



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Número Único: 110010306000202300152 00

No. Radicación: 2504

Referencia: Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar, de manera directa, a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Autoridad u órgano competente para resolver las impugnaciones que se presenten en el marco de la elección de delegados. Procedimiento. Consulta previa: marco normativo y estándares que la rigen.

El ministro del Interior solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil emitir concepto relacionado con «la autoridad u órgano competente para determinar los conflictos que surgen en el marco de la elección de delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa de las comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras», y, además, sobre el procedimiento aplicable.

I. ANTECEDENTES

El señor ministro del Interior hizo un recuento del marco normativo y jurisprudencial que rige la materia objeto de consulta.

1. Señaló que fue expedida la Ley 70 de 1993 que desarrolló el artículo 55 transitorio¹ de la Constitución, la cual le reconoció a las comunidades negras

¹ Constitución Política, artículo transitorio 55. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. // En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas. // La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.

una serie de derechos, y resaltó dos de los principios en los que se fundamenta dicha ley contenidos en el artículo 3º:

1. El reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana.
 3. La participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley.
2. Indicó que la Corte Constitucional, en Sentencia T-576 de 2014, «impartió los lineamientos para efectuar la convocatoria para las elecciones de delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa, y ordenó la conformación de dicho Espacio para consultar las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a las comunidades». Además, señaló el ministro que el Ministerio del Interior debe hacer la convocatoria a través de mecanismos democráticos y participativos.
 3. En atención a dichos lineamientos, «mediante Acta del 12 de octubre de 2015, denominada “Acta de Santa Marta”, se adoptaron los criterios y pautas para la integración del Espacio de Consulta Previa de medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar a la Población Negra, Afrocolombiana, Raizal y Palenquera».
 4. Mediante el Decreto 1372 de 2018 se reguló el Espacio Nacional de Consulta Previa de medidas legislativas y administrativas de carácter general, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. En este decreto se establecieron, de manera formal, «los criterios para la integración del Espacio Nacional de Consulta Previa, las funciones del espacio, las etapas del proceso consultivo, la elección y período de los delegados»; adicionalmente, «la operatividad, funcionamiento, sesiones y comisiones del Espacio Nacional de Consulta Previa».
 5. Enlista las comisiones permanentes que componen dicho Espacio (7 en total), y, recalca, la posibilidad de conformar una adicional, de carácter

La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social. // **PARAGRAFO 1o.** Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista. // **PARAGRAFO 2o.** Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley.

accidental, «para tratar temas coyunturales que no correspondan a los de competencia de las demás comisiones permanentes».

6. De otro lado, hace énfasis en que el período de los delegados fue establecido, inicialmente, hasta el 30 de marzo de 2020, «prorrogado, en virtud del Decreto 1181 de 2021 hasta el 30 de septiembre de 2022 y finalmente, hasta el 31 de mayo de 2023, de conformidad con el Decreto 1966 de 2022».
7. Señala que el referido Decreto 1372 de 2018 estableció unas competencias «en cabeza del Ministerio del Interior, con miras a garantizar el derecho fundamental a la consulta previa con relación al Espacio Nacional de Consulta Previa».²
8. El Ministerio del Interior, mediante Circular Externa del 29 de marzo de 2023, convocó la elección de los delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa para el período 2023 – 2027. En dicho proceso, que se ha venido surtiendo desde el 14 de abril de 2023, se eligieron 237 delegados; no obstante, se presentaron «impugnaciones e inconformidades con los delegados electos³, en 10 de los 32 departamentos convocados», lo que ha generado que, a la fecha, no se cuente con la totalidad de delegados ante el Espacio.
9. Señala el ministro, que si bien el Decreto 1372 de 2018 incorporó al Decreto 1066 de 2015 (DUR del Sector Interior) «las reglas por las cuales debe regirse el Espacio Nacional de Consulta Previa, éste (sic) no estableció las reglas para el proceso electoral propiamente dicho, y mucho menos lo atinente al procedimiento a agotar si durante el mismo, se presentan impugnaciones o inconformidades con la elección de los delegados ante el Espacio».

² Las competencias enlistadas en la consulta son las siguientes: 1. Coordinar las reuniones en cada una de las etapas del proceso de consulta previa. // 2. Promover y propiciar el diálogo entre el Espacio Nacional de Consulta Previa y la entidad que lidera la medida administrativa o legislativa en consulta. // 3. Apoyar la concertación de las rutas metodológicas entre el Espacio Nacional de Consulta Previa y la entidad que lidera la iniciativa en consulta. // 4. Realizar las convocatorias a las partes del proceso (delegados del Espacio Nacional de Consulta Previa, entidad que lidera la medida administrativa o legislativa, y Ministerio Público).

³ En la consulta se indican las siguientes inconformidades e impugnaciones: 1. Se convocaron 33 asambleas, de las cuales se celebraron 32. Quedó pendiente la del departamento de Amazonas que solicitó su postergación; 2. Se realizó la Asamblea de Sucre, pero no se eligieron delegados; 3. Se registraron impugnaciones, por diversos motivos, en las siguientes Asambleas: Guajira; Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; Bolívar; Sucre; Atlántico; Valle del Cauca; Bogotá; Tolima; Cauca; Antioquia y Chocó.

10. Mediante Auto del 5 de mayo de 2023, el consejero ponente dispuso oficiar a la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, o quien haga sus veces, con el fin de remitir al Despacho el Acta de protocolización del 12 de octubre de 2015 o Acta de Santa Marta y el reglamento interno del Espacio Nacional de Consulta Previa de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, documentación relacionada con la consulta.
11. Según informes secretariales del 10 y 11 de mayo de 2023, la Secretaría hizo constar que fue recibida, del Ministerio del Interior, la documentación solicitada.

