

# Holguín Neira & Pombo

## Abogados

### DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

Teniendo en cuenta el reciente fallo de inexecutable de la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006) decretado por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-030 de 2008, por violación del derecho fundamental a la consulta previa<sup>1</sup> de las comunidades indígenas y tribales para la adopción y ejecución de decisiones que puedan afectarlos, consideramos relevante señalar de manera sintética e ilustrativa, los eventos en los cuales la ley y la jurisprudencia ha señalado que en los procesos de expedición de leyes y medidas administrativas debe cumplirse con la consulta previa a las comunidades Indígenas y Negritudes. Lo anterior, teniendo en cuenta las múltiples demandas que han sido interpuestas contra leyes y actos administrativos por presunta violación del referido derecho fundamental..

Con fundamento en los artículos 329 y 330 de la Constitución Política, el artículo 6 del Convenio Número 169 de la OIT aprobado por la Ley 21 de 1991, la Ley 99 de 1999 y decretos reglamentarios de las mismas, entre otros, la Corte Constitucional ha manifestado que la consulta previa es requerida en los siguientes eventos:

---

<sup>1</sup> Sentencia SU-039 de 1997 “A juicio de la Corte, la **participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales** ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que **la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental**, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social (...)” (negrillas fuera de texto).

1. Cuando la ley o la medida administrativa afecten de (i) manera **DIRECTA**<sup>2</sup> (porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios) y **ESPECIFICA**<sup>3</sup> a (ii) las etnias (indígenas o negras) (iii) en su territorio<sup>4</sup> y en su carácter de tales<sup>5</sup> y

---

<sup>2</sup> Sentencia C-891 de 2002 “... la consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de **afectar directamente los intereses de tales pueblos.**” (negrillas fuera de texto).

<sup>3</sup> Sentencia C-030/2008: “Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, **el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales.** (...)” (negrillas y subrayas fuera de texto).

<sup>4</sup> Sentencia C-620/2003: “...c. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 15 del Convenio 169 de 1989 adoptado por la conferencia de la OIT, norma que por referirse a un derecho fundamental forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, el derecho de participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones relativas a los **recursos naturales de propiedad estatal ubicados en su territorio**, como es el caso de la sal de las Minas de Manaure, debe hacerse efectivo mediante el **mecanismo de la consulta previa.**” (negrillas fuera de texto)

<sup>5</sup> Sentencia C-030/2008: “Es claro, por otra parte, que **lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales**, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos.” (negrillas y subrayas fuera de texto)

# Holguín Neira & Pombo

## Abogados

no las genéricas para todos los habitantes del territorio.

2. Cuando la ley o medida administrativa se refiera a las siguientes materias o asuntos:
  - 2.1. A la exploración o explotación de recursos naturales de propiedad del Estado en los territorios indígenas<sup>6</sup>
  - 2.2. Se refiera a la conformación de entidades territoriales<sup>7</sup>.
  - 2.3. A su vez, la Corte en algunas sentencias entiende que la obligación de la consulta previa se hace extensiva a los casos que afecten o involucren intereses propios de estas minorías<sup>8</sup>, que los afecten en aspectos inherentes a su subsistencia tales y como combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las

formas de intolerancia conexas que afectan a los grupos indígenas<sup>9 10</sup>

---

<sup>6</sup> Parágrafo art. 330 C.P., art. 76 de la Ley 99 1993 y Decreto 1320 de 1998 por el cual se reglamenta la consulta previa a las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

<sup>7</sup> Art. 329 C.P.

<sup>8</sup> **Sentencia T-737 de 2005:** “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.” (negritas y subrayas fuera de texto)**

---

<sup>9</sup> Sentencia SU-383 de 2003: “[r]esulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos labores de dichos pueblos-artículo 53 C.P.-sino i) **en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles-artículo 94 C.P.-**, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales-Declaración y Programa de Acción de Durban-y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad.” (negritas y subrayas fuera de texto)

<sup>10</sup> Arts. 93 y 94 C.P.