

CONSULTA INDÍGENA:  
COLOMBIA (Y ESPAÑA) ENTRE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Bartolomé Clavero

*Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.*

Declaración de Naciones Unidas  
sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 19).

1. Consulta *étnica* en Colombia entre Convenio y Constitución.- 2. Jurisprudencia constitucional colombiana entre ordenamiento de derecho y presunción de antropología.- 3. Garantías de derechos de los pueblos indígenas entre Tratado de Derechos Humanos y Constitución de Estado.- 6. Epílogo sobre Colombia y España ante jurisdicciones supraestatales.

Por vía convencional, de tratado internacional, antes que constitucional, se ha establecido por América Latina el derecho de consulta a los pueblos indígenas como regla para las relaciones entre los mismos, en cuanto que sujetos políticos reconocidos, y los respectivos Estados. Las Constituciones vienen respondiendo de forma desigual a un compromiso internacional que interesa al ejercicio tanto de los derechos de ciudadanía como de las funciones normativa, jurisdiccional y gubernamental del Estado. Colombia es caso que se ha significado por el desarrollo de una notable jurisprudencia constitucional al respecto, una jurisprudencia que se está presentando como digna de ser atendida por parte de las jurisdicciones correspondientes de otros Estados de América Latina que comparten el compromiso internacional, realmente todos ellos hoy en día desde la reciente Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, una declaración con cláusulas vinculantes. Reúna o no Colombia tal mérito comparativo, es un caso el suyo que pone de manifiesto la envergadura constitucional, por implicación constituyente, de la institución de la consulta a los pueblos indígenas<sup>1</sup>.

1. Consulta *étnica* en Colombia entre Convenio y Constitución.

El día siete de agosto de 1991 la República de Colombia deposita en la Organización Internacional del Trabajo la ratificación del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 (Convenio 169, por el número de serie de los tratados de este organismo). En el mismo se instituye como obligación del Estado la consulta regular a dichos pueblos. El principal artículo que la contempla dispone que “los gobiernos”, esto es los Estados que ratifican, “deberán consultar a los pueblos interesados”, pueblos indígenas, “a través de sus instituciones representativas”, “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de

---

<sup>1</sup> Agradezco al Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional y especialmente a su presidenta, Ana Giacomette, la invitación a ocuparme de la consulta a pueblos indígenas con ocasión del IV Congreso Internacional *Proceso y Constitución*, dedicado a *Dialéctica y Diálogo Jurisprudencial: Presente y Futuro*, 18-20 de marzo, 2014. Agradezco igualmente a Julio Gaitán la oportunidad de ubicar este tema de la consulta dentro del contexto aun colonial de la historia de los derechos humanos en sesiones de grado y de doctorado de la Universidad del Rosario, así como a Gonzalo Ramírez el lance de un diálogo a micrófono abierto, en la Universidad Externado de Colombia, sobre lo propio y algo más, todo ello la semana precedente. Las afirmaciones de entrada acerca de la transcendencia constitucional de la consulta indígena entre procedimientos y derechos entiéndanse como conclusiones anticipadas.

afectarles directamente”, y ello “mediante procedimientos apropiados” y “de buena fe”, todo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, así como otro inciso del mismo artículo prescribe “establecer los medios” y “proporcionar los recursos necesarios” por parte de los Estados “para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos”, los indígenas. Así, los Estados ratificantes, como fuera el caso temprano de Colombia, quedan también obligados a respaldar y fortalecer tales *instituciones representativas*, esto es en suma, la autonomía de los pueblos indígenas aunque la palabra no se utilice (art. 6)<sup>2</sup>.

Otros artículos abundan y concretan. Así se incide en la consulta para la garantía de “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras” y también de sus intereses “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” por parte de los Estados (art. 15); se requiere la consulta “a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad” (art. 17); se dispone que todo programa o proyecto de formación o promoción indígenas “deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas” y ello “a fin de responder a sus necesidades” y aspiraciones (arts. 22 y 27); afrontar por parte del Estado cambios que afectan a pueblos indígenas requiere su “participación y cooperación” (arts. 5 y 7); cooperación se precisa, junto con la consulta, a más efectos (arts. 20, 22, 25, 27 y 33); en materia de enseñanza, dado el derecho de la infancia indígena a recibirla en la propia lengua, se deberán “celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo” (art. 28).

La finalidad cardinal de la consulta es la de defensa de cultura y territorio indígenas o, mejor dicho, la de garantía de los correspondientes derechos: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al 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” (art. 7); “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. La utilización del término tierras (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (art. 13). La consulta, en definitiva, se hace presente a lo largo del Convenio

---

<sup>2</sup> Del Convenio 169 utilizo la edición de *Normlex*, el sitio online de las normas de la Organización Internacional del Trabajo; de la Constitución de Colombia, la de *Political Database of the Americas* de la Universidad de Georgetown que, junto a ediciones reformadas hasta 2009 (última visita, marzo de 2014), mantiene exento el texto original definitivo, el de 1991 (el publicado por la Asamblea Constituyente en la Gaceta Constitucional, n° 114, hubo de ser todavía corregido); de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, la edición que empleo es la de un folleto de Naciones Unidas escaneado en el sitio del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (a la que fue objeto de aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas se le hicieron todavía unas correcciones de estilo en la versión castellana). Sobre la recurrencia de reformas constitucionales en Colombia, en lo que aquí, salvo para el Acto Legislativo 1/2012 en lo referente a la llamada justicia transicional, no será necesario entrar por cuanto no afecta a un asunto que, como el de la consulta indígena, no está contemplado, según habremos de ver, por la Constitución, Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010 (4ª ed.), pp. 60-67.

como garantía de los derechos que contempla. No se reduce a un artículo entre otros o, aún menos, a una posibilidad entre otras. Es el gozne de articulación del instrumento<sup>3</sup>.

Como suele ocurrir con los compromisos normativos internacionales que requieren modificaciones en el ordenamiento interno, a lo que se está obligado por el derecho internacional sobre los tratados<sup>4</sup>, la vigencia del Convenio 169 no resulta inmediata según sus propias previsiones. Se atiende a la conveniencia de que los Estados cuenten con un tiempo de vacancia para poder proceder a dicha adaptación de su ordenamiento a los compromisos contraídos. En concreto, el Convenio 169 dispone su entrada en vigor “doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación” (art. 38), lo que en el caso de Colombia acontece en consecuencia el siete de agosto del año 1992. Se entiende que, de haber determinación, el transcurso de un año constituye tiempo bastante para la implantación de las medidas necesarias, inclusive constitucionales, a fin de que novedades como la de obligación del Estado a la consulta indígena en todos los supuestos previstos por el Convenio 169 y de la forma como el mismo los contempla pueda comenzar a practicarse sin mayor problema.

Unos procedimientos están sumaria y suficientemente caracterizados para poner el motor en marcha si se tiene en cuenta la inmensa casuística previsible por la variedad y heterogeneidad de casos y condiciones de *pueblos indígenas en países independientes*. Difícilmente el Convenio podría concretar más. La consulta ha de ser previa a las *medidas legislativas o administrativas susceptibles* de afectar *directamente* a pueblos indígenas y debe efectuarse con sus *instituciones representativas*, mediante *procedimientos apropiados* y, sobre todo, de *buena fe* y con la vista puesta en el logro de *acuerdo*. Por parte de los Estados, no han de caber prácticas de mediación ni, aún menos, de cooptación. Por la de los pueblos indígenas, en este diseño tampoco caben otras mediaciones, ni siquiera de organizaciones indígenas si no cuentan con la confianza expresa del pueblo o los pueblos afectados en cada caso a fin de poder considerarse *representativas* a los efectos de la correspondiente consulta<sup>5</sup>. Dígase lo propio de la eventual representación indígena en instituciones del Estado como eminentemente en el Congreso, lo cual puede estar incluso garantizado con cupo de reserva como luego veremos que ocurre en Colombia.

Desde el siete de agosto de 1992 la República de Colombia tiene contraída internacionalmente la obligación de atenerse a los términos del Convenio 169. Desde un año antes, desde el mismo día de 1991, tenía el compromiso de preceder a la adaptación de su ordenamiento de forma que este tratado fuera en todo practicable a partir de su

---

<sup>3</sup> Para advertencia temprana, Magdalena Gómez Rivera, *Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México D.F., Instituto Nacional Indigenista, 1991 y, revisado, 1995.

<sup>4</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, en vigor desde 1980), art. 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”, a senso contrario, con una salvedad (art. 46: “El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”) impensable para el supuesto del Convenio 169 por lo que enseguida veremos acerca de su ratificación en el contexto constituyente colombiano. La Convención de Viena Colombia la tiene ratificada desde antes de 1991 (Ley 32 de 1985).

<sup>5</sup> Sabine Speiser (ed.), *¿Quién habla por quién? Representatividad y legitimidad de organizaciones y representantes indígenas. Un debate abierto*, Quito, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2013, bien que con contribuciones precisamente no indígenas.

entrada en vigor. Dentro de estas coordenadas temporales, la obligación de consulta presenta una importante particularidad. Aunque el Convenio no estuviera aún vigente a efectos del compromiso internacional, durante dicho año de vacancia las previsiones de consulta han de aplicarse a fin de que el Estado no preconstituya procedimientos a espaldas de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

No está dicha tal cosa en el Convenio de modo explícito, pero del mismo se deduce con toda lógica. La regulación de la consulta conforme a los criterios sentados por el Convenio como ha de realizarse no es de otra forma que mediante consulta. Así lo han entendido instancias competentes al efecto como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo y el Relator del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instancias que también han aclarado que *medidas legislativas* incluyen las de orden constitucional. De otro modo, los requisitos de consulta podrían fácilmente sortearse. Porque tal no haya sido la pauta general, porque la legislación y la jurisprudencia de los Estados no hayan sido en caso alguno tan consecuente, el derecho sobre consulta del Convenio es el dicho<sup>6</sup>. Mediante el mismo la Organización Internacional del Trabajo rectificaba su trayectoria anterior, acomodada en el colonialismo, de desatención de derechos de pueblos indígena procurando que los Estados siguieran sus pasos, ratificándolo<sup>7</sup>. La consulta es garantía de tales derechos. Su importancia no se entiende si no se mira a la substancialidad de lo que ampara<sup>8</sup>.

Colombia no es excepción. No lo es en cuanto a la trayectoria previa, como tampoco respecto a la evolución seguida tras la ratificación del Convenio. Ni la jurisprudencia colombiana ha sido tan consecuente o, si prefiere decirse, tan exigente ni, para empezar, el Estado aprovechó el año de vacancia del Convenio para proceder a la adaptación necesaria del ordenamiento interno en modo alguno, consultando con los pueblos indígenas o sin hacerlo. La misma obligación internacional de adoptar la consulta en relación con los pueblos indígenas desde la propia ratificación del Convenio, sin periodo de vacancia, se refuerza en el caso de Colombia por sus términos de adopción del compromiso. El Convenio entró en vigor por ley antes que por él mismo, antes que por tratado<sup>9</sup>. La misma Constitución asimila a legislación interna

---

<sup>6</sup> César Rodríguez Garavito y Meghan Morris (eds.), *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010; Beatriz Cajías y Claudia Heins (eds.), *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*, La Paz, Fundación Konrad Adenauer, 2012, pp. 79-114 para Colombia; María Clara Galvis y Ángela María Ramírez (eds.), *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, Washington, Due Process of Law Foundation, 2013, pp. 71-220 para la consulta previa.

<sup>7</sup> Luis Rodríguez-Piñero, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, Oxford, Oxford University Press, 2005. El éxito de las ratificaciones hasta ahora, a marzo de 2014, es modesto, salvo en América Latina precisamente (por orden cronológico, México, Colombia, Bolivia, Cota Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Guatemala, Ecuador, Argentina, Brasil, Venezuela, Chile y Nicaragua). Información actualizada se tiene en el sitio *Normlex* citado. La Organización Internacional del Trabajo cuenta con una oficina dedicada a la promoción del Convenio 169 ([pro169.org](http://pro169.org)).

<sup>8</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington, Organización de Estados Americanos, 2009, cap. 9 para la consulta.