Con fundamento en lo antes reseñado, el ministro del Interior formuló las siguientes **PREGUNTAS**:

1. ¿Puede el propio Espacio Nacional de Consulta Previa, (sic) resolver impugnaciones a las elecciones de delegados para el nuevo período?
2. Si lo anterior fuera afirmativo, ¿es posible que mediante la conformación de una comisión accidental del Espacio Nacional de Consulta Previa, (sic) se resuelvan las impugnaciones a las elecciones de delegados ante el Espacio? ¿cuál debe ser el número de delegados ante esta comisión accidental y cuál el procedimiento para su conformación?
3. Si la respuesta a la pregunta 1º fuera negativa, ¿cuál sería el procedimiento a seguir para culminar en debida forma el proceso de elección de delegados al Espacio Nacional de Consulta Previa y poder resolver las impugnaciones e inconformidades referidas?
4. En cualquier caso, ¿cuál debe ser el procedimiento y la autoridad competente para resolver las impugnaciones e inconformidades presentadas contra las elecciones de delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa para el período 2023-2027?

II. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El problema jurídico por resolver se puede sintetizar de la siguiente manera: ¿Cuál es la autoridad competente y el procedimiento a seguir para resolver las impugnaciones que se presenten en el marco de la elección de delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar, de manera directa, a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras?

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: *i)* Derecho fundamental a la consulta previa. Marco normativo de carácter internacional y nacional; *ii)* Estándares de la consulta previa; *iii)* Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance que puedan afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Institución representativa; *iv)* Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance que puedan afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Reglas de funcionamiento. Integración del Espacio y elección de delegados; *v)* Inconformidades e impugnaciones respecto de algunos procesos de designación de delegados. Manifestación del derecho fundamental de petición, y, *vi)* Conclusiones.

1. Derecho fundamental a la consulta previa. Marco normativo de carácter internacional y nacional

Las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en atención a la diversidad étnica y cultural que reconoce la Carta (artículos 7 y 70), cuentan con un conjunto de derechos colectivos, que incluso se han reconocido a nivel internacional, siendo su instrumento más representativo el Convenio 169 de 1989 de la OIT. Este convenio, que forma parte del bloque de constitucionalidad, según lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política, es aplicable a los pueblos indígenas y tribales⁴.

En lo que concierne al Convenio 169 de 1989 de la OIT, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-169 de 2001, anota que el concepto de «tribal» no puede entenderse restringido a «tribu», sino a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante. En consecuencia, esta providencia recalca que dicha norma internacional «hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores

⁴ Convenio 169 de 1989 de la OIT, artículo 1º, numeral 1: «El presente Convenio se aplica: (a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; // (b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas».

sociales, y (ii) un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de una colectividad»⁵.

Con fundamento en ello, la Corte afirma, a renglón seguido, que: «[d]e la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado [se refiere al 169 de la OIT]»⁶. De hecho, el artículo 2-5 de la Ley 70 de 1993 señala que una comunidad negra «[e]s el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre (sic) dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de la identidad que las distinguen de otros grupos étnicos».

Ahora bien, la consulta previa es un instrumento que permite la participación de las comunidades étnicas (indígenas y tribales) en todas las decisiones que las afecten; pero, además, es un derecho elevado a la connotación de fundamental por la importancia que tiene «para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades [...] y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social».⁷

Este derecho fundamental a la consulta previa tiene su marco normativo en instrumentos internacionales, como el mencionado Convenio 169 de 1989 de la OIT, y en normas nacionales, como pasa a analizarse.

1.1. Marco normativo internacional

- **El Convenio 107 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas, tribales y semitribales en los países independientes**⁸

El Convenio 107 de 1957 es considerado como el punto de partida de la consulta previa, pues pese a que en dicho instrumento no se previó ningún mecanismo de participación para las comunidades indígenas, tribales y semitribales, sí tuvo como objetivo integrarlas a la colectividad nacional, con el fin de hacerlas partícipes de las políticas de desarrollo, mejorando, de esta manera, sus condiciones de vida y de trabajo. (Preámbulo)

⁵ Corte Constitucional, Sentencia 169 de 2001.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU- 123 de 2018. Esta sentencia hace referencia a la Sentencia SU-039 de 1997.

⁸ [En línea] Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107

➤ **Convenio 169 de 1989 de la OIT⁹**

Fue a través de este instrumento que se reconoció la aspiración de los pueblos indígenas y tribales a «asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven»¹⁰, es decir, se materializó el principio de autodeterminación de los pueblos.

Este convenio fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 21 de 1991 y forma parte del bloque de constitucionalidad¹¹, en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución Política¹², al contener normas sobre derechos humanos. Ya la Sala se había pronunciado sobre el valor de los instrumentos internacionales de derechos humanos:

[...] conviene dilucidar el valor normativo que tiene este instrumento internacional en el ordenamiento jurídico interno. Para tal efecto, resulta oportuno volver sobre la consideración que dedicó a este asunto la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-011 de 2018. En dicha oportunidad, la Sala Plena manifestó que el fundamento normativo del derecho fundamental a la etnoeducación se encuentra en la Constitución y el Convenio 169 de la OIT, tratado que forma parte del bloque de constitucionalidad.

32. Este derecho encuentra fundamento en diversas normas de la Constitución Política y el Convenio 169 de 1989 de la OIT, **instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 Superior**. La Corte Constitucional recordó y explicó este cuerpo normativo superior, que constituye la base del derecho fundamental a la etnoeducación, en Sentencia C-208 de 2007¹⁴ [énfasis fuera de texto].

