó también un derecho y una obligación social, que goza especial protección en todas sus modalidades.

⁴⁸ Sentencia C-401 de 2005. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. En dicha sentencia, se discute la constitucionalidad del art. 19 del Código Sustantivo del Trabajo, por medio del cual se le otorga a la aplicación de los convenios expedidos por la OIT, un carácter de fuente supletoria y no directa, contrariándose a juicio del demandante, los artículos 1, 2, 5, 9, 53 (inciso 4), 93, 228 y 230 de la Carta Política.

en virtud del artículo 53 de la Constitución, no todos hacen parte del bloque de constitucionalidad puesto que en palabras de la mencionada corporación “... *algunos no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de índole no constitucional...*”. Así mismo, reconoce en este mismo orden de ideas, que cuando algún convenio prohíba la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolle tal prohibición, corresponde a la Corte señalar de manera específica su pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

Como es posible ver, el anterior pronunciamiento encuentra su fundamento en la aplicación del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política, al establecer que se entenderán incorporados al bloque, aquellos instrumentos internacionales que incorporen derechos que no puedan ser suspendidos en los estados de excepción. Sin embargo, parece ser que no es éste el único fundamento que la Corte ha tenido en cuenta para incluir dentro del marco normativo denominado bloque de constitucionalidad, algunos de los convenios expedidos por la OIT, puesto que para tal efecto, la misma hace referencia a la inclusión al bloque de constitucionalidad de los convenios expedidos por la OIT, con base en el inciso 2 del artículo mencionado. De esta manera, es como la Corte Constitucional en sentencia C-038 de 2004 establece que con base en el inciso 2 del artículo 93 de la Constitución los siguiente “... *todo tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, que se refiere a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales*”⁴⁹.

Con base en dicho planteamiento podemos decir que no solo pertenecen al bloque de constitucionalidad aquellos convenios internacionales que con fundamento en el artículo 93 inciso 1 de la Constitución la Corte ha dicho hacen parte del mismo,

⁴⁹ Ver sentencias T-1319 de 2001, T-235 de 2002, C-04 de 2003 y T-1303 de 2003.

sino que también es necesario tener en cuenta para efectos de dicha incorporación el inciso 2 del artículo citado, por medio del cual se deduce que no solo serán incorporados al bloque de constitucionalidad, aquellos instrumentos internacionales que prohíban la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción, sino que también, tal y como lo establece el inciso 2 del artículo 93 de la constitución, aquellos tratados o convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia, independientemente de que incorporen o no derechos que no sean susceptibles de ser suspendidos o limitados en los estados de excepción .

Como es posible ver, el fundamento constitucional para incluir los convenios de la OIT al bloque de constitucionalidad, se encuentra no solo en el artículo 93 inciso 1 de la Constitución Política⁵⁰, sino también en su inciso 2⁵¹, el cual se ve reforzado a diferencia de lo que plantea algún sector de la doctrina, por la interpretación que ha de hacerse del artículo 53 del mismo texto.

Con respecto a lo anterior, resulta pertinente hacer referencia, a la importancia del inciso 2 del artículo 93 de la Constitución, y para tal efecto, tomaremos como base los planteamientos del autor Rodrigo Uprimmy, el cual considera que el mismo completa y dinamiza los derechos que ya se encuentran consagrados en la carta

⁵⁰ C-567 de 2000, los convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad, puesto que de manera general, son convenios que reconocen derechos laborales que no pueden ser suspendidos en estados de excepción.

⁵¹ Sentencia C-401 de 2005. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa “Y es que esta Corporación ha precisado que todo tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula de remisión del inciso segundo del artículo 93 superior. Ha dicho al respecto esta Corporación que el inciso segundo del artículo 93-2” “constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos. Humanos. Ver también Sentencia T-1319 de 2001, T-235^a de 2002, C-04 de 2003 y T-1303

puesto que estos mismos, deberán ser interpretados de conformidad con los instrumentos internacionales ratificados por Colombia.