<sup>9</sup> La Ley 21 de 1991 “por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” (Diario Oficial n° 39.720, de 6 de marzo), incorpora el texto del Convenio y dispone que “la presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación”, dejando ahora aparte que esta de la publicación como ley sea la práctica regular de aprobación parlamentaria de tratados en Colombia. No es raro en la doctrina colombiana que los artículos del Convenio 169 se citen como

instrumentos ratificados que pueden entenderse los de la Organización Internacional del Trabajo (art. 53: "... Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna..."). Sin embargo, al adquirir el Convenio 169 fuerza de tratado al cabo del año de la ratificación, el compromiso ascendió de rango normativo. No responde definitivamente a una mera ley disponible para el Congreso ni, aún menos, mediante interpretación, para la Corte Constitucional<sup>10</sup>.

También y principalmente resulta reforzada tal obligación de consulta por el contexto normativo interno. La ratificación del Convenio 169 se incardina en el último proceso constituyente, el de la actual Constitución. No es sólo que se produjera una coincidencia de tiempos en el año de gracia de 1991. Es más. La recepción del Convenio 169 en el ordenamiento colombiano pudo entenderse que complementaba y hasta redondeaba la propia orientación constitucional, una orientación renovadora en la dirección de reconocimiento de derechos indígenas y asimilables<sup>11</sup>. Materialmente, el Convenio resultaba una pieza básica del propio orden constitucional que estaba de tal forma regenerándose. Colombia se reconstituyó en 1991 con una Constitución y con un Convenio, con la primera en lugar eminente desde luego, pero con el segundo también como adlátere<sup>12</sup>. No creo que entre la una y el otro, la Constitución y el Convenio, se conforme tanto como una *constitución indígena* en Colombia, pero entre ambos instrumentos ha de componerse el parámetro constitucional al respecto<sup>13</sup>.

Se acusa sin embargo un serio desajuste desde estos inicios que no podemos aquí eludir. La obligación de consulta del Convenio tiene un alcance materialmente constitucional por cuanto que afecta al ejercicio de funciones como la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, a todas ellas, y porque interesa a derechos de pueblos, pero la Constitución no parece darse por enterada de la novedad. La institución de la consulta indígena no comparece en el texto constitucional, ni en su Título II, *De los Derechos, las Garantías y los Deberes*, ni en su Título IV, *De la Participación Democrática y de los Partidos Políticos*, ni en su Título VI, *De la Rama Legislativa*, ni en su Título VII, *De la Rama Ejecutiva*, ni en título alguno suyo. Aparece la *consulta popular*, en la que no cabe empero subsumir la consulta indígena aunque sólo fuera por la diferencia del

---

artículos de la Ley 21/1991. De hecho, cuando el mismo entra así, por ley, en vigor en Colombia, no lo estaba en ningún sitio, puesto que, como tratado multilateral, tenía que alcanzar un número de ratificaciones para hacerlo y este requisito sólo se acredita el 5 de setiembre de 1991 al cumplirse el año de la ratificación mexicana, tras el depósito por tanto de la colombiana.

<sup>10</sup> La misma Convención de Viena contempla la posibilidad de entrada en vigor del tratado con antelación a sus mismas previsiones por voluntad del Estado (art. 25). Este punto ha llegado a plantearse a la Corte Constitucional, declarándose la misma incompetente para revisarlo (Sentencia de Constitucionalidad 321/2006), pero se hizo en relación a un supuesto que no se da en el caso del Convenio 169, el de que la antelación se produjera con respecto a la aprobación parlamentaria del tratado.

<sup>11</sup> Daniel Bonilla Maldonado, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006; Carlos Vladimir Zambrano, *Los ejes políticos de la diversidad cultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006; Libardo José Ariza, *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009.

<sup>12</sup> B. Clavero, *Nación y naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio, 1810-2010*, pp. 125-131, en *Revista de Historia del Derecho*, 41, 2011, pp. 79-137; *Constitucionalismo indígena por América Latina, con particular consideración de Colombia*, en Ana Catalina Rodríguez, Pedro Rojas y Ángela Santamaría (eds.), *Escuela Intercultural de Diplomacia Indígena. Memoria, derecho y participación*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2012, pp. 225-237.

<sup>13</sup> Frank Semper, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 12-II, 2006, pp. 761-778, para tal idea de *constitución indígena* colombiana integrada sustancialmente, aparte el derecho propio indígena, por Constitución del Estado y Convenio 169 (pp. 762-763).

sujeto colectivo a ser consultado<sup>14</sup>. Hasta tal punto la Constitución no registra la consulta indígena que pudo haber acercamientos serios a su novedad respecto a los pueblos indígenas sin mencionársele siquiera<sup>15</sup>.

Había y aún hay un reto de articulación constitucional de las obligaciones contraídas por el Estado mediante la ratificación del Convenio 169. En otros casos por las latitudes de Latinoamérica, porque las Constituciones hayan venido a registrar la institución de la consulta como derecho de los pueblos indígenas, tampoco se ha hecho el intento de replantear a su luz los procedimientos de las instancias constitucionales<sup>16</sup>. Colombia perdió la ocasión que se le presentó por la confluencia de la ratificación con la nueva Constitución en 1991, una Constitución que comienza por considerarse multicultural: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (art. 7), y que lo hace esencialmente por atención a la presencia de pueblos indígenas. Con las consecuencias extraídas, el escenario de renovación constituyente habría realmente un horizonte en parte luego bloqueado y entonces desaprovechado<sup>17</sup>.

La Constitución colombiana dibuja un escenario donde el Convenio 169 y su requerimiento de consulta pueden tener acogida y acomodo, como es punto de partida hoy usual por Latinoamérica<sup>18</sup>. En Colombia, la Constitución lo hace con su atención a “los grupos étnicos” como sujetos de derechos, del derecho a la propia lengua (art. 10), a “la identidad cultural” (art. 68), al “patrimonio cultural” (art. 72), a representación política propia (art. 176) y a la autonomía territorial, de “territorios indígenas” (arts. 286, 320, 321, 329, 330 y transitorio 56) o “entidades territoriales indígenas” (art. 286, 329 y 356), con reconocimiento expreso de justicia y ordenamiento propios (art. 246). El término constitucional para la identificación de este sujeto de derechos es el de *grupo étnico* o también el de *minoría étnica*, pero igualmente se emplea, como puede verse, el calificativo de *indígena*. Hay en el texto constitucional referencias a “comunidades indígenas” (arts. 171, 329 y 330) e incluso a “pueblos indígenas” (arts. 96 y 246, el primero respecto a pueblos transfronterizos). Si este último apelativo, el de *pueblos indígenas* junto a *pueblos tribales*, es el adoptado por el Convenio 169, ¿cómo es que la Constitución prefiere el de *grupos étnicos*? ¿Por qué no comenzó a cumplir con las obligaciones contraídas por el tratado adoptando, mediante su lenguaje, sus categorías?

---

<sup>14</sup> Rocío Araujo y María Lucía Torres (eds.), *Retos de la democracia y de la participación ciudadana*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011, con el capítulo específico, pp. 125-152; Gloria Amparo Rodríguez, *El derecho a la participación y la consulta previa a pueblos indígenas*.

<sup>15</sup> Como muestra expresiva, Roberto Pineda Camacho, *La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia*, en *Alteridades. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, 14, 1997, *Estado nacional, autodeterminación y autonomías*, pp. 107-129.

<sup>16</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya Yala 2011; B. Clavero, *Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano*, en Adriana Luna, Pablo Mijangos y Rafael Rojas (eds.), *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica, 1812-2012*, México D.F., Taurus, 2012, pp. 421-453.

<sup>17</sup> Como ilustración sectorial, de nuestro sector profesional, entre una nutrida literatura que estoy lejos de dominar, César Augusto Torres Forero, *De las aulas a las urnas. La Universidad del Rosario, la séptima papeleta y la Constituyente de 1991*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007. Sobre el bloqueo ulterior, Jorge Andrés Hernández, *La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional*, en *Colombia Internacional*, 79, 2013, *Constituciones andinas en debate(s)*, pp. 49-76.

<sup>18</sup> B. Clavero, *Supremacismo cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.), *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Copenhague, IWGIA, 2010, pp. 366-373.

Hay una respuesta a la vista, la de que el segundo apelativo, el de *grupos étnicos* conforme al tenor de la propia Constitución, puede resultar más abarcador que el de *pueblos indígenas y tribales*. Todos los pueblos indígenas son grupos étnicos, pero no todos los grupos étnicos son pueblos indígenas. El caso más claro aparece entre los artículos transitorios de la misma Constitución al preverse que “las comunidades negras” con “prácticas tradicionales” habrán de ver reconocido por ley “el derecho a la propiedad colectiva”, lo que ha llevado, como veremos, a la asimilación jurisprudencial entre *minorías étnicas* y *minorías negras* sobre la base de los derechos de los *pueblos indígenas*, particularmente en dicho supuesto de comunidad afrocolombiana con base de territorio propio. La posibilidad de la asimilación respecto a derechos, más allá de lo que en la misma Constitución se sugería, se apreció enseguida. El sujeto *negro* puede beneficiarse del reconocimiento constitucional del sujeto *indígena*, y no sólo del propio, con la consiguiente acreditación a la *consulta étnica*<sup>19</sup>. Dada la existencia de comunidades afrodescendientes de base territorial por otras latitudes latinoamericanas, la asimilación no es sólo colombiana<sup>20</sup>. Lo afrodescendiente es más que lo tribal.

Entre los derechos en sustancia indígenas, la Constitución colombiana no menciona la consulta, sea indígena o étnica, ni tan siquiera cuando se encuentra con pie para hacerlo. Cuando trata de las *entidades territoriales indígenas*, dispone que la regulación de su encaje con otras entidades que concurren en la composición del ordenamiento territorial habrá de efectuarse con intervención de parte indígena: “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas (...)” (art. 329). He aquí un caso neto de *consulta* para el Convenio que la Constitución ni siquiera identifica por su nombre. Cómo deba sustanciarse sigue siendo una incógnita pues la actual Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1454/2011) aplaza el tratamiento de lo concerniente a las entidades indígenas<sup>21</sup>. Con referencia expresa ahora precisamente a *consulta*, contiene la previsión de una “ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas” (art. 37, par. 2º). Aun sin consulta, la Ley ya les afecta<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Enrique Sánchez, Roque Roldán y María Fernanda Sánchez, *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá, Disloque, 1993; Peter Wade, *The Cultural Politics of Blackness in Colombia*, en Norman E. Witten y Arlene Torres, eds., *Blackness in Latin America and the Caribbean*, Bloomington, Indiana University Press, 1998, vol. I, pp. 311-334. No creo necesario ocuparme aquí de la extensión ulterior de derechos a otros sujetos: *raizal* y *palenquero*, ambos *creoles* (y ambos presentes en la Constitución, el primero nominalmente, como *comunidades nativas* a ser protegidas, pero no en términos de derechos propios: art. 310), y *rom* o gitano, que cabe acercarse al caso *indígena* sin territorio propio, no a todo él por supuesto.

<sup>20</sup> Ariel E. Dulitzky, *Cuando los afrodescendientes se transformaron en “pueblos tribales”*. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras*, en *El Otro Derecho*, 41, 2010, *Luchas y debates de los afrodescendientes a una década de Durban: Experiencias en América Latina y el Caribe*, pp. 13-48.

<sup>21</sup> Para el momento previo, pues no se altera de forma directa en la vertiente indígena, Liliana Estupiñán y Julio Gaitán (eds.), *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, partes II-IV para Colombia.

<sup>22</sup> Cap. III, “Competencias en materia de ordenamiento del territorio”, art. 29.2, “Del Departamento (...) d) Integrar y orientar la proyección espacial de los planes sectoriales departamentales, los de sus

A estas alturas, en 2011 y hoy, bien entrado 2014, esos *mecanismos especiales de consulta previa* siguen siendo problemáticos. Ni los contempla la Constitución, ni hay regulación apropiada, ni se tiene una práctica aceptada, como tampoco se cuenta con nada de ello más en general respecto al acomodamiento constitucional de los pueblos indígenas<sup>23</sup>. Las experiencias intermitentes e irregulares de consultas habidas no han sido para establecer por vía alguna un régimen satisfactorio de garantía respecto a la parte indígena mediante el cumplimiento de la obligación constante del Estado. No han contribuido unos amagos de reglamentación mediante disposiciones de rango inferior al legislativo, cuales sean incluso unas directivas presidenciales, tal y como si se tratara de leyes o equivaliera<sup>24</sup>. Ha de remarcarse todo esto por lo dicho de que el caso colombiano, sobre todo por su jurisprudencia que pronto confrontaremos, se enarbola no raramente como término de referencia para Latinoamérica<sup>25</sup>.