Esta misma consideración fue reiterada por la Sala de Consulta en el Concepto 2176, aprobado el 21 de mayo de 2014, en el que se lee lo siguiente:

Para interpretar el sentido y alcance del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas **la jurisprudencia constitucional señala que el Convenio 169 de la O.I.T. hace parte del bloque de constitucionalidad y en tal virtud es de aplicación obligatoria** [énfasis fuera de texto].

⁹ [En línea] Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314

¹⁰ Convenio 169 de 1989 de la OIT, Preámbulo.

¹¹ Sentencias C-175 de 2009, T-576 de 2014 y T-005 de 2016, entre otras.

¹² Constitución Política, artículo 93. «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, (sic) se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. // [...]».

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la inclusión del Convenio 169 de la OIT en el bloque de constitucionalidad implica el reconocimiento de la máxima jerarquía normativa a este tratado internacional. A partir de la aprobación de la Sentencia C-225 de 1995, providencia en la que se acuñó el concepto del «bloque de constitucionalidad», quedó establecido que el texto superior no agota su contenido en el articulado que aprobó la Asamblea Nacional Constituyente ni en las reformas constitucionales que desde entonces se han promulgado. En dicho cuerpo normativo también se integra un conjunto de disposiciones que, pese a que formalmente no se consignan en la carta, también cuentan con jerarquía constitucional. Tales normas conforman lo que se conoce como el bloque de constitucionalidad. Desde los primeros pronunciamientos judiciales en los que se analizó el valor normativo del Convenio 169 de la OIT, la corte advirtió que el tratado forma parte de la figura en cuestión. Así lo corrobora la Sentencia SU-039 de 1997, primer fallo en que la corte determinó la inclusión del convenio en el bloque de constitucionalidad:

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, **el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación** [énfasis fuera de texto]

En estos términos, se concluye que el Convenio 169 de la OIT es un tratado de derechos humanos que, en razón de su contenido y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 93 superior, forma parte del bloque de constitucionalidad. Lo anterior implica que los dictados que se encuentran contenidos en el instrumento son genuinos preceptos constitucionales, por lo que producen todos los efectos normativos que se reconocen a las demás cláusulas de la Constitución.¹³ [Énfasis propios del texto]

Este instrumento internacional consagró, por primera vez, el derecho a la consulta previa. Señala el artículo 6, lo siguiente:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

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

¹³ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2423 de 2019. Las siguientes citas son de original del texto: ¹⁴ Esta misma postura ha sido acogida, entre otras, en las Sentencias SU-039 de 1997, T-704 de 2006, C-208 de 2007, T-376 de 2012, y C-666 de 2016.

(b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

(c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. (Resaltado de la Sala)

De esta norma convencional se desprende un deber de los gobiernos a consultarle a las comunidades indígenas y tribales las medidas legislativas o administrativas que se prevean, bajo los siguientes parámetros: *i)* que tales medidas afecten directamente a dichas comunidades, *ii)* que la consulta se adelante mediante procedimientos apropiados, *iii)* que se lleve a cabo a través de sus instituciones representativas, *iv)* que la consulta se adelante de buena fe, *v)* que la misma se lleve a cabo de manera apropiada a las circunstancias, y, *vi)* que se tenga como finalidad llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de la comunidad étnica.¹⁴

Adicional a este artículo 6º, el Convenio 169 de la OIT consagra el deber de consultar, de manera previa:

- Cuando se desarrollen proyectos relacionados con la explotación de recursos naturales dentro del territorio nacional. (Artículo 15)¹⁵.
- En caso de ser necesario el traslado o reubicación de la comunidad, para lo cual debe obtenerse el consentimiento libre, pleno e informado de los pueblos indígenas. De no obtenerse este consentimiento, el traslado y la reubicación

¹⁴ Ver, igualmente, el Concepto 2290 de 2016 de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

¹⁵ Convenio 169 de 1989 de la OIT, artículo 15. «1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades».

sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional. (Artículo 16)¹⁶.

➤ **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007¹⁷**

Tal como lo había indicado esta Sala en un concepto anterior¹⁸, el derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa se sustenta, igualmente, en esta Declaración de la ONU. En dicha oportunidad señaló:

[...] tanto a la luz del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos⁷, como dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸, se tiene establecido que el derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa se apoya también en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre de 2007*, en la que se consagran, entre otros, los derechos de los pueblos indígenas a (i) la libre autodeterminación (artículo 3); la autonomía o autogobierno en lo relacionado con sus asuntos internos (artículo 4); *la conservación de sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales* (artículo 5); a no ser sometidos a una asimilación forzada y a que se adopten medidas preventivas del despojo de sus tierras o recursos (artículo 8); a no ser trasladados de sus tierras sin su consentimiento previo, libre e informado (artículo 10); a la práctica de su cultura, lo que incluye el derecho a preservar sus lugares arqueológicos, históricos y religiosos (artículos 11 y 12); a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas sociales y económicos y de salud y vivienda que les conciernan (artículo 23); a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han ocupado, utilizado o adquirido (artículo 26); y a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras (artículo 29).

¹⁶ *Ibidem*, artículo 16. «1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento».

¹⁷ [En línea] Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

¹⁸ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2290 de 2016.

Particularmente, esta Declaración consagra, en la misma lógica del Convenio 169 de 1989 arriba citado, el derecho de los pueblos indígenas a *“participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”* (artículo 18); e impone a los Estados el deber de *celebrar consultas de buena fe* con los pueblos indígenas 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”* (artículo 19) y *“antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o explotación de los recursos minerales, hídricos o de otro tipo”* (artículo 32)^{9 19}.