De acuerdo con lo dicho, considera entonces el autor, que los convenios que incorporan derechos humanos suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual *“no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado”*⁵², por lo que, en el hipotético caso en que se presente un conflicto entre normas que consagran o desarrollan derechos humanos, dice el autor que debe el intérprete preferir aquella que sea mas favorable al goce de los derechos. Es entonces de esta manera y bajo el planteamiento anotado, que el artículo 93 inciso 2, constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos referidos a derechos que ya se encuentran consagrados en la carta, y que como consecuencia de la cláusula hermenéutica a la que alude el autor y que ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en numerosas sentencias⁵³, el interprete debe escoger y aplicar la regulación que sea mas favorable a la vigencia de los derechos humanos.

Teniendo como base lo anterior, el autor mencionado concluye que:

...si se trata de un derecho o deber que ya está expresamente incorporado en algún artículo de la Carta, entonces la norma de reenvío pertinente es el inciso segundo, y debe entenderse que están

⁵² Con base en la regla hermenéutica mencionada, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Por lo que, debemos concluir que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. Y como es obvio, para ese ejercicio, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de las instancias internacionales, que constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados, tal y como la Corte Constitucional lo ha señalado.

⁵³ Ver Sentencias C-406 de 1996 y C-251 de 1997.

incorporados en el bloque en sentido estricto todos los artículos relativos a ese derecho que hagan parte de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, sin importar si son o no derechos limitables en los estados de excepción. En cambio, si se trata de un derecho o principio reconocido por un tratado ratificado por Colombia, pero que no aparece expresamente en ningún artículo constitucional, entonces la norma relevante es el inciso primero; ese derecho sólo adquirirá rango constitucional si se trata de un derecho no limitable en los estados de excepción⁵⁴.

Teniendo claro cuando y bajo qué circunstancias puede predicarse la pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto o lato, de los convenios expedidos por la OIT, pasaremos entonces a analizar más específicamente y con base en todo el planteamiento que se ha expuesto hasta ahora, la pertenencia al bloque de constitucionalidad del convenio 169 de 1989 de la OIT. Esto con el fin dejar claro que además de hacer este parte del bloque de constitucionalidad que consagra la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo es como veremos mas adelante, en sentido estricto.

En primer lugar, es menester resaltar que en virtud del contenido mismo del convenio 169, la Corte ha sostenido en sentencia SU-039 de 1997 que el mismo ha resultado ser “el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales”. Al mismo tiempo, como consecuencia de dicho planteamiento y de la importancia que le reconoció a dicho convenio, afirmó la pertenencia in genere del mismo al bloque de constitucionalidad en varias sentencias⁵⁵.

Así mismo y de manera más concreta, en sentencia C-401 de 2005, la Corte Constitucional reconoció que el convenio 169 expedido por la OIT, in genere está

⁵⁴ UPRIMMY, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia (un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal).

⁵⁵ Ver sentencias SU-039 de 1997, T-1319 de 2001, T-652 de 1998, C-418 de 2002, entre otras.

integrado al bloque de constitucionalidad en sentido lato⁵⁶. Sin embargo, en algunas ocasiones la Corte se ha extendido al afirmar que debido a que el convenio 169 de 1989 expedido por la OIT y debidamente ratificado por Colombia, trata temas de derechos humanos cuya limitación se encuentra prohibida aún en los estados de excepción⁵⁷, el mismo forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto⁵⁸.

Lo anterior, al mismo tiempo encuentra sustento en la sentencia SU-383 de 2003, puesto que la misma establece que la consulta previa consagrada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, para el caso de las medidas legislativas y administrativas, consagra un derecho que no puede ser suspendido en los estados de excepción. Por lo tanto, teniendo como base todo lo expuesto a lo largo de la monografía, y resaltando sobretodo la jurisprudencia que se refiere al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, habrá que concluir entonces, que el mencionado artículo que consagra el derecho a la consulta previa, hace parte del mismo en tal sentido.

⁵⁶ Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006 ó Ley General Forestal presentada por los actores: Carlos Humberto García Guzmán, Luís Alfredo García Gómez, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado.