Leyes hay en Colombia que contemplan la consulta, pero no que la regulen en cuanto tal, respecto al conjunto y al despliegue de su requisitos, formas y efectos. Un reciente anteproyecto de ley, de 2012, ya caducado por la celebración de elecciones parlamentarias en marzo de 2014, sigue sin cubrir satisfactoriamente la regulación de la consulta para el estándar establecido por el Convenio<sup>26</sup>. El asunto está deslegalizado, pero no por consideración del mecanismo de consulta. Aunque la Constitución quiso salir al paso, la práctica constitucional colombiana favorece la transmisión de facultades de la rama legislativa a la ejecutiva, en cuyas manos recae hoy básicamente la materia de consulta, tanto su regulación como su práctica<sup>27</sup>.

---

municipios y entidades territoriales indígenas”, lo que en la práctica lleva a la subordinación de éstas además, a algunos efectos, incluso a municipios no indígenas. Pese a su parcialidad reconocida, la Ley formula unos *principios rectores del ordenamiento territorial* que no pueden estar a su alcance (art. 3). La norma ostenta el título oficial de “Ley por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, pero en su texto se refiere a sí misma como Ley Orgánica de Ordenación Territorial, seguramente por haberse planteado el proyecto sin la excepción indígena.

<sup>23</sup> F. Semper, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia*; B. Clavero, *Nación y naciones en Colombia*; Efraín Jaramillo, *Los indígenas colombianos y el Estado. Desafíos ideológicos y políticos de la multiculturalidad*, Copenhague, IWGIA, 2011; el mismo E. Jaramillo, *Colombia*, en *El Mundo Indígena 2013*, Copenhague, IWGIA, 2013, pp. 107-117.

<sup>24</sup> *La Consulta Previa a Grupos Étnicos en Colombia. Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio*, 2 vols., Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia, 2009. Cuando una misión del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas visitó Colombia en julio de 2010, a lo que luego me referiré, se nos entregó por dicho Ministerio, que por entonces reunía ambas competencias, un dossier ad hoc sobre el estado de la cuestión sustrayendo documentación clave.

<sup>25</sup> Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001; colectivo, *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, Parte II, Título III, *Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional*; Esther Sánchez Botero, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010.

<sup>26</sup> Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, *Análisis: Borrador de Proyecto de Ley Estatutaria de Consulta Previa. El límite de los derechos de los pueblos étnicos*, Bogotá, Fos-Colombia, 2012; Diana Milena Murcia Riaño, *El derecho a la Consulta previa en Colombia. Análisis del borrador de proyecto de reglamentación de junio de 2012*, Bogotá, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2013 (eds. electrónicas ambas). El proyecto de momento ha servido para que Colombia lo presente, como mérito a su favor, para su turno de examen de 2013 ante la Organización Internacional del Trabajo, a lo que enseguida me refiero.

<sup>27</sup> M.F. Quinche Ramírez y Franky Urrego Ortiz, *Los decretos presidenciales en el sistema normativo*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2011. La última Directiva Presidencial, que se presenta además como “Guía para la Realización de la Consulta Previa con Comunidades Étnicas” (10/2013, de 7 de noviembre, completada

La misma Organización Internacional del Trabajo en su labor de supervisión del Convenio 169 no ha dejado de acusar en más de una ocasión el déficit normativo y las inconsecuencias políticas de Colombia en relación a la obligación de consulta<sup>28</sup>. Hay en definitivas cuentas un vacío de regulación, pero un vacío en parte artificial por cuanto que se están eludiendo las directrices marcadas tanto por el Convenio 169 como, en estos últimos años, de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la que luego habremos de ocuparnos desde luego.

A este respecto de la regulación, con el vacío normativo artificial en parte, ha venido a producirse en Colombia una especie de suplencia normativa, concretamente por activismo de la Corte Constitucional<sup>29</sup>. Aunque la consulta no figure en la Constitución ni como derecho indígena ni como obligación del Estado, la Corte Constitucional ha entendido desde 1997 que la misma tiene un alcance de tal carácter, constitucional, mereciendo tutela, con lo que ha desarrollado una jurisprudencia no sólo garantizadora, sino también reguladora, lo primero en contados y sonados casos de incumplimiento más flagrante<sup>30</sup>. Hasta tal punto se ha significado a ambos efectos la Corte Constitucional colombiana que se le viene tomando como guía y modelo para otras jurisdicciones de constitucionalidad y de amparo por Latinoamérica. La necesidad de suplencia hacia el interior se ha hecho virtud de ordenamiento para el exterior por las deficiencias aún mayores de otros casos más que por los méritos propios<sup>31</sup>.

---

con el protocolo del decreto 2613, de 20 del mismo mes, Diarios Oficiales 48.967 y 48.980), es un nuevo testimonio tanto de la elusión del derecho internacional como de la artificialidad del vacío consiguiente, aunque el Convenio 169 se invoque, no en cambio la Declaración de la que trataremos.

<sup>28</sup> Ana Lucía Maya Aguirre, *El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado colombiano*, en *El Otro Derecho*, 40, 2009, *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*, pp. 75-95. Documentación sobre exámenes ulteriores, inclusive el dicho de 2013, puede encontrarse en el sitio de la Organización Internacional del Trabajo (ilo.org).

<sup>29</sup> Mónica Uribe y Juan Fernando Santa, *El derecho a la consulta previa*, Medellín, Universidad EAFIT, 2008 (ed. electrónica); Daniel Velandia, *Desafíos del Estado colombiano respecto al derecho a la consulta previa y los grupos étnicos*, en *Revista Centro de Estudios Políticos*, 2, 2010, pp. 49-75; Carlos Eduardo Salinas, *La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*, en *Revista Derecho del Estado*, 27, 2011, pp. 235-259; Alejandra Vega, *Consulta previa a pueblos indígenas y tribales. Análisis y propuesta de legislación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012 (ed. electrónica); Laura Posada Correa, *La consulta y el consentimiento libre, previo e informado como herramientas de litigio de los grupos étnicos*, Medellín, Universidad EAFIT, 2012 (ed. electrónica); María Alejandra Durán, *El derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2013 (ed. electrónica).

<sup>30</sup> Catalina Botero, *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en *Precedente. Revista Jurídica* (Universidad ICESI), 2003, pp. 45-85; Carlos Parra Dussán y G.A. Rodríguez (eds.), *Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005; la segunda, *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010 (ed. electrónica); Luis Jorge Garay Salamanca (dir.), *Minería en Colombia: Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos*, Bogotá, Controlaría General de la República, 2013. Una de dichas sentencias más sonadas (Sentencia de Unificación 039/1997) el mismo sitio de la Corte la incluye con resumen en inglés entre “its most important decisions”.

<sup>31</sup> B. Clavero, *Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia*, pp. 46-53 sobre Colombia, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94, 2012, pp. 29-60. Para la virtualización forzada, E. Sánchez Botero, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. En la reciente “Sumilla de sentencias sobre el derecho a la consulta previa emitidas por cortes latinoamericanas” de Juan Carlos Ruiz Molleda (ed.), *La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. Compendio de*

## 2. Jurisprudencia constitucional colombiana entre ordenamiento de derecho y presunción de antropología.

Aquí nos interesa la suplencia, esto es, el desarrollo de una regulación sobre la consulta indígena por parte de la Corte Constitucional. En el último pronunciamiento al respecto, contenido en la Sentencia de Constitucionalidad 253/2013, la propia Corte hace un repaso de dicho desenvolvimiento no sólo por lo que toca a las *comunidades negras*<sup>32</sup>. La misma versa sobre esta categoría de *negro*, resolviendo que, conforme a la Constitución, no es de carácter discriminatorio puesto que sirve, con el uso de dicho calificativo, para extender a comunidades afrocolombianas los derechos de los *grupos étnicos*, esto es, de los *pueblos indígenas*. *Negro*, con su derivado *nigger*, es término proscrito en el vocabulario jurídico y político internacional por su carga racista y grave implicación discriminatoria, mas puede tener a escala local la significación opuesta. Esto no quita que su uso social pueda resultar en casos, tampoco siempre, seriamente ofensivo también en Colombia, pero se entiende que esto no debe contaminar la categoría constitucional. Uso social y uso jurídico se diferencian y se influyen<sup>33</sup>.

Al propósito de la participación de derechos entre *grupos étnicos*, la sentencia se detiene en el derecho a la consulta y en su régimen no sólo por razón de que así se aplique a tales otras comunidades, las *negras*, sino también en sus términos más generales, alcanzando neurálgicamente al caso de los pueblos indígenas. Esto segundo va a ir más allá, bastante más allá, de lo que cabría esperar por la implicación entre categorías, la *negra* específica y la *étnica* común. Como la sentencia va a introducir una importante novedad, la de producir un giro jurisprudencial que nos dirigimos a ver, es por lo que expone su propia trayectoria respecto a la institución de la consulta. Nos interesa ahora al respecto, no la historia de la jurisprudencia constitucional en sí, sino la imagen que de la misma se hace la propia Corte.

La Corte Constitucional se introduce en el repaso de su jurisprudencia sobre consulta *étnica* anunciando que lo hace porque va a modificarla. Lo inicia con la Sentencia de Constitucionalidad 169/2001 que, a propósito de la reglamentación de competencias congresuales, constataba que “la consulta previa no había sido prevista ni por la Constitución ni por la Ley para medidas legislativas” con carácter general, sino sólo para “el caso de la explotación de recursos naturales en los territorios de grupos étnicos”, lo que asegura que se contiene en el artículo 330 de la Constitución: “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 y ejercerán las siguientes funciones: (...) 5. Velar por la preservación de los recursos naturales”. Si hay necesidad de consulta para otros casos, es, según esta primera sentencia de la serie, porque haya leyes que así lo prevean y sólo por dicha razón: “Se estableció que la Corte no podía prescribir como obligatorio un procedimiento que no se contemplaba en el ordenamiento jurídico”, entendiendo por

---

*legislación y jurisprudencia*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2012, pp. 339-342, Colombia se lleva con diferencia la parte del león.

<sup>32</sup> Para el texto de las sentencias, el sitio de la Corte Constitucional ([corteconstitucional.gov.co](http://corteconstitucional.gov.co)) cuenta con buenos buscadores; en el de la Universidad del Rosario ([urosario.edu.co](http://urosario.edu.co)), la página de la Cátedra Viva Intercultural de la Facultad de Jurisprudencia ofrece enlaces a las específicas sobre consulta previa.

<sup>33</sup> P. Wade, *Defining Blackness in Colombia*, en *Journal de la Société des Américanistes*, 95-1, 2009, pp. 165-184; comentarios de Paul Schor y Odile Hoffmann en *Nuevo Mundo / Mundos Nuevos* (revista electrónica), *Coloquios*, 2009.

*ordenamiento* el constituido por las leyes. De momento sintetizo el relato de la jurisprudencia constitucional realizado por la propia Corte.

La Corte prosigue recordando que fue posteriormente la Sentencia de Constitucionalidad 891/2002 la que “consideró que la participación de los pueblos indígenas a través de la consulta previa adquiere rango de derecho fundamental al relacionarse con la integridad étnica, especialmente cuando se encuentran de por medio regulaciones de temas ambientales en territorios ancestrales”. La base normativa se sitúa en el “principio participativo” contenido en el artículo segundo constitucional: “Son fines esenciales del Estado: (...) facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”, lo cual “adquiere matices más intensos cuando se relaciona con los pueblos indígenas”. La ley sometida a juicio de constitucionalidad, que era el Código de Minas (Ley 685/2001), “había sido socializado (...) entre las comunidades indígenas”, con lo cual “se cumplió el requisito de la consulta previa”. Según el estándar de esta sentencia, basta con una serie de actividades al final fallidas: “i) divulgación del proyecto de ley, enviado por correo a las distintas organizaciones indígenas; (ii) ilustración y exposición detallada del articulado del proyecto ante las comunidades y discusión preliminar entre las entidades gubernamentales y estas últimas, a través de los talleres informativos previos, diseñados como mecanismos preparatorios para la Mesa Nacional de Concertación; (iii) organización y celebración –en dos oportunidades– de la Mesa Nacional de Concertación, donde no se llegó a acuerdo alguno, pero por causas no imputables al Gobierno, pues éste siempre demostró su voluntad de realizar la consulta y la concertación en torno al proyecto de ley”.