1.2. Marco normativo nacional

En el ámbito nacional, y desde la normativa constitucional, el derecho a la consulta previa es un desarrollo del derecho de participación; se encuentra íntimamente ligado al carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano (artículo 1º) y al cumplimiento de uno de los fines del Estado consistente en facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (artículo 2º).

Este derecho a la consulta previa que tienen las comunidades indígenas, y en general, las comunidades étnicas, encuentra su respaldo en el reconocimiento que la misma Carta Política les otorga a estos grupos étnicos. Algunos ejemplos se sintetizan de la siguiente manera:

- a) El deber del Estado de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículos 7, 70, 92, 95-8);

¹⁹ *Ibidem*. Las siguientes citas son del original del texto: ⁷Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Documento 56 del 30 de diciembre de 2009 sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Igualmente Sentencia del 28 de noviembre de 2007 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Pueblo Saramaka vs Surinam. / ⁸Sentencia C-463 de 2014 y T-546 de 2014, entre otras. / ⁹Esta declaración contiene además obligaciones específicas de consulta previa en relación con el traslado de los pueblos indígenas de sus territorios (artículo 10); el establecimiento de mecanismos para la repatriación o acceso a objetos de culto y restos humanos (artículo 12); la definición de los sistemas educativos de las comunidades indígenas (artículo 14); la adopción de medidas encaminadas a combatir la discriminación, la explotación económica y el trabajo infantil, así como para facilitar el desplazamiento e interacción de comunidades indígenas divididas por fronteras internacionales (artículos 15, 17 y 36); la definición de los procedimientos para el reconocimiento de sus leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de tierras (artículo 27); el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios (artículo 29); la utilización de sus tierras para actividades militares (artículo 30); la adopción de medidas eficaces para permitir la interacción de los pueblos indígenas divididos por fronteras internacionales (artículo 36); y la adopción de las medidas orientadas a alcanzar los fines de la Declaración (artículo 38).

- b) El reconocimiento de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos como idiomas oficiales en sus territorios (artículo 10);
- c) El derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículo 40);
- d) La protección del patrimonio cultural de la Nación, y en especial, el reconocimiento de los derechos que puedan tener los grupos étnicos asentados en territorio de riqueza arqueológica (artículo 72);
- e) El carácter de entidad territorial reconocido a los territorios indígenas (artículo 286 y 329);
- f) El reconocimiento de los resguardos indígenas como propiedad colectiva (artículos 63 y 329);
- g) Las circunscripciones especiales de los grupos étnicos para la integración del Congreso de la República. (artículos 171 y 176, incisos 2 y 4, modificado por el artículo 6 del AL 2 de 2015);
- h) El reconocimiento a los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República (artículo 246);
- i) El reconocimiento a la autodeterminación de los pueblos étnicos, quienes pueden gobernarse por autoridades propias (artículos 9 y 330);
- j) El deber de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas cuando se tomen decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales que se encuentren dentro de su territorio. Ello, con el fin de proteger la integridad social, económica y cultural de dichas comunidades (artículo 330, párrafo)²⁰.

²⁰ *Ibidem*. «Además, tiene una expresión concreta en el artículo 330 de la Constitución Política, según el cual la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de su integridad cultural, social y económica, para cuyo logro el gobierno “propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”, con la advertencia de que la alusión de esta última disposición a la consulta previa en asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales, no puede entenderse, según la jurisprudencia, como “la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles, debido a que la consulta opera como una modalidad de participación de amplio espectro, orientada a salvaguardar la integridad cultural, social y económica de las culturas

Adicional a los preceptos constitucionales que reconocen la diversidad étnica y garantizan los derechos de estas comunidades, existen normas de orden legal y administrativo que consagran el derecho fundamental a la consulta previa, entre las que pueden citarse:

- a. La Ley 70 de 1993, cuyo objeto es la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras, así como el reconocimiento de la propiedad colectiva de la tierra. Esta norma jurídica exige, en su articulado, la realización de consultas a estas comunidades para la implementación y funcionamiento de diferentes temas atinentes con ellas.
- b. La Ley 99 de 1993, que regula la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, en su artículo 76, exige la consulta previa a los representantes de las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales en sus territorios.²¹
- c. El Decreto 1320 de 1998, que reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.
- d. La Directiva Presidencial 10 de 2013, mediante la cual el Gobierno implementó una guía para la realización de las consultas previas con las comunidades étnicas.
- e. El Decreto 2163 de 2012, mediante el cual se conformó y reglamentó la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras.

Adicionalmente, la consulta previa ha sido objeto de un amplio estudio y desarrollo por parte de la jurisprudencia nacional, la que ha dotado a este derecho fundamental de un contenido extenso, a partir de lo señalado en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, el cual como se indicó, forma parte del bloque de constitucionalidad, de los diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los fundamentos y principios contenidos en nuestra propia Constitución.

Fruto de este desarrollo jurisprudencial, y de manera particular, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se han establecido una serie de estándares que rigen el derecho a la consulta previa, como pasará a indicarse.

*indígenas.*²⁵» ⁵Sentencia T-689 de 2011, que reitera a su vez sentencia de unificación Su-383 de 2003. Ver también Sentencia T-005 de 2016.

²¹Ley 99 de 1993, artículo 76. «La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades».