⁵⁷ La Corte Constitucional consagra al respecto, que el Convenio 169 de la OIT consagra asuntos que no pueden suspenderse ni aun en situaciones excepcionales, toda vez que : “i) *por estar ligado a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana –artículos 1° y 7° C.P.-, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos.*

⁵⁸ Ver sentencia T-606 de 2001. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra. “En virtud del bloque de constitucionalidad, las citadas normas de los Convenios, y particularmente para el presente caso el artículo 17 del Convenio 169 de la OIT, se integran con la Carta Fundamental en cuanto dicho **Convenio contempla temas de derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida aún durante los estados de excepción.** Por consiguiente, la violación a las normas del Convenio 169 de la OIT pueden ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales. OIT” (negrilla por fuera del texto).

En este orden de ideas, y ya teniendo claro que en virtud de la temática que consagra el artículo 6 del convenio 169 hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, procederemos a analizar aparente tensión que existe entre el artículo 330 de la Constitución política y el artículo 6 de la Convención, con el fin de determinar el alcance que se le ha otorgado al reconocimiento del derecho a la consulta previa en Colombia.

1.2.3 Alcance y reconocimiento del derecho a la consulta previa

Si bien el derecho a la consulta previa, tiene como origen o fuente el Convenio 169 de 1989 expedido por OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, el mismo fue consagrado por la Constitución del 91 en su artículo 330 parágrafo.

De esta manera, el artículo 6 del convenio estableció: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) **Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente**” (Negrilla por fuera del texto)

Por su parte, la Constitución del 91 en su artículo 330 parágrafo estableció: “*Parágrafo: La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. **En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades***”.

En este orden de ideas, es posible ver que si bien por un lado el artículo 6 del convenio, se refiere a la obligación por parte del gobierno nacional de llevar a cabo

el proceso de consulta previa cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, por otro lado se encuentra el artículo 330 de la Constitución al parecer restringiendo el ámbito de aplicación de la consulta previa, puesto que para sus efectos, se refiere de manera específica a la obligación por parte del gobierno nacional, de llevar a cabo el proceso de consulta, únicamente en las decisiones que se adopten con respecto a la explotación de recursos naturales en el país.

La mencionada contradicción entre normas, ha dado lugar a una serie de discusiones en la doctrina y la jurisprudencia, que se refieren al alcance del derecho a la consulta previa, puesto que mientras para algunos, la misma únicamente tiene lugar conforme al artículo 330 de la Constitución, para otros la misma involucra un alcance que va mas allá en virtud del artículo 6 del Convenio⁵⁹.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia SU-383 de 2003, ha considerado de manera bastante acertada:

Es más, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 constitucional, la participación prevista en el artículo 330 de la Carta Política es un desarrollo de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT, como quiera que este mecanismo, por ser inherente a la existencia misma de los pueblos indígenas y tribales, se entiende enunciado en todos los derechos y garantías que el ordenamiento constitucional les reconoció a estos pueblos, toda vez que sólo escuchándolos, con la finalidad de llegar a un acuerdo, o de lograr su consentimiento de las medidas propuestas, se puede proteger el carácter pluricultural y multiétnico del Estado colombiano –artículos 6 del Convenio, 1° y 7° C.P.-.De ahí que el artículo 13 del Convenio 169 estipule que al aplicar

⁵⁹ sentencia SU-383 de 2003. “No pueden aducir entonces, los Jueces de instancia, justificando, en consecuencia, el incumplimiento estatal de la obligación contraída y de los dictados constitucionales atinentes al reconocimiento y protección de la diversidad étnica nacional, mediante la participación específica de las comunidades indígenas en las medidas administrativas y legislativas que los afectan, que la consulta sólo procede para propiciar la participación de los representantes de las comunidades en la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, acudiendo a los términos precisos del artículo 330 de la Carta Política”.

las disposiciones del acuerdo los Gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con sus tierras y territorios, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, atendiendo de manera particular los aspectos colectivos de dicha relación.

Así mismo en sentencia T-737 de 2005⁶⁰, la Corte Constitucional se pronuncia al respecto de la siguiente manera:

De esta manera, la importancia del Convenio 169 de 1989 la OIT y en especial del instrumento de consulta previa que se prevé en su artículo 6, radica particularmente no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque **dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad.** Así, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena (negrilla fuera de texto original).