Resulta tal y como si la socialización pudiese llegar a suplir a procesos consultivos frustrados por no alcanzar la “concertación” o decisión en común. Con esto y en suma, desde aquella sentencia de 2002 quedaron fijados por la Corte Constitucional unos criterios conforme a los cuales puede darse fácilmente por realizada, sin requisito de acuerdo, la consulta étnica: “De este modo, se determinó que el Gobierno tiene el deber de propiciar mecanismos efectivos, razonables, suficientes y apropiados de participación, pero en el caso en el que no se llegare a un acuerdo, no se debe frenar el proceso legislativo cuando se trate de asuntos de interés general como los temas mineros. Además, se resaltó que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los grupos étnicos pueden participar ya que también en el Congreso se pueden seguir debatiendo los temas de interés de estas comunidades a través de las personas que hayan sido elegidas como sus legítimos representantes en esta instancia”. Como representación específica de comunidades indígenas se reserva por la Constitución un cupo de dos senadores (art. 171)<sup>34</sup>.

También ya sabemos que la representación indígena de un alcance general no puede suplir el acuerdo de los pueblos afectado por las medidas que se consultan. No cabe que haya suplencia ni siquiera aunque se requiriera el consentimiento indígena en el Congreso, cosa que la Corte Constitucional se guarda de hacer. Es un índice de una ausencia clave que debe subrayarse. Para la fijación jurisprudencial de un patrón de constitucionalidad respecto a la consulta a los pueblos indígenas y comunidades asimiladas, no está sustancialmente compareciendo el Convenio 169, este tratado

---

<sup>34</sup> “(...) Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. (...)”, recayendo la acreditación de las candidaturas en el Ejecutivo y no en organización u organizaciones de los respectivos pueblos. De autor que fuera senador indígena y luego, como *cursus honorum*, alto cargo gubernamental, Gabriel Muyuy Jacanamejoy, *Indígenas colombianos y su relación con el Estado*, en Ilena Almeida y Nidia Arrobo (eds.), *En defensa del pluralismo y la igualdad. Los derechos de los pueblos indios y el Estado*, Quito, Abya-Yala, 1998, pp. 35-47.

incorporado al ordenamiento colombiano, según ley, desde marzo de 1991 y, según derecho internacional, elevándose así su rango normativo, desde agosto de 1992.

En el repaso que se está realizando, la referencia viene a continuación dándose por hecho que en el tratado internacional no hay directrices para definirse el estándar: “Aún cuando ni el Convenio 169 de la OIT ni la Constitución previeron un procedimiento para la realización de la consulta, en esta sentencia [891/2002] la Corte empieza a establecer los presupuestos básicos de la consulta previa en relación con la expedición de medidas legislativas, en particular considerando la importancia de garantizar una efectiva participación de los grupos étnicos, que no se limita a una simple labor de información, sino a propiciar espacios de real concertación con estas comunidades en los asuntos que los afectan”. Lo que ya deja marcada una pauta: “Este tipo de análisis se reiteran en otras sentencias relativas a medidas legislativas. (...) En todo caso, se estableció que no era necesario realizar un *examen rígido del procedimiento* que empleó el Gobierno para llegar a la fórmula de la concertación teniendo en cuenta que ni el Convenio 169 de la OIT ni la Constitución lo prevén, y porque para la ejecución de la ley se requería una nueva aprobación por parte de las comunidades indígenas”. Esto último resulta cierto al no estarse requiriendo el acuerdo o consentimiento requerido como objetivos de la consulta por parte del Convenio 169.

Algunas puntualizaciones se han ido añadiendo por sucesivas sentencias. “De este modo –recapita la Corte– los criterios generales reiterados por la jurisprudencia en relación con la consulta previa de medidas legislativas hasta el 2007 [C-208] se pueden resumir en los siguientes puntos: (i) reconocimiento de la inexistencia de un procedimiento establecido en el Convenio 169 de la OIT y en la Constitución para realizar la consulta; (ii) la importancia de tener en cuenta el principio de buena fe y la flexibilidad que exigen este tipo de procedimientos, de lo cual se desprende que la participación de las comunidades en la adopción de las medidas legislativas que las afecten debe ser oportuna, efectiva y suficiente y no puede reducirse a un mero trámite informativo; (iii) la necesidad de realizar una pre-consulta en la que el Gobierno y las comunidades establezcan la manera en la que se realizará la consulta; (iv) el que no se llegue a un acuerdo con las comunidades, no exime a las autoridades de adoptar una ley siempre que el trámite haya garantizado la real y efectiva participación de las comunidades; (v) la participación de los grupos étnicos no culmina con la radicación del proyecto sino que continúa en el Congreso con los representantes legítimamente elegidos por dichas comunidades; (vi) cuando para la aplicación de las medidas establecidas en una ley se requiere de ulteriores procesos de consulta, el examen del requisito de consulta previa para la disposición legislativa es más flexible”.

Relevante fue a continuación la Sentencia de Constitucionalidad 030/2008 pues, por deficiencia de consulta en los términos referidos, es anulada una importante norma, la Ley General Forestal (Ley 1021/2006). Es la sentencia que “sistematizó los criterios que la jurisprudencia había venido desarrollando y amplió los ámbitos de aplicación de la consulta previa”, así como “avanzó en la definición del contenido y el alcance de la consulta previa como mecanismo de participación de los grupos étnicos cuando se trate de medidas legislativas no circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (Constitución Política, art. 330)”. Obsérvese que el fundamento último de la consulta sigue residenciándose, de modo no poco forzado como habrá podido apreciarse por la cita de dicho artículo, en la Constitución y no en el Convenio. Pero éste cobra ahora alguna significación: “La consecuencia de omitir el deber de consulta previa se traduce en el incumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado con el Convenio 169 de la OIT; igualmente supone el desconocimiento de la Constitución y

por ello puede solicitarse el amparo de este derecho mediante la acción de tutela. Tratándose de leyes, la omisión de la consulta previa produce la declaración de inconstitucionalidad de una ley, o la declaratoria de constitucionalidad condicionada excluyendo de su ámbito de aplicación los grupos étnicos afectados, o la declaración de una omisión legislativa por no haber previsto medidas orientadas a estas comunidades”.

La Corte repasa todavía otras sentencias que han mantenido los criterios fijados entre 2007 y 2008. No hace falta que aquí sigamos su relato caso por caso. Nos importa lo que viene a continuación. Aunque el asunto no se plantea en el pedido ni guarda relación con el fallo, pues la cuestión recuérdese que es la del alcance discriminatorio del calificativo *negro*, la Sentencia de Constitucionalidad 253/2013 se introduce pretorianamente en la formulación de una “nueva regla jurisprudencial en relación con la exigibilidad de la consulta previa para medidas legislativas”. Afronta el problema de la inexequibilidad o la anulabilidad de normas inconsultas cuyo precedente ha quedado sentado en 2008 fundándose, por este orden, en Constitución y en Convenio, conforme así, en todo caso, a un derecho establecido en 1991.

Con la violencia normativa del caso, la *nueva regla* consiste en la decisión tajante de que la anulabilidad sea sólo aplicable desde 2008, no desde 1991, tal y como si la jurisprudencia pudiera sobreordenarse a derecho tanto constitucional como internacional: “En el presente caso, encuentra la Corte que la exigibilidad de la consulta previa para medidas legislativas anteriores a la sentencia C-030 de 2008, que consolidó la regla jurisprudencial en esta materia, se opone a principios fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico, tales como la seguridad jurídica, la legalidad y el principio democrático”. Ahora se retuerce el argumento de que no hay regulación ni en Constitución ni en Convenio y la evidencia de que la jurisprudencia está supliendo: “La Constitución no contempla (...) el procedimiento de consulta previa en las normas relativas a la formación de las leyes ordinarias, ni para el trámite de leyes estatutarias. (...) Por su parte, el Convenio 169 de la OIT, solo fija algunos principios generales que deben regir la consulta como la flexibilidad y la buena fe pero no desarrolla ningún procedimiento específico. (...) Las reglas sobre consulta previa fueron establecidas de manera general por la sentencia C-030 de 2008”, a partir de la cual “le es exigible al Legislador la obligación de realizar un procedimiento no previsto en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Congreso, como requisito para tramitar medidas legislativas”.

Otra cosa se argumenta que sería concederle alcance retroactivo a la institución de la consulta previa: “Resulta desproporcionado e irrazonable, el que un procedimiento no contemplado en el ordenamiento jurídico como la consulta previa, pueda ser exigible para medidas legislativas posteriores al establecimiento de reglas procedimentales en esta materia por vía jurisprudencial y de interpretación del Convenio 169 de la OIT. Lo anterior supone la imposibilidad de juzgar o reprochar las actuaciones del Congreso con base en un parámetro de control de constitucionalidad, fundamentado en reglas inexistentes en el momento de tramitar una ley o acto legislativo”. Respecto a la fijación del momento a partir del que puede exigirse la consulta, desde 2008 en vez de 1991 o 1992, la Corte Constitucional está mirando ante todo a un bloqueo de la justicia durante dicho lapso, puesto que en Colombia las instancias judiciales ordinarias son competentes en materia de tutela y la misma Corte tiene establecido, como hemos visto, que la consulta es derecho fundamental aunque no figure como tal en la Constitución.

Tal vez, en esta regresión, el siguiente paso sea el de sustraer dicho reconocimiento de derecho susceptible de tutela, para lo que ni siquiera se precisa reforma constitucional<sup>35</sup>.

Los fundamentos de tan problemática conclusión respecto a la fecha de exigibilidad de la consulta, en los cuales la Corte se extiende, son los dichos de que requerir la consulta desde 1991 atentaría contra los cimientos de un *ordenamiento jurídico* en el que, frente al mandato constitucional, no se comprende el derecho indígena, cimientos tales como la *seguridad jurídica*, el *principio de legalidad* y la *irretroactividad de las leyes*. No olvidemos que estamos tratando de derechos de los pueblos indígenas y comunidades asimiladas o, más en concreto, de la consulta previa como garantía de tales derechos. La *seguridad jurídica* se invoca por la Corte como si la misma no alcanzase a los pueblos indígenas, como si no se les hubiera instalado en la inseguridad suma de *medidas legislativas o administrativas* que les afectan severamente sin siquiera consultarles. Y el *principio de legalidad* se alega como si la Constitución no reconociera ordenamiento indígena y como si no estuviera subordinado a un *principio de constitucionalidad*. Si un Estado se declara constitucionalmente multicultural y reconoce en consecuencia derechos de otra matriz, lo menos que debe hacer la justicia es construir multiculturalmente las categorías que asume y aplica<sup>36</sup>. Por su parte, respecto a la *irretroactividad de las leyes*, la *regla* de que los derechos y sus garantías sólo cobran vida, no porque la Constitución los reconozca, sino porque la ley o la jurisprudencia los contemple, así como tan solamente a partir de esto segundo, no tiene más fundamento que la arbitrariedad pretoriana. La Corte Constitucional hace honor al sesgo de su jurisprudencia cuando, tras la decisiva Sentencia de Constitucionalidad 253 de 2013, revalida la centralización de competencias en materia minera para actuaciones posteriores al 2008 olvidándose del derecho de los pueblos indígenas a la consulta<sup>37</sup>.

Son efectos de la suplencia normativa de la que viene haciéndose gustosamente cargo la Corte Constitucional colombiana. El caso de la consulta *étnica* no es el único. La desigual implantación institucional y el irregular desarrollo legislativo de la Constitución unidos a la violencia política y paraparlítica, de cobertura contraguerrillera, que viene asolando de largos años a Colombia han llevado a dicha necesidad de suplencia con aspectos incluso marcadamente positivos<sup>38</sup>. No es el caso del capítulo

---

<sup>35</sup> El agüero no sólo depende de la evolución política de Colombia, sino también de un contexto internacional en el que, precisamente tras la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la que pronto hablaremos, está produciéndose una fuerte reacción. Para momento sintomático en esta dirección, B. Clavero, *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, particularmente cap. 3: *¿Globalización del constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos, 1947-2012*, anticipado en *Quaderni Fiorentini*, 41, 2012, pp. 483-580; parte en Gonzalo Andrés Ramírez Cleves y Erli Margarita Marín Aranguren (eds.), *Comercio justo, globalización y medio ambiente*, Bogotá, Universidad del Externado, 2013, pp. 427-461.