2. Estándares de la consulta previa

Con fundamento en lo señalado por la Constitución Política, el Convenio 169 de 1989 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los precedentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como los fallos proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional, a través de su abundante jurisprudencia, ha definido los siguientes estándares que rigen el derecho a la consulta previa, no obstante advertir que este es un tema viviente que puede ser objeto de estándares adicionales posteriores:

- 2.1. **Oportunidad**²²: La consulta debe ser previa a la realización del proyecto, obra o actividad, «exigencia [que] se justifica porque *“lo perseguido por la consulta es evitar causar alguna afectación a las comunidades adoptando las medidas que sean necesarias, adecuadas y suficientes para prevenir y minimizar los impactos negativos que tienen los proyectos”*²⁴»²³.

No obstante, en otros pronunciamientos, la Corte ha reconocido que, en el desarrollo de proyectos, obras o actividades, la participación de las comunidades étnicas no se agota antes de su inicio, sino que tal derecho persiste en las etapas posteriores, siempre que haya una afectación a la comunidad.

En relación con las medidas legislativas²⁴, la consulta previa procede, como su nombre lo indica, antes de la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República; no obstante, este derecho también se conserva durante el trámite del proyecto al interior del órgano legislativo y con posterioridad a la expedición de la ley. En este último caso, las comunidades étnicas tienen el derecho a ser consultadas en la etapa de reglamentación de la ley, cuando se evidencie que con tales reglamentos se les afecta directamente.

²² Corte Constitucional, Sentencias C-891 de 2002, C-030 de 2008, Sentencia C-175 de 2009, C-615 de 2009, T-129 de 2011, T-359 de 2015, SU- 123 de 2018.

²³ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2290 de 2016. La siguiente cita es del original del texto: ²⁴ Sentencia T-005 de 2016.

²⁴ Sobre el alcance de la expresión medidas legislativas, la Corte Constitucional, en Sentencia C-702 de 2010 dijo que «no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije bajo la obligación de consulta de (sic) todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades [...]».

- 2.2. **Debe existir una afectación directa sobre las comunidades étnicas**²⁵: Esto es, «el impacto positivo o negativo que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica.»²⁶

Ahora bien, debe diferenciarse el alcance del concepto «afectación directa» y el de «zona de influencia de un proyecto»²⁷. Al respecto, la jurisprudencia señaló: «17.4. El concepto de afectación directa difiere del de área de influencia, este último se refiere a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos, en tanto la afectación directa, como se indicó, es un concepto esencial para determinar cuándo se activa la consulta previa y se identifican los impactos»²⁸.

- 2.3. **Debe tenerse claridad acerca del alcance del territorio**²⁹: Entendido este no solo como aquellas áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad étnica, sino también aquel espacio donde estas desarrollan sus actividades culturales, sociales, espirituales, ancestrales.

- 2.4. **Deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados**: «[L]o que se ha entendido como la exigencia de que el proceso consultivo tenga en cuenta las condiciones culturales de cada comunidad y brinde “*un escenario efectivo de participación*”³⁵. Por su parte, que el proceso de consulta sea *efectivo* significa que el punto de vista de las comunidades étnicas “*debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas*”³⁶, frente a lo cual resulta insuficiente la simple notificación del proyecto a los pueblos interesados o la celebración de reuniones puramente informativas de decisiones ya adoptadas³⁷».³⁰

- 2.5. **Debe atender una regla de adecuación cultural**: «[P]or tanto, debe desarrollarse de acuerdo con las costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente aceptados “*y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones*”⁴¹».³¹

²⁵ Corte Constitucional, Sentencias SU-383 de 2003, C-030 de 2008, T-376 de 2012, T-660 de 2015, T-256 de 2015, T-197 de 2016, T-236 de 2017, SU-123 de 2018.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencias T-313 de 2016, SU 217 de 2017, SU-123 de 2018.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-547 de 2010, T-693 de 2011, SU-123 de 2018.

³⁰ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2290 de 2016. Las siguientes citas son del original del texto: ³⁵ Sentencia T-550 de 2015. / ³⁶ Sentencia T-376 de 2012, reiterada en Sentencia T-550 de 2015. / ³⁷ Sentencia T-376 de 2012.

³¹ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2290 de 2016. La siguiente cita es del original del texto: ⁴¹ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales (Documento

- 2.6. **Debe adelantarse de buena fe**³²: Es decir, «mostrando una conducta honesta y leal, a fin de darle seguridad, confianza y credibilidad a la contraparte»³³. Implica, además, que exista una información clara, veraz y oportuna, y que se garantice, para la eficacia de la consulta, «una participación activa y efectiva»⁵⁶ de los pueblos interesados. Sobre este tópico la jurisprudencia ha explicado que el significado de la participación activa es que no pueda admitirse como tal a (sic) la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas. Que esa participación sea efectiva significa que el punto de vista de los pueblos debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas»³⁴.
- 2.7. **Debe realizarse a través de instituciones representativas de los pueblos o comunidades étnicas**³⁵: Sobre este estándar, la Sala, en un concepto anterior y basada en sentencias de la Corte Constitucional y en un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, indicó lo siguiente:

[E]sto obliga a los Estados a indagar por las instituciones que reúnan tal representatividad, pero no desde la perspectiva del derecho común, sino «según lo que las propias comunidades hayan definido»²⁶. Se ha indicado así que el Convenio 169 no impone un modelo específico de instituciones representativas, siendo lo importante que las mismas «sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas o tribales, según corresponda»²⁷.