En este orden de ideas, resulta pertinente aclarar, que lo anterior no significa que la Corte esté desconociendo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser previamente consultados cuando se adelanten proyectos de explotación de los recursos naturales en sus territorios ancestrales, sino que por el contrario, y con fundamento en el artículo 330 de la Constitución Política, el mismo es destacado constitucionalmente.

Es con base en todo lo dicho, que podremos entonces decir, que si bien ambas normas obligan a la realización de la consulta previa, ambas lo hacen en distintos eventos, y que en la medida de que tanto el artículo 330 de la Constitución como el artículo 6 del convenio de la OIT, ostentan rango constitucional por estar el primero consagrada textualmente en articulado constitucional y el segundo por

⁶⁰ Ver sentencia C-030 de 2008.

hacer parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, los mismos deben armonizarse, de tal forma que el primero no excluya al segundo ni a la inversa.

De esta manera, bajo el supuesto anterior, vemos entonces que dicha armonización deberá entenderse desde la óptica de una interpretación sistemática de la normatividad vigente, es decir entendiendo que el convenio 169 de la OIT, lo que consagra es una ampliación que supera el alcance otorgado por el artículo 330 de la Constitución al ejercicio del derecho a la consulta previa. De tal forma que tal y como lo señalan los actores⁶¹ que interpusieron la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006⁶² o Ley General Forestal, es necesario entender el convenio 169 como una valiosa normatividad que amplió el objeto de la obligación que consagra el artículo 330 de la Constitución, ya que el mismo contempla la consulta previa, no solamente frente al supuesto de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, sino también, frente a cualquier medida legislativa ó administrativa, susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados.

Al respecto, cabe decir que en sentencia C-208 de 2007⁶³ la Corte Constitucional expresó:

⁶¹ Carlos Humberto García Guzmán, Luís Alfredo García Gómez, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado.

⁶² La demanda de inconstitucionalidad citada, fue resuelta por la Corte Constitucional el día 23 de enero de 2008 por medio de sentencia C-030/08 (Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil). Cabe resaltar que en dicha sentencia la Corte Constitucional, tal y como lo indica el comunicado de prensa Nro.01 declaró **inexequible** la Ley 1021 de 2006, “*Por la cual se expide la Ley General Forestal*”, toda vez que no se cumplió con una de las formas de participación democrática previstas en la Carta a favor de los pueblos indígenas, y que al mismo tiempo se encuentra consagrada y reforzada por el Convenio 169 de la OIT.

⁶³ El accionante, miembro del Resguardo Indígena Nasa “KWET WALA”, actuando en su calidad de miembro de los pueblos indígenas de Colombia y señalando que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, éstos son sujetos de derechos fundamentales, solicita a la Corte Constitucional que declare la inexecutable parcial del Decreto 1278 de 2002, por considerar que éste es contrario a los artículos 7, 8, 10, 13, 44, 68 y 70 de la Constitución Política.

...este Tribunal **ha dejado en claro** que el Estado deberá en todo momento y para todos los efectos, consultar de manera previa con las autoridades políticas de las comunidades étnicas e indígenas del país, **respeto de todas aquellas decisiones que involucren sus interés**, ya sea en sus aspectos políticos, sociales, económicos y culturales, para lo cual deberá desarrollar mecanismos de consulta que garanticen la participación directa y activa de todos los miembros de dichas colectividades” (negrilla por fuera del texto).

Con respecto a lo dicho, nos gustaría agregar, que incluso instituciones como el Ministerio del Interior, le han otorgado el mismo alcance que la Corte Constitucional he consagrado a favor del derecho a la consulta previa, puesto que la misma considera que la realización de dicho derecho, deberá ceñirse a lo establecido por el artículo 6 del convenio 169 de la OIT⁶⁴.

En este orden de ideas, vemos que en últimas, el ámbito de aplicación de la consulta previa, ha sido fuertemente discutido no solo por el legislador nacional e internacional, sino también por parte de instituciones como la Corte Constitucional. Sin embargo y como hemos podido ver a lo largo del desarrollo de este trabajo, dicha corporación finalmente ha llegado a sistematizar su alcance con base en fundamentos constitucionales y de orden internacional.

⁶⁴ Respuesta otorgada por la subdirectora de asuntos indígenas, Doctora Sorelly Paredes Vargas, al derecho de petición presentado ante el Ministerio del Interior y de Justicia el día 12 de diciembre de 2007 por Mónica Uribe G y Juan Fernando Santa.

2. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

Habiendo analizado, investigado y expuesto la problemática planteada al inicio de este trabajo, procederemos efectuar las conclusiones que del mismo se han obtenido.

En primer lugar, es necesario decir que el derecho a la consulta previa es un derecho político, fundamental y colectivo, que surge a favor de los pueblos indígenas con el fin de proteger sus territorios, formas de vida y costumbres; en un mundo que se encuentra controlado por las mayorías pero que al mismo tiempo reclama la presencia de un orden democrático y pluralista.

La fuente principal de este derecho es el convenio 169 de 1998 expedido por la OIT, sin embargo en Colombia se encuentra contemplado y regulado además del convenio mencionado por la Constitución del 91 en su artículo 330, la Ley 21 de 1991, el decreto reglamentario 1320 de 1998, la resolución 023 de 1997 expedida por el Ministerio del Interior y por las diversas sentencias que hasta ahora ha expedido en dicha materia la Corte Constitucional.

Con respecto a lo anterior, cabe decir que si bien el derecho a la consulta previa se encuentra consagrado en los elementos anteriormente enunciados, la regulación que se le ha otorgado a dicho derecho ha dado lugar a confusiones que tal y como lo aclaramos en el desarrollo de este trabajo, giran alrededor de su ámbito de aplicación e importancia. Es por esto que la Corte Constitucional en materia de consulta previa, ha ido a través de sus pronunciamientos, creando y clarificando reglas constitucionales para su aplicación, así como también

parámetros que determinan cuando el derecho a la consulta previa se constituye como una obligación por parte del gobierno colombiano.

Un ejemplo de lo anterior sería el reciente caso de la ley forestal, puesto que la Corte Constitucional al pronunciarse definitivamente sobre su inexecutable en sentencia C-030 de 2008, estableció que la misma se debe a que la autoridades encargadas de expedir la mencionada Ley, no tuvieron en cuenta la opinión de las comunidades indígenas conforme a los postulados consagrados por el convenio 169 de la OIT. Lo cual en últimas nos muestra, que el alcance que se le ha otorgado al derecho constitucional a la consulta previa, se debe no solamente a aquel consagrado por la Constitución del 91 en su artículo 330, sino también a aquel consagrado en el artículo 6 del convenio de la OIT.

Resulta pertinente aclarar, que aquellas reglas constitucionales y parámetros de aplicación del derecho a la consulta previa, no fueron construidos por la Corte Constitucional con base en criterios arbitrarios, sino que por el contrario, dichos aspectos, corresponden a una serie de análisis que parten desde los postulados básicos que consagra la Constitución del 91, tales como la democracia, el pluralismo, los derechos fundamentales, la importancia de los elementos internacionales etc., hasta aquellos que han sido desarrollados doctrinal y jurisprudencialmente, y que han logrado incorporar el convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad.

Lo anterior, puesto que el mismo análisis jurisprudencial, nos muestra toda una trayectoria que varía año tras año a partir de la promulgación de la Constitución del 91, la cual, no solo considera el derecho a la consulta previa como un derecho fundamental, sino también como un derecho que no es susceptible de ser suspendido en los estados de excepción.

Además de lo dicho, resulta de gran importancia resaltar, el papel fundamenta que juega el bloque de constitucionalidad con respecto al ámbito de aplicación del derecho a la consulta previa, puesto que fue con base en los pronunciamientos que la Corte Constitucional ha hecho sobre el tema, que se pudo determinar la prevelección de los postulados consagrados por el convenio 169 de la OIT en materia de consulta previa, sobre aquellos consagrados por el orden interno. Lográndose así, armonizar aquello que consagra el convenio 169 en su artículo 6, con aquello que consagra el artículo 330 de la Constitución del 91.