<sup>36</sup> D. Bonilla Maldonado, *La Constitución multicultural*, Conclusión: “Hacia un reconocimiento y un acomodamiento justos de las minorías culturales”, aun en estos términos de *minoría* el sujeto.

<sup>37</sup> Sentencia de Constitucionalidad 123/2014, respecto al Código de Minas (Ley 685/2001, como sabemos), sentencia que no deja de encarecer la necesidad de coordinación con las entidades territoriales para la defensa del medioambiente y de su respectiva autonomía, sin la debida atención a la consulta como garantía de derechos indígenas, lo que bastaría para cuestionar la constitucional al artículo concernido de dicho código (art. 37: “...ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería...”). Como vimos, la Sentencia de Constitucionalidad 891/2002, ya referente al Código de Minas, figura entre las que han validado como consulta indígena procedimientos de socialización no conformes con el Convenio 169.

<sup>38</sup> C. Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de

indígena. La concepción sesgada de la seguridad jurídica constituye un indicio de la debilidad cultural de la jurisprudencia constitucional durante todo su desarrollo a dicho respecto. Así, en casos concretos sobre derechos indígenas, ante la necesidad de informarse por parte de la Corte Constitucional, viene recurriéndose a la antropología profesional en vez de a las propias autoridades indígenas que, con competencias judiciales reconocidas por la Constitución, no tienen por qué someterse a mediaciones. El prejuicio cultural lleva a que lo primero y no lo segundo se considere lo adecuado, privándosele así de voz propia y, por ende, de garantía de derecho, a los pueblos indígenas<sup>39</sup>. En este contexto se comprenden las alegaciones de *seguridad jurídica*, *principio de legalidad* e *irretroactividad de las leyes* en degradación y detrimento de la garantía de consulta para los pueblos indígenas y asimilados<sup>40</sup>. Esta vertiente que puede decirse antropológica de la trayectoria de la jurisprudencia constitucional no comparece por supuesto en la historia relatada por la propia Corte en relación a la consulta.

Hay más. Vendrá observándose que, en Colombia, la Corte Constitucional es un ejemplo patente de activismo judicial que desborda el diseño constitucional invadiendo la función directamente normativa por vía no sólo de suplencia<sup>41</sup>. Está habituada a apreciar inconstitucionalidad incluso más allá de los requerimientos del caso. Hay una excepción. Habiéndosele dado pie en más de una ocasión, no se la plantea de forma eficaz y en su totalidad respecto a una ley literalmente racista y abiertamente colonialista, la “Ley por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada” (Ley 89/1890), todavía parcialmente en vigor bajo el supuesto de que sirve para ofrecer garantías en tanto que no se complemente la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial con la referente a territorios indígenas, como si la Constitución por sí sola no valiese a tal efecto. Con este sesgo normativo y, más de fondo, cultural, ¿qué consulta conforme al Convenio 169 va a poder garantizarse? La persistencia de dicha ley resulta un síntoma elocuente<sup>42</sup>.

---

Derecho, Justicia y Sociedad, 2010; el mismo C. Rodríguez Garavito, *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*, en *Texas Law Review*, 89, 2010-2011, pp. 1669-1698.

<sup>39</sup> E. Sánchez Botero, *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, 2010; para contraste justamente crítico, Paulo Ilich Bacca, *Los derechos indígenas en la era del reconocimiento*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010 (ed. electrónica), cap. 2.6: *Trazas de doctrina etnocéntrica*.

<sup>40</sup> En el sitio de la Organización Nacional Indígena de Colombia (cms.onic.org.co) puede verse el rechazo contundente de la sentencia también suscrito por el Proceso de Comunidades Negras, la Confederación Nacional de Organizaciones Afrocolombianas y la Asociación Nacional de Afrocolombianos: “Declaramos acatar la Constitución, el Convenio 169 de la OIT e inaplicar la regla jurisprudencial de la sentencia C 253 de 2013 con base en el artículo 4to de la Constitución...” (“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”).

<sup>41</sup> Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, Legis, 2001.

<sup>42</sup> Aún entendiéndola derogada por un fallo que en realidad sólo alcanza a tres de sus artículos (Sentencia de Constitucionalidad 139/1996), Miguel Alejandro Malagón, *La ciencia de la policía y el proceso de civilización de indígenas*, en Manuel Alberto Restrepo (ed.), *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pp. 131-147; expresivo de la carga ideológica que la rodea aún hoy, pues la mantiene, Fernando Mayorga, *Norma general, norma especial: el Código civil de 1887 y la ley 89 de 1890, un caso de regulación protectora de las minorías durante la Regeneración*, en *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, 27, 2013, pp. 159-182. Es una posición de tracto colonial más persistente en Colombia de lo que pudiera sospecharse; véasele en momentos inesperados: Hernando Valencia Villa, *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Panamericana,

En definitivas cuentas, debiendo obligar este tratado que es el Convenio 169 a todas las instituciones del Estado, la Corte Constitucional ni lo asume en su práctica ni lo toma como referencia en concreto para el ejercicio del control de *convencionalidad*, un control que no tiene por qué reducirse a derecho interamericano, bien que sin el mismo nunca hubiera configurado la consulta como derecho fundamental<sup>43</sup>. Puede venir para el caso tal control de convencionalidad de forma directa, por actuación consecuyente de la Corte Constitucional, o también a través de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana, puesto que ésta ya tiene asumido el Convenio 169 como elemento integrante del propio parámetro de enjuiciamiento, aun refiriéndose a derechos que, como los indígenas, no se registran en la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual no tiene por qué restarle operatividad<sup>44</sup>. Ni de una ni de otra forma la Corte Constitucional realmente asume el Convenio 169, intentando eludirla incluso para fundamentar el derecho de consulta que no figura en la Constitución<sup>45</sup>. De una y de otra forma la Corte Constitucional, a la hora de la verdad, es servicial para con el Estado<sup>46</sup>.

Hablando de tratado y, muy especialmente, de consulta, ¿qué se pensaría si el Congreso y el Gobierno prescindieran de ella para sustituirla por la mediaciones como lo sea la oficiada por la antropología? Formas políticas de socialización a las que la jurisprudencia constitucional hemos visto hacer referencia respecto a la consulta no son muy distintas a las formas profesionales de mediación que la misma jurisprudencia pone en práctica recurriendo a la antropología<sup>47</sup>. Porque la voz indígena pueda hacerse más

---

2010 (3ª ed. actualizada), pp. 80-81, basándose en Alfonso López Michelsen, *Introducción al estudio de la Constitución de Colombia*, Bogotá, Universidad de Santo Tomás, 1983.

<sup>43</sup> M.F. Quinche Ramírez, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014, centrándose en la jurisprudencia interamericana, que es la que ha acuñado la expresión y así potenciado incluso más en general el valor normativo de los derechos humanos, y no dejando de referirse al extremo, pp. 128 y 144-146: “El Convenio 169 sobre trabajo indígena” y bastante más es “el más importante de todos” los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo incorporados al ordenamiento colombiano en virtud del artículo constitucional 53 citado; la Corte Constitucional no le confiere un valor inmediato que pueda interesar al canon de constitucionalidad sin pasar por su mediación, un indicio de resistencia al control de convencionalidad con entidad propia, esto es, se reconozca o no, supraconstitucional: Néstor Pedro Sagüés, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, en *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, 8-1, 2010, pp. 117-136.

<sup>44</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, ya citado; Rosember Ariza, *Pueblos indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013.

<sup>45</sup> Para fundamentar la consulta en Constitución, la Corte Constitucional recurre a artículos constitucionales citados y por citar (arts. 2 y 40.2, participación ciudadana indistinta; art. 7, “diversidad étnica y cultural”; art. 329, “participación de los representantes de las comunidades indígenas” en el diseño territorial; art. 330, competencia indígena para “velar por la preservación de los recursos naturales”), junto a algún otro de más difícil relación (art. 70, “la cultura en sus diversas manifestaciones” como “fundamento de la nacionalidad”). Todas estas referencias a dicho concreto efecto pueden encontrarse, con acumulación que acusa debilidad, en la Sentencia de Constitucionalidad 208/2007, sobre identidad étnica y cultural a propósito del Estatuto de Profesionalización Docente.

<sup>46</sup> Sin el registro concreto de deferencia política de cara a derechos indígenas, Sebastián Rubiano, *La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política*, en M. García Villegas y Javier E. Revelo (dirs.), *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2009, pp. 84-145; Juan Carlos Rodríguez-Raga, *Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006*, en Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 81-98.

<sup>47</sup> Conozco de primera mano las formas de socialización política que suelen practicar en el caso autoridades de Estado, particularmente del Gobierno, por haber participado, en julio de 2010, en la misión

presente en procesos de socialización de proyectos, no por ello, aunque la Corte Constitucional lo de por bueno, se hace vivo el voto, esto es en el caso, la consulta y el acuerdo o el consentimiento.

La Corte que está requiriendo consulta de otras instituciones del Estado no se entiende a sí misma vinculada a nada semejante a los efectos de la decisión jurisdiccional, bien que en el de la ejecución ha venido a abrir espacio, sobre todo enfrentándose con situaciones que llama de *estado de cosas inconstitucional*<sup>48</sup>. Lo requerido es la consulta previa, no la ulterior. ¿Y de qué serviría su empleo por Congreso y por Gobierno si el ordenamiento como está determinándose en por vía jurisprudencial que se entiende exenta? La Corte, con la presunción supremacista de que la antropología profesional representa a los pueblos indígenas mejor que ellos mismos, ni siquiera concibe la posibilidad de recurrir a la consulta. Queda otro interrogante. ¿Dice la Corte Constitucional la última palabra respecto a todo lo emprendido sin la debida consulta, inclusive su propia jurisprudencia, antes de 2008? ¿La seguirá diciendo mientras que el Congreso y el Gobierno no asuman con todas sus consecuencias obligaciones derivadas del derecho internacional sobre pueblos indígenas? Ahora comprobaremos que éste no sólo se reduce hoy, ni mucho menos, al Convenio 169.

El mismo año 2013, pocos meses después de la sentencia en cuestión, se produce un pacto entre partes bajo el título convenido de *Acuerdos entre el Gobierno Nacional Indígena de la ONIC y el Gobierno Nacional*. ONIC es la Organización Nacional Indígena de Colombia que se presenta como tal Gobierno por determinación propia. Pues bien, en él se hace la previsión de proceder “a través de la constitución de una comisión mixta Gobierno Nacional-Gobierno Indígena, para revisar el tema de concesiones, títulos y licencias, con el fin de conducir a la suspensión o revocatoria de aquellos que sean violatorios de los derechos fundamentales de los indígenas, así como (a través de) la adopción integral de los mandatos Constitucionales respecto a la

---

aludida del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, que sufrió ese acoso hasta el punto de que por parte indígena llegó a exigirse la evacuación de nuestra escolta oficial para poder celebrar reuniones sobre el terreno: E/C.19/2011/3, *Situación de los pueblos indígenas en peligro de extinción en Colombia. Resumen del informe y recomendaciones*, documento de la sesión décima de dicho Foro ([undesadspd.org/IndigenousPeoples.aspx](http://undesadspd.org/IndigenousPeoples.aspx)), con apartados sobre consulta. Los pueblos en *peligro de extinción* de los que se ocupó particularmente la misión, pues hay más, son los afectados por el desplazamiento forzoso provocado por la violencia política cruzada entre guerrilla y contraguerrilla con pérdida de territorio y recursos. La consulta sigue siendo necesaria para la forma de la devolución y el alcance de la reparación de derechos, pero este supuesto concreto, aun con toda su relevancia reconocida por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a cuyo valor normativo habremos enseguida de referirnos, no creo que sea necesario tratarlo aquí.

<sup>48</sup> C. Rodríguez Garavito y D. Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social*, sobre esta otra práctica, aun descuidando precisamente el capítulo específico de los pueblos indígenas, pero véase ahora del mismo C. Rodríguez Garavito, *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los previos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2012; luego, Natalia Sandoval, *La movilización social en tiempos de Constitución: feministas, indígenas y víctimas de crímenes de Estado ante la Corte Constitucional colombiana*, en *Colombia Internacional*, 79, 2013, *Constituciones andinas en debate(s)*, pp. 191-217. Dicha práctica de declaración de *estado de cosas inconstitucional* implica que la propia Corte se hace cargo de una ejecución de alcance general, no limitada a la parte de reclamante, con celebración de audiencias participativas que, como en el caso de desplazamientos forzados, abre espacio específico para indígenas. La Corte, sin embargo, ha evitado aplicar dicho *estado de cosas* a lo que no considera como incumplimiento sistemático de la garantía de consulta conforme la contempla el Convenio 169 con efecto de quebrantamiento masivo de derechos indígenas: Mateo Gómez Ramírez, *El estado de cosas inconstitucional. Análisis de los motivos de la Corte Constitucional para su declaratoria*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2010 (ed. electrónica), sintomáticamente sin considerar el caso. Insistiré en este extremo.