En particular, la jurisprudencia tiene suficientemente establecido que la definición de las formas y las personas a través de las cuales se expresan las comunidades étnicas *“debe ser la que determine el propio pueblo afectado de conformidad con su tradición, y habiendo tenido en cuenta la voluntad de la*

56 del 30 de diciembre de 2009, con base en la Sentencia del 28 de noviembre de 2007, caso Saramaka vs Surinam, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

³² Corte Constitucional, Sentencias SU-039 de 1997, SU- 383 de 2003, T-129 de 2011, SU- 123 de 2018.

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-005 de 2016.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU- 123 de 2018. La siguiente cita es del original del texto: ⁵⁶Este aspecto fue abordado, entre otras, en Sentencias SU-039 de 1997, Sentencia T-376 de 2012 y T-550 de 2015. Así mismo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam del de (sic) 28 de noviembre de 2007, párr. 140; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia (fondo y reparaciones) del 27 de junio de 2012 Párr. 163 y 179; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 08 de octubre de 2015 Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 160 – 162 y 216; y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015 Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 181 y 204.

³⁵ Sentencia T-576 de 2014.

totalidad del pueblo canalizada a través de los mecanismos consuetudinarios correspondientes;²⁸ y se ha reiterado que la representatividad no puede ser una noción impuesta por las autoridades estatales, cuya función en esta materia es *“facilitar los procesos de decisión que permitan que sean las propias comunidades las que definan, en ejercicio de su autonomía, cuáles son las instituciones que las representan”*.^{29 36}

- 2.8. **Debe brindarse información adecuada y suficiente:** Esto «significa que la medida propuesta *“debe ser puesta en total conocimiento de la comunidad, identificando los riesgos de afectación ambiental, social o cultural, con el fin de que pueda adoptar una posición y formular alternativas de prevención o corrección de los impactos negativos que se pudiesen ocasionar”*³⁰»³⁷.
- 2.9. **No conlleva poder de veto**³⁸: La consulta no conlleva un carácter absoluto, pues en caso de que no se llegue a un acuerdo, pese a que esta se haya adelantado en debida forma, el Estado tiene la posibilidad de implementar la medida, pero con un criterio de proporcionalidad, razonabilidad y objetividad, con el fin de proteger la diversidad étnica; sin arbitrariedad; atenuando los efectos negativos; y en lo posible, acogiendo la posición de la comunidad étnica.
- 2.10. **Debe tratarse de un diálogo entre iguales que no admite posturas adversariales o de confrontación.** Sobre el particular la Sala indicó:

La Corte Constitucional ha insistido en que en los procesos de consulta constituyen procesos de *“diálogo entre iguales en medio de las diferencias”*³³. Por tanto, frente al asunto consultado es claro que ni las entidades estatales

³⁶ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2290 de 2016. Las siguientes citas son del original del texto: ²⁶Ibidem. [Se refiere a la Sentencia T-576 de 214] / ²⁷ Ibidem. / ²⁸ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales (Documento 56 del 30 de diciembre de 2009). / ²⁹Sentencia T-550 de 2015. Ver igualmente Sentencia T-973 de 2009, reiterada en Sentencia C-909 de 2013: “Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva”. (Subrayado fuera de texto)

³⁷ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2290 de 2016. La siguiente cita es del original del texto: ³⁰Sentencia T-005 de 2016.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencias T- 405 de 1993, C-891 de 2002, C-068 de 2013, SU- 123 de 2018.

que acompañan el proceso de consulta previa, ni los ejecutores públicos o privados de los proyectos, pueden adoptar decisiones unilaterales dentro de este proceso de diálogo, ni invocar atributos de autoridad para imponer su voluntad a las comunidades étnicas. Como ha señalado la Corte Constitucional *“las herramientas que subyacen a la consulta, permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural en el que los pueblos ejerzan su derecho a la autonomía con sus planes propios de vida frente a los modelos económicos basados en la economía de mercado o similares.”*³⁹ Así pues, como proceso esencialmente dialógico y conciliatorio, la consulta previa excluye de suyo la imposición de decisiones administrativas unilaterales por parte de sus diferentes intervinientes, tal como se profundizará más adelante.³⁹

2.11. **Debe ser flexible y atender un “enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres”**⁴⁰: «[P]or tanto, no existe una única fórmula de llevarla a cabo, *“porque depende de las características de la comunidad afectada, así como de los componentes de la medida”*³⁹. Tampoco es posible hablar de un tiempo único para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, *“ya que homogenizar este tipo de procesos desconocería el respeto por las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas.”*⁴⁰»⁴¹

2.12. **Es un derecho fundamental**⁴²: Ello implica que la consulta debe entenderse como un diálogo intercultural, entre iguales, la cual debe adelantarse de buena fe, con la participación activa de la comunidad, bajo el respeto de la diversidad étnica y cultural, con procedimientos flexibles, debidamente informada, y sin que la misma signifique un poder de veto de las comunidades ni una actitud arbitraria del Estado. En el caso de que la consulta previa sea desconocida, procede su amparo mediante la acción de tutela.

2.13. **Es un desarrollo del principio democrático de participación**⁴³: Dado que las comunidades étnicas cuentan con un espacio para participar en la discusión y análisis de los diferentes proyectos, obras o actividades y en el

³⁹ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2290 de 2016. Las siguientes citas son del original del texto: ³³ Sentencia T-129 de 2011. Ver igualmente Sentencia T-256 de 2015. / ³⁴ Sentencia T-129 de 2011.

⁴⁰ Sentencia T-129 de 2011.

⁴¹ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2290 de 2016. Las siguientes citas son del original del texto: ³⁹ Sentencia T-005 de 2016. Igualmente Sentencia T-576 de 2014: “No existe, por lo tanto, un procedimiento único para que las consultas se lleven a cabo. La idea es que se determine, en cada caso, qué tipo de escenario sería el más propicio para abordar el tema, para confrontar las posiciones de los participantes y para plantear las observaciones pertinentes, en unas condiciones que, se repite, favorezcan el consenso.” / ⁴⁰ Sentencia T-129 de 2011.