En este orden de ideas se observa entonces que estas dos normas obligan a la consulta previa en eventos distintos. Por un lado, el artículo 330 de la Constitución obliga al desarrollo de la consulta previa en los procesos de toma de decisiones relativos a la *explotación* de los recursos naturales en los territorios indígenas. Por el otro, el Convenio 169 de la OIT extiende la consulta previa, no solamente al supuesto de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, sino también frente a cualquier medida que pueda afectar directamente a los pueblos interesados. Por lo tanto, en virtud de la incorporación al bloque de constitucionalidad del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT en sentido estricto, la obligación constitucional a la consulta previa contemplada en el artículo 330 de la Constitución ha sido ampliada. Un ejemplo de lo anterior, tal y como lo consagra la sentencia SU-383 de 2003, es la consulta obligatoria que se establece a favor de los pueblos indígenas en los casos de erradicación de cultivos ilícitos por parte del gobierno nacional en sus territorios.

Finalmente habiéndose expuesto toda una serie de argumentos y conclusiones que parten desde la consagración legal del derecho a la consulta previa, hasta el desarrollo jurisprudencial del mismo, encontramos entonces que es posible llegar al desenlace de la tesis planteada al inicio de este trabajo. Sin embargo, quisiéramos dejar claro, que a pesar de haber cumplido el objetivo de argumentar sólidamente temas tan conflictivos como el alcance y la importancia del derecho a

la consulta previa en Colombia, no son estos los únicos que existen alrededor del mismo y que por lo tanto generan una serie de problemáticas desde un punto de vista jurídico y fáctico. Por este motivo, pasaremos a exponer algunas consideraciones finales, en las cuales reflejaremos algunos temas relacionados con la problemática actual que genera el derecho a la consulta previa, y que podrían ser en un futuro considerados para efectos del desarrollo de una línea de investigación.

Como veníamos diciendo, son muchos los temas que generan algún tipo de problemática alrededor de la consulta previa, por lo que procederemos a mencionar algunos que, como ya dijimos, merecen ser objeto de estudio e investigación.

En primer lugar, nos gustaría resaltar el tema de la efectiva aplicación del derecho a la consulta previa en Colombia, puesto que si bien y aún teniendo claro cual es su importancia y su ámbito de aplicación, la realidad exige diversos estudios sociológicos que comprueben que efectivamente se están cumpliendo los objetivos planteados inicialmente por el convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia.

Lo anterior, en la medida que a lo largo de nuestra investigación, nos encontramos con testimonios⁶⁵ de comunidades indígenas que reclaman su presencia en las decisiones adoptadas por el gobierno nacional, y que si bien en algunos casos ha sido dicha presencia satisfecha por medio de instrumentos como la tutela, la misma termina siendo inútil con respecto a sus intereses, lo cual en ultimas terminará a consideración nuestra, en convertir al derecho a la consulta previa, en un instrumento que simplemente legitime la presencia y la toma de decisiones

⁶⁵ Informe sobre desarrollo humano 2004. Libertad cultural sobre el mundo diverso de hoy. Publicado para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) Ediciones Mundi-Prensa. 2004

unilaterales por parte del gobierno nacional, en los territorios habitados por las comunidades indígenas colombianas.

Por su parte, resultaría pertinente en relación con lo anterior, considerar como objeto de estudio las fortalezas y debilidades del derecho a la consulta previa, puesto que aspectos como la ausencia de posibilidades por parte de las comunidades indígenas de vetar las decisiones adoptadas por el gobierno nacional una vez se finaliza el proceso de consulta; podría generar a consideración nuestra, de alguna u otra manera, el poner en desventaja a las comunidades indígenas y a todo el discurso democrático y pluralista que consagra la Constitución del 91.

Además de lo expuesto, consideramos de gran importancia, el análisis de temas tan conflictivos, como la definición de pueblos indígenas. Esto, en la medida que si bien la definición consagrada en el convenio y adoptada por la Corte Constitucional parecería ser clara, la realidad colombiana involucra factores como el desplazamiento y la segregación de dichos pueblos, que resultan ser un tema de discusión a la hora de definir quienes podrían constituirse como pueblos indígenas y por lo tanto a quienes les sería aplicable el convenio 169 de la OIT y las demás normas que existen a su favor.