Consulta Previa de la Política de privatización de semillas”, como de otras políticas que afectan a pueblos indígenas<sup>49</sup>. El escenario colombiano no es sólo el que tiene y trae a la vista la Corte Constitucional. En medios indígenas consta<sup>50</sup>.

### 3. Garantías de derechos de los pueblos indígenas entre Tratado de Derechos Humanos y Constitución de Estado.

Se habrá observado la renuencia de la Corte Constitucional a reconocer que la consulta a pueblos indígenas no tiene su fundamento en la Constitución, sino en un tratado internacional, el Convenio 169. Llega a forzar el texto constitucional para fundar la consulta en el principio de participación política (art. 2, junto al 40.2) o para localizarla entre las competencias de las autoridades indígenas donde tampoco figura (art. 330), principalmente. Llega también a determinar la obligación del Estado a la consulta no por el Convenio 169, sino por su propia jurisprudencia discrecional, mostrándose dispuesta a hacerlo en ley, en norma interna en vez de en derecho internacional<sup>51</sup>. Esta posición es una manifestación más de la resistencia de la República de Colombia a aceptar el valor normativo interno, sin necesidad de tales mediaciones, del derecho internacional y de los tratados de derechos humanos entre Estados<sup>52</sup>.

La resistencia se ha manifestado claramente ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de setiembre de 2007 con la abstención de Colombia en la adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, alegando que choca con la Constitución colombiana, Declaración a la que, guardándose congruencia, la Corte Constitucional se ha guardado de siquiera referirse. Comencemos por consignar que la Declaración (así sólo en adelante) viene a reforzar la consulta en términos de derecho y además humano, de esta categoría. Es una norma internacional que ha seguido el procedimiento regular de Naciones Unidas para la elaboración y aprobación de instrumentos de derechos humanos<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> Está citado el sitio de la ONIC donde puede encontrarse el documento (de 23 de octubre de 2013) y rastrearse la información. Aunque no represente a los pueblos indígenas ubicados en el interior de las fronteras de Colombia en su totalidad, entre otras razones porque los hay que mantienen una actitud de aislamiento voluntario, esta organización colombiana actúa acreditadamente en defensa de todos ellos. En el mismo logo de entrada del sitio de la ONIC puede verse su desdoblamiento entre Organización Nacional Indígena y Autoridad Nacional de Gobierno Indígena.

<sup>50</sup> Luis Hallazi, *El derecho a la Consulta Previa en los países andinos*, en Pukara. *Cultura, Sociedad y Política de los Pueblos Originarios*, 89, 2014, pp. 3-5, con denuncia de la sentencia C-253/2013 y registro de los *Acuerdos*.

<sup>51</sup> Para una indicación reciente, si hiciera todavía falta, de la deficiencia interna del régimen de la consulta en relación incluso a expectativas abiertas entre medios indígenas por el proceso constituyente de 1991, Carlos Arturo Hernández Díaz, *El 'otro' indígena en el ordenamiento jurídico colombiano*, en Eduardo A. Velandia (dir.), *Derecho Procesal Constitucional*, vol. IV, Bogotá, VC Editores, 2013, pp. 535-555.

<sup>52</sup> M.F. Quinche Ramírez, *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009 (2ª ed.). A partir de la Sentencia de Constitucionalidad 28/2006 (ponente Sierra Porto, a quien nos referiremos), la Corte Constitucional elude la integración de un control de convencionalidad, respecto a tratados de derechos humanos, con entidad propia y carácter independiente, que no se subsuma en el de constitucionalidad mediante la construcción jurisprudencial interna del llamado bloque de constitucionalidad. Cuando a continuación, en el mismo año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos categoriza el control de convencionalidad con carácter vinculante, se encuentra con dicha jurisprudencia colombiana ya formada y resistente.

<sup>53</sup> C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), *El Desafío de la Declaración*; Stephen Allen y Alexandra Xanthaki, *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart, 2011, en éste particularmente pp. 289-328; Jérémie Gilbert y Cathal Doyle, *A New Dawn over the Land: Shedding Light on Collective Ownership and Consent*, en especial por lo que se refiere a esto del consentimiento.

La inhibición de Colombia no es posición que se haya mantenido hasta hoy, lo que merece subrayarse pues, a estas alturas, sigue recordándose internamente más la abstención que la rectificación, que fue tan formal como todavía reticente<sup>54</sup>. Ante la efectuada por otros miembros de Naciones Unidas que habían opuesto más frontalmente votando en contra, como por ejemplo los Estados Unidos, Colombia ha procedido a adherirse a la Declaración. Como no es un tratado, no cabe ratificación. El 21 de abril de 2009, Colombia lo que hace es comunicar por escrito a los Estados Miembros de las Naciones Unidas, reunidos en Ginebra con ocasión de la Conferencia de Examen de Durban contra el Racismo, el cambio de posición<sup>55</sup>.

Para un documento que se dirige a manifestar la adhesión a la Declaración, el pie de entrada al asunto es tan extraño como el de negar la existencia de pueblos indígenas, procedentes de tiempos anteriores a colonizaciones de ultramar, por latitudes colombianas: “Colombia, como país latinoamericano, cuenta con la enorme fortuna de pertenecer a una región que se ha visto forjada por un profundo proceso de mestizaje, en el que pueblos originarios de los más distantes rincones del mundo han confluído para formar nuestras naciones”. Pese a lo cual, Colombia “expresa su respaldo unilateral a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” entendiendo que el asunto le afecta, “si bien no constituye un instrumento jurídicamente vinculante”. Siguen todavía manifestaciones que transmiten una sensación de ambigüedad: “Colombia entiende que la Declaración no es un documento perfecto. (...) No obstante, desde la perspectiva de la construcción de un proceso, se constituye en una valiosa herramienta”, en “una importante hoja de ruta”. Por su parte, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos publica el día siguiente, 22 de abril, una nota asegurando, por sugerencia desde luego colombiana, que “el Estado colombiano reconoce así los derechos que los pueblos indígenas ya tenían” aquí en Colombia<sup>56</sup>. Esto se afirma como si fuera una evidencia redonda. Hay por parte colombiana una operación constante de imagen que indudablemente funciona, lo que contribuye desde luego a incrementar un prestigio por Latinoamérica<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> El citado *Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio* del Ministerio del Interior y Justicia, actualizado a fecha de 2009, sale del aprieto dando por cerrado el capítulo internacional en 2007, antes de la aprobación de la Declaración por Naciones Unidas (vol. I, p. 27), pero, al menos, la incluye, aunque no en su versión final.

<sup>55</sup> *Durban* es sabidamente la Declaración y Programa de Acción acordados en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia celebrada en la ciudad sudafricana de ese nombre en 2001. El Documento Final de la reunión de Ginebra “acoge con beneplácito la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” (par. 73). Son documentos los de estas conferencias que pueden encontrarse en el sitio del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ohchr.org).

<sup>56</sup> Tuve conocimiento temprano la documentación por haberse presentado a continuación en la octava sesión del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas del que era miembro a la sazón. La comunicación a los Estados notifica que el cambio de posición se ha participado el mismo día al Secretario General de Naciones Unidas. En la misión referida a Colombia el julio del año siguiente, 2010, comprobamos que no se había hecho intento oficial alguno de transmitir internamente el cambio de postura respecto a la Declaración. El giro parece haberse debido a la aspiración colombiana de volver a ser miembro del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, lo que efectivamente consiguió para el periodo 2011-2012.

<sup>57</sup> En el Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos que Colombia ha pasado en abril de 2013, no se ha topado con mucha contradicción de parte de esta instancia al presentarse como “pionera en la garantía del derecho a la consulta previa”. El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas está formado por representantes de Estados, no por expertos o expertas independientes. En el sitio del Alto Comisionado puede encontrarse un informe sobre ulterior documentación, procedente ni del

Por lo que interesa a la consulta, a sus principios y a sus reglas, importa la afirmación más inequívoca entre los circunloquios de Colombia: la Declaración “no constituye un instrumento jurídicamente vinculante”. En efecto, como ya está dicho, no es un tratado al que los Estados, mediante ratificación y consiguiente supervisión internacional, puedan vincularse, pero la vinculación de los mismos se contiene en el propio texto: “Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración” (art. 38); “Las Naciones Unidas, (...) así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia” (art. 42). A la luz de estos pronunciamientos, Colombia se ha comprometido con el cumplimiento de este instrumento internacional de derechos humanos, “en consulta y cooperación con los pueblos indígenas”, al manifestar formalmente su adhesión, “su respaldo unilateral” como ha dicho, pues no lo hizo en su momento, ante la Asamblea General de Naciones Unidas, multilateralmente. Adviértase también que la Declaración se caracteriza porque, aun no siendo tratado, cuenta con instancias de supervisión específicas en las Naciones Unidas<sup>58</sup>. Por regla general, una declaración de derechos humanos necesita de convención o tratado que la desarrolle para vincular a los Estados mediante ratificación, mas el caso es excepción.

Respecto a la consulta, hay coincidencia de fondo, pero también diferencias entre la Declaración de una parte y el Convenio 169 de otra, comenzando por la ubicación en lo que ya se van perfilando como las bases normativas de un sistema de derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas<sup>59</sup>. En el Convenio la consulta constituye la principal garantía para los pueblos indígenas mientras que en la Declaración esa posición la ocupa la autonomía, una autonomía que es además para él expresión del derecho a la libre determinación de estos pueblos (arts. 3 y 4). Ahora es cuando entra en el derecho internacional la palabra de *autonomía* indígena. En el Convenio, como vimos, el concepto sólo comparece en cambio por implicación, bien que en un momento clave, al hacerse referencia a las *instituciones representativas* de los pueblos indígenas como parte del proceso consultivo. En la Declaración, en todo caso, la consulta, junto a la autonomía, no se debilita en absoluto, sino que se fortalece notablemente. También es manifestación ahora del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y garantía suya. Se tiene autonomía para decidir el pueblo por sí mismo y se tiene la consulta para lo propio cuando la decisión final es ajena.

Hemos visto un índice del fortalecimiento de la consulta, el del uso del sintagma de *consulta y cooperación con los pueblos indígenas*, el modo como han de proceder los Estados *para alcanzar los fines de la presente Declaración* (art. 38). Se

---

Estado ni del Consejo, que ofrece justo contraste, aunque paliado por la mediación de la relatoría. Las instancias de derechos humanos formadas por expertos y expertas independientes siguen la mejor práctica de hacer públicos íntegros los informes procedentes de la sociedad civil o, en su caso, de parte indígena.

<sup>58</sup> B. Clavero, *Instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas*, en *Artículo Primero. Revista de Debate Social y Jurídico*, 20, 2010, *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Nueva Constitución Boliviana*, pp. 106-121; C. Rodríguez Garavito y M. Morris (eds.), *La consulta previa a pueblos indígenas*, pp. 16-30: “Estándares de los órganos del sistema de las Naciones Unidas”; a continuación, pp. 31-35, se abordan los estándares del derecho interamericano, en lo que aquí no entro, aunque haya hecho referencia en relación a la consulta como garantía y a la asimilación entre pueblos indígenas y afrodescendientes.

<sup>59</sup> S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005. El autor, en su calidad de Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que ha sido hasta 2014, participó en la operación reactiva referida frente a la Declaración de las Naciones Unidas: B. Clavero, *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, cap. 3 ya citado.

emplea en más ocasiones (arts. 15, 17 y 36, además de, con énfasis de entrada, en el preámbulo: “Alentando a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas...”). Hemos visto que consulta y cooperación son ya referencias reiteradas del Convenio 169, pero la conjugación de la fórmula fortalece sin duda.