⁴² Corte Constitucional, Sentencias C-461 de 2008, C-175 de 2009, T- 129 de 2011, SU- 123 de 2018.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencias SU- 039 de 1997, C-169 de 2001, T-514 de 2012, T-660 de 2015.

trámite de las medidas legislativas y administrativas, siempre y cuando, con tales medidas, se presente una afectación directa.

La jurisprudencia ha definido diferentes niveles de participación⁴⁴: i) básica, ii) consulta previa y, iii) consentimiento previo, libre e informado. Esto depende del grado de afectación a la comunidad étnica. «Una afectación intensa requiere del consentimiento previo, libre e informado y procede ante: i) el traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; ii) medidas que implican un alto impacto social, cultural y ambiental que ponga en riesgo su subsistencia; o iii) las relacionadas con el almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos –tóxicos– en sus tierras y territorios. En los demás casos procederá, por regla general, la consulta previa, salvo en el caso en el que se evidencia que no existe afectación directa de la comunidad, situación en la que se deberá aplicar el estándar básico de participación»⁴⁵.

2.14. Debe estar orientada a llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas⁴⁶. Al respecto indicó la Sala:

Esto es, que el proceso de consulta previa debe contener acciones claras y eficaces dirigidas a llegar al conceso y la concertación con las comunidades étnicas⁴³, razón por la cual no puede reducirse a “*un mero trámite de reuniones informales sin articulación ni consideración por los derechos que se encuentran en juego en estos procesos*”⁴⁴. Así, se ha reiterado que en todos los procesos de consulta previa “*es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado*” de las comunidades étnicas, de manera que logrado éste, el cumplimiento de lo acordado queda integrado al derecho fundamental del cual se deriva.

Con la claridad, sin embargo, de que este principio opera “*con independencia del resultado que efectivamente se alcance*”⁴⁵ (solo en ciertos eventos es obligatoria la obtención del consentimiento previo⁴⁶), por lo que la obligación de consulta previa no comporta *per se* un derecho a veto en cabeza de las comunidades étnicas⁴⁷.

En todo caso se ha señalado que de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales que le sucedan deben estar desprovistas de arbitrariedad y adoptarse con base en criterios de razonabilidad y proporcionalidad^{48 47}

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-769 de 2009, T-376 de 2012, T-236 de 2017, SU- 123 de 2018.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU- 123 de 2018.

⁴⁶ Sentencia T-550 de 2015.

⁴⁷ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2290 de 2016. Las siguientes citas son del original del texto: ⁴³ Sentencia C-175 de 2009. / ⁴⁴ Sentencia T-129 de 2011 / ⁴⁵ Sentencia T-576 de 2014. / ⁴⁶ El consentimiento previo se exige principalmente (i) cuando la actividad o medida implique el traslado o desplazamiento de las comunidades, (ii) comporte el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una

- 2.15. **El derecho fundamental a la consulta previa comprende la etapa de acuerdos y su cumplimiento:** «En los casos en que la consulta cumple su finalidad y se llega a acuerdos con las comunidades étnicas, estos son vinculantes para las partes⁴⁹. Lo anterior, en tanto que las comunidades étnicas deben tener la posibilidad de revisar y poner de presente sus puntos de vista sobre la intervención, *“no solo de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo”*⁵⁰. Por ello, cuando hay acuerdos, el proceso de consulta solo se cierra con la verificación de cumplimiento de los compromisos acordados. De ahí que, como expone el organismo consultante, el protocolo de los procesos de consulta previa comprende no sólo las etapas de diagnóstico, preconsulta y consulta, sino también las de protocolización de acuerdos y de seguimiento de los mismos».⁴⁸
- 2.16. **Debe observarse el deber de debida diligencia, tanto del Estado como de las empresas, en la realización de la consulta previa**⁴⁹: Esto es, que esta se adelante atendiendo todos los parámetros indicados por los diferentes instrumentos internacionales y nacionales, para que la consulta previa sea eficaz y efectiva. La Corte Constitucional dijo al respecto:

13.7. Para la Sala Plena al utilizar el estándar de debida diligencia de las empresas en relación con el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas es posible determinar si se vulneró el derecho a la consulta previa de una comunidad étnicamente diferenciada, para, posteriormente, valorar la posibilidad de ordenar el remedio judicial correspondiente. Para el efecto resulta necesario, *primero*, verificar si el comportamiento de las empresas fue diligente para la protección los derechos de los pueblos tradicionales, con base en los estándares expuestos anteriormente. Una vez verificado el cumplimiento del deber de diligencia por parte de las empresas, corresponde al juez constitucional, en *segundo* lugar, verificar, a través del principio de proporcionalidad si es procedente o no adoptar determinada medida frente a las actividades de exploración y explotación, teniendo en cuenta los valores constitucionales en

comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma. (Sentencias T-576 de 2014 y T-550 de 2015, entre otras). / ⁴⁷ Sentencia T-661 de 2015. Igualmente Sentencias T-068 de 2013 y C-175 de 2009. En esta última se señaló: “La protección del derecho fundamental a la consulta, entonces, se circunscribe al ejercicio de acciones dirigidas a obtener el consenso o la concertación. Sin embargo, cuando luego de agotado un procedimiento previamente definido, con pretensión de incidencia en la medida a adoptar y llevado a cabo bajo los postulados de la buena fe, las comunidades tradicionales no prestan su consentimiento, no por ello el Estado se ve inhabilitado para proferir la medida legislativa.” / ⁴⁸ Sentencia T-376 de 2012.