Finalmente y debido a que en el transcurso de nuestra investigación nos encontramos con elementos bastante interesantes expedidos por los órganos administrativos, sugerimos un análisis investigativo y detallado de las normas expedidas por el Ministerio del Interior. Esto con el fin de analizar, no solo el contenido de dichos elementos, sino también el papel que juegan los órganos mencionados dentro de los temas relacionados con el derecho a la consulta previa y en general con el multiculturalismo.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- BONILLA MALDONADO, Daniel. La Constitución multicultural. Universidad de los Andes - Facultad de derecho. Santa Fe de Bogotá: Siglo del Hombre editores, 2006.
- Decreto Número 1320 de 1998.
- Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006 ó Ley General Forestal presentada por los actores: Carlos Humberto García Guzmán, Luís Alfredo García Gómez, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado.
- DÍAZ ARENAS, Pedro. La Constitución Política colombiana 1991 (Proceso, estructuras y contexto). Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1993.
- Informe sobre desarrollo humano 2004. Libertad cultural sobre el mundo diverso de hoy. Publicado para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) Ediciones Mundi-Prensa. 2004.
- KYMLICKA, Hill. La introducción del concepto de derechos diferenciados de grupo (Ciudadanía Multicultural).
- LÓPEZ FUENTES, José. Los derechos de los indígenas. Centro de ediciones de la Diputación de Málaga. 2006.

- MANILI, Pablo. El bloque de constitucionalidad (La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho Constitucional Argentino). Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley, 2003.
- MINISTERIO DEL INTERIOR. Resolución Número 023 de 1997.
- MINISTERIO DEL INTERIOR. Respuesta otorgada por la subdirectora de asuntos indígenas, Doctora Sorelly Paredes Vargas, al derecho de petición presentado ante el Ministerio del Interior y de Justicia el día 12 de diciembre de 2007 por Mónica Uribe G y Juan Fernando Santa.
- OIT, Guía para la Aplicación del Convenio 169 –Esta guía fue elaborada por el Servicio de Políticas para el Desarrollo (POLIVED) en cooperación con el Servicio de Igualdad y Coordinación de los Derechos Humanos (EGALITE). Ginebra, 1996.
- UPRIMMY, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia (un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal).
- _____Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal.
- STAVENHANGEN, Rodolfo. Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. 2004.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

- Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993 M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, sentencia C-089 de 1994 M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, sentencia SU-510 de 1998 M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996 M.P: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, T-523 de 1997 M.P: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, C-169 de 2001 M.P: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 2003 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 M.P: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997 M.P: Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional, sentencia T-428 de 1992 M.P: Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional, sentencia T-634 de 1999 M.P: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003 M.P: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001 M.P: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, sentencia C-620 de 2003 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, sentencia SU-838 de 2003 M.P: Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional, sentencia T-382 de 2006 M.P: Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional, sentencia C-208 de 2007 M.P: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, sentencia C-030/08 M.P: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, sentencia C-578 de 1995 M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1992 M.P: Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995 M.P: Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional, sentencia C-358 de 1997 M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, sentencia C-567 de 2000 M.P: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, sentencia T-568 de 1999 M.P: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, sentencia C-401 de 2005 M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004 M.P: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, sentencia T-1319 de 2001 M.P: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, sentencia T-235 de 2002 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, sentencia C-04 de 2003 M.P: Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional, sentencia T-1303 de 2003 M.P: Ciro Angarita Barón.
- Corte constitucional, sentencia C-567 de 2000 M.P: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte constitucional, sentencia C-401 de 2005. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte constitucional, sentencia C-406 de 1996 M.P: Clara Inés Vargas.
- Corte constitucional, sentencia C-251 de 1997 M.P: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte constitucional, sentencia C-401 de 2005 M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte constitucional, sentencia T-652 de 1998 M.P: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte constitucional, sentencia C-418 de 2002 M.P: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte constitucional, sentencia T-606 de 2001. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte constitucional, sentencia SU-383 de 2003 M.P: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte constitucional, sentencia T-737 de 2005 M.P: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte constitucional, sentencia C-030 de 2008 M.P: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte constitucional, sentencia C-208 de 2007 M.P: Rodrigo Escobar Gil.

NORMATIVIDAD

- Constitución Política de 1991.
- Convenio 169 de 1989 expedido por OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Decreto reglamentario 1320 de 1998.
- Ley 21 de 1991
- Resolución 023 de 1997
- Resolución 028 de 1997