Hay otro índice todavía más fortalecedor. La Declaración acuña otro sintagma, el de *consentimiento libre, previo e informado*, cuyo uso también reitera respecto al objetivo de la consulta como requisito para emprenderse los proyectos o implantarse las medidas que afecten a los pueblos indígenas o para legitimarse los que les hayan afectado en el pasado, reconociéndoseles en otro caso el derecho a la reparación (arts. 11, 19, 28, 29 y 32). El artículo décimo noveno ofrece la formulación sintética. Es el que está reproducido en el encabezamiento de estas páginas. Si se le repasa se confirmará lo de que la coincidencia con el Convenio no quita las diferencias. *Consentimiento libre, previo e informado* se requiere ahora. Y la afectación de unas medidas ya no ha de ser *directa*. Basta que pueda preverse en cualquier grado<sup>60</sup>.

La coincidencia no menos indudable hace que sea válido para la Declaración lo dicho para el Convenio en el sentido de que la Constitución de Colombia perfila un escenario en el que el actual derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas podría acogerse sin mayores problemas de orden constitucional. Ahí está la autonomía que vendría ahora a reforzarse como expresión del derecho a la libre determinación. También se tienen en la Constitución un registro de derechos de *grupos étnicos* y unas previsiones de participación de los pueblos indígenas como tales pueblos, y no sólo como parte de la ciudadanía, entre las que encajaría a la perfección el mecanismo de la consulta si hubiera voluntad política de parte no indígena. Desgraciadamente, por lo que hemos visto, el desenvolvimiento del propio constitucionalismo colombiano desde 1991 no viene avanzando en tal dirección.

No viene cumpliéndose al efecto el mandato constitucional de integración entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos con prevalencia de este segundo. La Constitución colombiana dispone que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (art. 93). “No podrán suspenderse los derechos humanos”, se recalca al regularse los estados de excepción (art. 214). Todo esto en principio, en 1991, no entraba en juego a los efectos de la consulta por la sencilla razón de que no existía un tratado de derechos humanos de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 originariamente no lo es. Es tratado, pero no de derechos humanos. Luego, en 2007, la Declaración lo es derechos humanos, pero no es tratado. No está ratificada por el Congreso. Pero en este juego de normas se ha producido un efecto novador desde que Colombia se adhirió a la Declaración en 2009. No sólo se

---

<sup>60</sup> Reitero diferencias consecuentes con el reconocimiento de partida del derecho a la libre determinación porque hay una fuerte y muy influyente corriente doctrinal en sentido contrario: S.J. Anaya, *¿Por qué no debería existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?*, en Natalia Álvarez, J. Daniel Oliva y Nieves Zúñiga (eds.), *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Madrid, La Catarata, 2009, pp. 37-50.

trata de que la Declaración contenga cláusulas vinculantes, sino también y sobre todo de que registra los derechos principales del Convenio, salvo el de libre determinación, lo cual implica que, por su virtud, el Convenio se convierte en un tratado de derechos humanos que, como tal, debe integrarse en el orden de la Constitución prevaleciendo sobre ella en orden a su interpretación conforme. Si prefiere decirse así, ha de formar definitivamente parte del bloque de constitucionalidad colombiano<sup>61</sup>. La propia Corte Constitucional tiene adoptada esta expresión con tendencia a imprimirle un sentido restrictivo no extensible al juego normativo de Declaración y Convenio (Sentencia de Constitucionalidad 582/1999). La Corte ha abierto una posibilidad, la dicha de apreciar *estado de cosas inconstitucional* para proveer una sistemática tutela de oficio de derechos conculcados, que se cuida de no activar en beneficio de la consulta indígena<sup>62</sup>.

Respecto al tándem de Convenio y Declaración, al coincidir sustancialmente en el registro de derechos y las formas de garantía, deja claro la segunda, en un grado que el primero no podía, algo tan neurálgico como que los derechos de los pueblos indígenas tienen la categoría de derechos humanos porque no son derechos privativos o excluyentes, sino los mismos que los del resto de la humanidad, derechos a territorio, a recursos, a cultura propia... La autonomía y la consulta son las formas de garantizarlos una vez que el derecho a la libre determinación ha de ejercerse, según el orden internacional, con admisión de contadas excepciones, y la propia Declaración (art. 46), en el interior de los Estados constituidos. Ahora se tiene la lógica de derechos que no ofrecía el Convenio, aunque pudiera desde luego ya deducirse del mismo<sup>63</sup>. No cabe que su fundamento fuese otro. Mas la lógica subyacente a las posiciones constitucionales incluso favorables a la consulta sigue siendo adversa<sup>64</sup>. A la hora de la verdad, al menos

---

<sup>61</sup> G.A. Rodríguez, *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario - Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2014. En correspondencia privada con la autora, a quien agradezco información y comentarios, me insiste en la idea importada del bloque de constitucionalidad (*De la consulta previa al consentimiento libre*, pp. 51-52), la cual, a mi entender, sólo transformándosele resulta plausible. Sobre la metamorfosis de este tipo de importaciones, en este caso de Francia pasándose por España, entre culturas no tan homogéneas como suele presumirse, sobre todo las transoceánicas, D. López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004. Respecto al efecto de la Declaración sobre el Convenio en campo constitucional, B. Clavero, *Constitucionalización mexicana de los derechos humanos, inclusive los derechos de los pueblos indígenas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 2013, pp. 181-199. El bloque de constitucionalidad ya lo hemos visto como herramienta del control interno del derecho, por jurisdicciones de Estado, ante las de carácter supraestatal.

<sup>62</sup> Ahora, observándolo, G.A. Rodríguez, *De la consulta previa al consentimiento libre*, pp. 215-219. Advertimos por nuestra parte que tal declaración de estados de cosas constitucional requeriría algo improbable a la luz de lo visto, la constatación por la Corte de que las consultas habidas no lo son.

<sup>63</sup> B. Clavero, *Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío*, en *Revista Internacional de Estudios Vascos*, 47, 2002, pp. 35-62, con consideración del Convenio 169.

<sup>64</sup> Federación Iberoamericana del Ombudsman, *El Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas*, Lima, 25-26 de abril, 2013, intervención de Humberto Sierra Porto, exmagistrado constitucional colombiano y presidente en la actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, palabras finales: “Un reconocimiento extremo de la consulta previa puede terminar paradójicamente en entregar unos elementos que irían en contra del propósito de unidad nacional que fue el que originó la entrega de este tipo de derechos”, con ese doble uso de la palabra más sintomática. La grabación de la reunión se tiene en ocho entregas de youtube; cita en la séptima, 56.38’’-56.56’’. A Humberto Sierra le flanquean dos funcionarios colombianos, Pablo Rueda, Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, y Janneth Moreno, Delegada de la Defensoría del Pueblo para los Indígenas y las Minorías Étnicas (sic), de intervenciones todavía más sintomáticas de la falta de sintonía con la lógica constitucional de garantía de derechos. Que la posición se encuentra bastante difundida cabe comprobarse en H. Valencia Villa, *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, p. 216: la Constitución de 1991 incorporaría “etnias aún irredentas al Estado del bienestar y de la modernidad” pudiendo concluirse así el “dilatado y

por cuanto afecta a pueblos indígenas, el peso paleoconstitucional de la soberanía y sus corolarios sigue prevaleciendo por encima de los derechos y sus garantías<sup>65</sup>.

Ahora, con la Declaración y su lógica, unas palabras cobran mayor sentido. Las palabras son importantes para el derecho. Decir, por ejemplo, *genocidio* es decir un delito tipificado por el derecho internacional, lo que no ocurre si es *etnocidio* lo que se dice<sup>66</sup>. Ahora, tras la Declaración, decir *pueblo indígena* es decir un sujeto de derechos en el orden internacional, lo que no ocurre si es *grupo étnico* lo que se dice; asimismo, decir *consulta* en relación a pueblos indígenas es decir un mecanismo conforme a los requisitos contemplados por la Declaración, lo que no ocurre si, como hace la Constitución de Colombia, la palabra no se utiliza. Una función positiva de la terminología constitucional colombiana ha declinado hasta resultar negativa tras la Declaración y después especialmente de que la jurisprudencia constitucional se ha resistido a vincularla a las categorías de derecho internacional.

A estas alturas, con Convenio y con Declaración, la resistencia de la Corte Constitucional a fundamentar la consulta en el derecho internacional, considerándola un derecho fundamental implícito en la Constitución, produce un efecto perverso. En el planteamiento internacional, la consulta, más que derecho, constituye garantía de derechos, de unos derechos tan sustantivos como al territorio propio o a la cultura propia<sup>67</sup>. Es garantía fundamental de derechos fundamentales, forma de ejercer la libre determinación. Convertida en derecho exento, como no sólo hace la Corte Constitucional colombiana, se le reduce a un expediente sin conexión con los derechos que debe garantizar. La consulta deja ser garantía de derecho para convertirse en trámite de acceso a territorio o, si prefiere decirse, de asalto a recursos. Eludir relativamente Convenio y absolutamente Declaración a favor, en apariencia, de Constitución, acaba debilitando incluso el registro constitucional de derechos de los *grupos étnicos*. Bienvenida sean categorías como la de *bloque de constitucionalidad* y la de *control de convencionalidad* si sirven para reforzar derechos integrando ordenamientos, entre comunidades locales y comunidad internacional pasando por el Estado, no en otro caso.

La evolución normativa internacional es definitivamente la contraria de la que hemos visto en la deriva de la jurisprudencia constitucional colombiana, una instancia de Estado. Observemos el extremo más ilustrativo dado el punto al que la misma ha llegado. Si la Declaración registra el derecho a la reparación por falta de consentimiento libre, previo e informado en el pasado, ¿cómo puede ni siquiera considerarse la posibilidad de tenerse por irretroactivo el requisito de la consulta, aparte la arbitrariedad

---

turbulento proceso de construcción nacional”. Puede confrontarse B. Clavero, *Nación y naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio*.

<sup>65</sup> Sobre la posición (que sintoniza sustancialmente con la jurisprudencia constitucional española respecto al valor de la ley posconstitucional en el momento de ejercicio de la justicia ordinaria), que afecta severamente a consulta indígena aunque el punto no se toque en esta crítica, Luis Alfonso Botero y Sergio Iván Estrada, *La ideología inconstitucional del magistrado Sierra Porto*, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 8. 2004-2005, pp. 297-320. Y recuérdese la sentencia constitucional, cuya ponencia se le debe, impeditiva de un control interno de convencionalidad con entidad propia.

<sup>66</sup> Como resultado y evidencia de una historia, B. Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake, and Remake Law with Words*, Milá, Giuffrè, 2008. Para Colombia, resaltando también ese efecto práctico, P.I Bacca, *Estudio sobre genocidio y crímenes de lesa humanidad en curso: El caso de los pueblos indígenas de Colombia*, enero de 2014, Consejería de Derechos Humanos y Paz de la Organización Nacional Indígena de Colombia, en su sitio ([cms.onic.org.co](http://cms.onic.org.co)).

<sup>67</sup> B. Clavero, *La consulta en serio (como mecanismo supletorio a la libre determinación en el derecho internacional y en el Estado Plurinacional)*, 2012, en línea: [bolpress.com/art.php?Cod=2012052903](http://bolpress.com/art.php?Cod=2012052903).

en la fijación del término temporal para su exigencia? Una vez que estamos en antecedentes, hay preguntas que se responden solas.

## 6. Epílogo sobre Colombia y España ante jurisdicciones supraestatales.

Para progresarse en este tipo de reflexiones resulta necesario que se afronte lo que está eludiéndose en Colombia y no sólo en Colombia, esto es, la incorporación resuelta del derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas como parte integrante del ordenamiento interno del Estado con el correspondiente valor normativo directo de alcance materialmente constitucional o, dicho mejor, constituyente. En términos más generales, lo que intenta eludirse es el reto de la integración entre ordenamiento de Estado y ordenamientos supraestatales en beneficio de derechos. En Colombia hemos detectado cómo la Corte Constitucional se resiste a incorporar un control de convencionalidad que integre no sólo derecho interamericano, sino también derecho internacional de los derechos humanos, como elemento del propio ejercicio de control de constitucionalidad. Hemos visto que muy particularmente lo rehúye en relación a la consulta indígena<sup>68</sup>. Lo que sigue es mero epílogo comparativo.

En España, el estado de la cuestión o, mejor dicho, del derecho se encuentra todavía más rezagado tanto respecto a los pueblos indígenas como a los efectos más generales de integración de ordenamiento supraestatal en beneficio de derechos. Conviene ante todo recordar que España tiene ratificado, desde 2007, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sin que esto le haya llevado a plantearse ni, aún menos, a hacer que las empresas españolas presentes por América se planteen la necesidad de contar con los pueblos indígenas mediante consulta para acciones diplomáticas y económicas que les afecten<sup>69</sup>. No lo hace ni antes ni después de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, a cuyo favor votó en la Asamblea General de Naciones Unidas. En general, España se muestra especialmente reacia a la integración de derecho supraestatal de derechos humanos en el momento de la justicia<sup>70</sup>. ¿Que se trata ahora de defender no tanto la soberanía estatal como la democracia ciudadana? Si se establecen mecanismos interiores de defensa de derechos en manos de instituciones no representativas, no se entiende por qué no haya de someterse al Estado mismo a semejante disciplina. La propia existencia del control de constitucionalidad agradece, para no derivar hacia la arbitrariedad, la coexistencia de un control de convencionalidad, sobre todo si éste alcanza a la justicia ordinaria<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> La jurisprudencia más expresiva a los efectos más generales, aunque no contenga un rechazo expreso del control de convencionalidad por la justicia colombiana, la sienta la doblemente citada Sentencia de Constitucionalidad 28/2006. No conozco doctrina que la comente de forma crítica extendiéndose al supuesto más elocuente de la distancia que se guarda por la Corte Constitucional en materia de consulta indígena respecto no sólo al Convenio 169, sino también y sobre todo a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>69</sup> Mikel Berraondo, *La ratificación del Convenio nº 169 por España. Reflexiones en torno a sus implicaciones*, Madrid, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2009.

<sup>70</sup> Javier Chinchón Álvarez, *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2012. B. Clavero, *España 1978. La amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014, cap. 6 en particular.

<sup>71</sup> Por colacionar a este efecto prácticamente inédito todavía en España otro caso ya aludido, el mexicano tras reforma constitucional de 2011 (B. Clavero, *Constitucionalización mexicana de los derechos humanos*), Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, 9-2, 2011, pp. 531-622; el mismo, *Panorama del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid-México, Marcial Pons-Ediciones Jurídicos Sociales, 2013.

En lo que toca a la defensa directa de derechos constitucionales y convencionales por la justicia ordinaria el punto de partida tanto de Colombia como de España es igualmente adversativo, puesto que las respectivas Constituciones la reducen a función de ley (Colombia, arts. 228: “La Administración de Justicia es función pública...” y 230: “Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley...”; España, art. 117.1: “La justicia... se administra... por Jueces y Magistrados... sometidos únicamente al imperio de la ley”). Es un pronunciamiento inicial que no casa bien o no se compadece en absoluto con un diseño constitucional que igualmente comparten Colombia y España por la primacía de derechos de valor normativo. La evolución postconstitucional ha sido en cambio diferente. Mientras que en el caso español no se ha abierto espacio sustancial de control de constitucionalidad directo a la justicia ordinaria, en el colombiano se está actualmente en el paso ulterior de extenderse su capacidad constitucional al control de convencionalidad<sup>72</sup>.

A la contra de una tal evolución, se prefiere hablar ahora de diálogo entre instituciones jurisdiccionales como si éste debiera ser el terreno preferente de las relaciones regulares entre instancias superiores de Estado y las supratestatales. Así se intenta todavía eludir disciplina internacional de derechos. Es una última línea de resistencia frente a la subordinación jurisdiccional de la justicia de Estado en general y del control de constitucionalidad en particular por primacía y garantía de los derechos humanos por vía no sólo de convencionalidad. En España se cuenta con el respaldo de la lectura restrictiva a la que ciertamente se presta el pronunciamiento de su Constitución al respecto: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10.2). La fórmula colombiana más abierta ya nos consta. En España, el mismo diálogo intenta contraerse a Europa (Unión Europea y Consejo de Europa) sin franqueársele de cara al derecho internacional y a sus instancias de supervisión, los comités de tratados de derechos humanos<sup>73</sup>. Si se tiene en el horizonte, pero no sobre el tapete, un reto, éste se refiere más a los tratados de la Unión que al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales con su cuerpo de jurisprudencia<sup>74</sup>.

Comparativamente, respecto a la jurisprudencia interamericana, la apertura de Colombia es superior, pero resistiéndose igualmente a su vigencia directa sin mediación de la justicia interna. Y en España la ocurrencia del bloque de constitucionalidad, tendente en lo esencial a incorporar al canon constitucional la parte competencial de los Estatutos de Autonomía de las nacionalidades y regiones, integra derecho internacional

---

<sup>72</sup> Para constancia, baste el contraste entre dos referencias: Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012 (3ª ed. ampliada), y M.F. Quinche Ramírez, *El control de convencionalidad*.

<sup>73</sup> Para todo ello, Asociación de Letrados (y Letradas) del Tribunal Constitucional, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

<sup>74</sup> Luis Jimena Quesada, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad, ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea*, en Juan Ignacio Ugartemendía y Gurutz Jáuregui (coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 285-317. Para un intento de conexión con la recepción constitucional de derechos humanos inexistente en España a efectos de control de convencionalidad, Rogelio López Sánchez, *El artículo 1, párrafo 2, de la Constitución mexicana como criterio hermenéutico de los derechos humanos: su concepción a la luz de la cláusula constitucional española*, en *Revista de Estudios Jurídicos* (Universidad de Jaén, en línea), 13, 2013, artículo 4.

de derechos humanos todavía en inferior medida, si alguna, que en Colombia<sup>75</sup>. En España, a la hora de la verdad de la justicia, parece que cuesta realizar la operación incluso en relación al caso más específico, respecto a derechos, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>76</sup>. En general, ha de reconocerse que el derecho internacional de los derechos humanos no está en España ni siquiera a la vista de un horizonte de integración normativa interestatal<sup>77</sup>.

En sus términos generales, nada de esto es un problema exclusivo de Colombia por América como tampoco, por Europa, de España. Lo es de los Estados constitucionales. Pesa la hipoteca histórica de la idea y práctica no sólo del Estado, sino también de la Constitución como manifestación de soberanía<sup>78</sup>. Y pesan desde luego los intereses materiales que se toman como baluarte al uno y a la otra, también y con empeño a la Constitución. Colombia es caso bien expresivo o incluso paradigmático, para lo bueno y para lo malo, más bien para esto segundo en lo que estrictamente respecta a los derechos fundamentales, dígame humanos, de los pueblos indígenas<sup>79</sup>.

Si de veras hubiera, en cambio, un neoconstitucionalismo euroamericano, práctico y teórico de consuno, tendiendo puentes transcontinentales, con el impulso decisivo del giro colombiano de 1991, y marcando la ruta del ajuste de ordenamientos

---

<sup>75</sup> F. Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, vol. I, pp. 103-128. La ocurrencia, como ya está recordado, es francesa, en su caso para integrarse en el *bloc de constitutionnalité* derechos porque la Constitución sencillamente no los declara. Ya advertimos en Colombia que, según suele acontecer con migraciones de categorías, igual luego sirve para rotos como para descosidos. En España, el caso resulta menos ambiguo, pues la idea del bloque de constitucionalidad no se ha importado en consideración y para el reforzamiento de derechos, sino por lo dicho de suplir insuficiencias de la Constitución en materia de autonomías territoriales: Louis Favoreu y F. Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad* (Simposio Franco-Español de Derecho Constitucional), presentación de Javier Pérez Royo, Madrid, Civitas, 1991, de donde proceden las páginas de *La forma del poder*.

<sup>76</sup> En España, el caso reciente más flagrante de obstrucción a la vigencia directa de derecho supraestatal de derechos humanos determinando canon de revisión judicial es el representado por el Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2013 respecto a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Del Río Prada versus España) contraria a la llamada *doctrina Parot* de dicha misma Sala, entendiéndose ésta que su venia es necesaria para que la instancia europea pueda sentar jurisprudencia e instando al “Poder legislativo (a que) regule (...) el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones” de dicho Tribunal, el Europeo de Derechos Humanos, como si las mismas no lo fueran en virtud de la ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aun con todas sus reservas, algo así es implausible en Colombia respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>77</sup> Con horizonte prácticamente reducido a Europa (Unión y Consejo), Luis Ignacio Gordillo, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. Conozco reseña que le reprocha no extenderse a derecho internacional global o no regional de derechos humanos, pero no que se lo plantee como otro nivel de convencionalidad sobre o junto al europeo y, desde luego, al de constitucionalidad.

<sup>78</sup> B. Clavero, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007, con atención a la presencia de pueblos indígenas por América.

<sup>79</sup> Actualmente, tras el Marco Jurídico para la Paz sentado por el Acto Legislativo 1/2012 que efectúa una reforma constitucional a favor de la justicia transicional en el sentido de justicia demediada, está amagándose en Colombia un secuestro de Estado y de Constitución por los intereses cruzados y no siempre enfrentados en el curso de las conversaciones de paz entre guerrilla y gobierno adoptándose decisiones sobre asuntos que afectan neurálgicamente a indígenas sin previsión de consulta. Las dos partes de las conversaciones tienen sitio abierto: [mesadeconversaciones.com.co](http://mesadeconversaciones.com.co) y [pazfarc-ep.org](http://pazfarc-ep.org), el primero interactivo y el segundo permitiendo comentarios en algunas entradas y con una de contacto.

interior y exterior, con el capítulo clave de la presencia indígena en América<sup>80</sup>, el apartado penúltimo del presente trabajo sobre derecho de pueblos entre derecho internacional y derecho constitucional habría sido necesariamente el más cumplido.

#### RESUMEN

En materia de consulta como procedimiento apropiado para encauzar las relaciones entre Estados y pueblos indígenas en América Latina, la evolución de Colombia resulta significativa. La Constitución y la ratificación del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes se produjeron en Colombia prácticamente al mismo tiempo, pero la primera no se atuvo a las directrices del segundo. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha atendido a previsiones del Convenio, pero desviándose de sus requerimientos. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, a la que Colombia se ha adherido expresamente, ha tenido el efecto de convertir al Convenio en un tratado de derechos humanos, pero, en relación a la consulta, no se ha hecho en Colombia ningún esfuerzo por cumplir el mandato constitucional de integración entre Constitución de una parte y tratados o convenios de derechos humanos por otra.

**PALABRAS CLAVES:** Jurisprudencia constitucional, consulta de Estados a pueblos indígenas, Constitución de Colombia, Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

#### ABSTRACT

Insofar consultation is taken as the best suitable procedure for relations between States and indigenous peoples in Latin America, the performance of Colombia comes out to be one of the most significant cases. The approval of Colombian Constitution and the ratification by Colombia of the *ILO Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries* took place indeed practically at the same time. Nevertheless, the Constitution did not follow the guidelines of the Convention on consultation. In the meanwhile the Colombian constitutional jurisprudence has partially aligned itself with some of the provisions of the Covenant,

---

<sup>80</sup> Lo que suele presentarse hoy como *neoconstitucionalismo* por Latinoamérica y España (Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, eds., *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad del Externado, 2010, y Madrid, Trotta, 2010) recupera claves no tan nuevas, como el valor normativo de los derechos y la habilitación jurisdiccional en función de garantía, más que se hace cargo de los realmente renovadores, como el reconocimiento de pueblos no constitutivos de Estados por secuela colonial y la dotación de mecanismos garantistas de sus derechos, esto en el contexto no sólo constitucional, sino también en el novedoso, que en cambio se aprecia a efectos más generales, del valor normativo del derecho internacional de los derechos humanos (R. Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*); tales derechos, los indígenas, de contemplarse por la corriente neoconstitucionalista sin dicha cualificación, se consideran usualmente como sobrevenidos y adicionales, de última generación se les dice, sin mayor impacto constitucional o, aún menos, constituyente. Si se me permite una segunda y ya rotunda palabrota, ante la composición plurinacional de los Estados, no sólo de los americanos, y de sus Uniones, no sólo de la europea, lo que se precisa, antes que un neoconstitucionalismo, es un *neoconstituyencialismo* (B. Clavero, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000).

yet not fully matching its standards. The *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, which Colombia has expressly adopted, has had the effect of turning the Convention onto a human rights treaty. However, in relation to the consultation with indigenous peoples, no genuine effort has been yet done in Colombia to fulfill the constitutional mandate of integrating the Constitution and human rights treaties.

*KEY WORDS:* Constitutional jurisprudence, governments' consultation with indigenous peoples, Colombia Constitution, ILO Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.