⁴⁸ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2290 de 2016. Las siguientes citas son del original del texto: ⁴⁹ Sentencia T-172 de 2013, reiterada en Sentencia T-005 de 2016. / ⁵⁰ Sentencia T-129 de 2011.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencias C-715 de 2012, SU- 123 de 2018.

tensión. En otras palabras, la verificación de la debida diligencia sirve para que las autoridades, en un eventual ejercicio de ponderación, puedan determinar cuáles han sido ejercidos legítimamente.⁵⁰

Estos estándares permiten evidenciar «la especialidad de los procesos de consulta previa y el hecho de que no se han desarrollado sobre la base del derecho común (aplicando las nociones clásicas del derecho administrativo o contractual), sino en un contexto más amplio y flexible que promueve, por encima de la imposición unilateral de decisiones públicas, el uso de mecanismos de diálogo, participación, concertación y cooperación».⁵¹

3. Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance que puedan afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Institución representativa

3.1. Preceptos que fundamentan el deber de adelantar la consulta previa a través de instituciones representativas de las comunidades étnicas

Como se indicó en el capítulo anterior, uno de los estándares orientadores de la consulta previa consiste en el deber de realizarse a través de instituciones representativas de los pueblos o comunidades étnicas. Esta obligación deviene no solo de los instrumentos internacionales ya analizados, sino de nuestra legislación nacional y de los desarrollos jurisprudenciales.

El Convenio 169 de 1989 de la OIT estipuló, como se indicó, en su artículo 6º, numeral 1, literal a., la obligación de los Estados Parte de «consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente». (Subrayas de la Sala)

En igual sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007, le reconoció a estos pueblos el derecho a la libre determinación, en virtud del cual «determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural»⁵². Adicional a ello, y en virtud de tal prerrogativa «tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU- 123 de 2018.

⁵¹ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2290 de 2016.

⁵² Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 3.

internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas»⁵³.

Asimismo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyos órganos representativos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), ha interpretado la aplicación y desarrollo de los derechos reconocidos a las comunidades étnicas a la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y de otras fuentes normativas relevantes en la materia ⁵⁴, lo que significa que estos organismos interamericanos reconocen el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales aunado al derecho de la consulta previa adelantada de conformidad con los estándares fijados, entre los que se encuentra su realización con autoridades representativas de esas comunidades.⁵⁵

⁵³ *Ibidem*, artículo 4.

⁵⁴ 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. Diciembre 30 de 2009. [Disponible En:] <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

«II. FUENTES DE DERECHO Y MARCO JURÍDICO DE LOS DERECHOS TERRITORIALES / A. Los instrumentos interamericanos de derechos humanos y su interpretación / [...] 6. Durante los últimos años, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos ha contribuido a desarrollar los contenidos mínimos del derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, con base en las disposiciones de la Convención Americana y de la Declaración Americana, **interpretadas a la luz de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo [OIT]¹⁵, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁶, del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes relevantes**, conformando un corpus iuris coherente que define las obligaciones de los Estados Miembros de la OEA en relación con la protección de los derechos de propiedad indígenas. En el presente capítulo se analizan las fuentes jurídicas que han servido a los órganos del sistema interamericano, y a otros órganos y mecanismos internacionales de derechos humanos, para derivar los contenidos básicos del derecho a la propiedad indígena sobre tierras, territorios y recursos naturales». Las siguientes citas son del original del texto: ¹⁵ Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, N° 169 (1989), adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión, entrado en vigor el 5 de septiembre de 1991, de conformidad con su artículo 38. / ¹⁶ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de la resolución A/61/295, 61º período de sesiones (13 de septiembre de 2007). (Resaltado de la Sala)

⁵⁵ CorteIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, *op. cit.*, párr. 166: «166. (...) Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia²¹⁷. **De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas**». La siguiente cita es del original del texto: ²¹⁷ «En ese sentido, el artículo 6.1 del Convenio N° 169 de la

Nuestra jurisprudencia precisó la obligación de adelantar la consulta previa a través de instituciones representativas de los pueblos o comunidades étnicas. En la Sentencia T-576 de 2014, atrás referida, la Corte Constitucional fijó los elementos de este estándar de la consulta previa:

-La consulta debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas o tribales

4.12. La exigencia de realizar la consulta a través de instituciones representativas obliga a las autoridades de cada Estado a indagar por las instituciones que reúnan tal representatividad según lo que las propias comunidades hayan definido.¹⁵⁰ Si las comunidades no cuentan con instituciones que los representen, el Estado debe apoyar su formación y proveer recursos para tal efecto, cuando resulte necesario.¹⁵¹

En relación con dicho requisito, los órganos de control y vigilancia de la OIT han precisado, primero, que el Convenio 169 no impone un modelo específico de instituciones representativas. Lo importante, han dicho, es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas o tribales, según corresponda. Como punto adicional, han resaltado la manera en que las características del país, las especificidades de la comunidad respectiva y el tema y el alcance de la consulta pueden contribuir a identificar a esas instituciones representativas en cada caso. También es importante considerar que esas instituciones pueden ser representativas de una única comunidad, o de varias, a nivel regional o nacional.⁵⁶

OIT, dispone que “[a] aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [y] b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, [...] a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”. Del mismo modo, el artículo 36.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas establece que “los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho”. Por otro lado el artículo 38 del mismo instrumento dispone que “[l]os Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la [...] Declaración”. (Resaltado de la Sala)

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2014. Las siguientes citas son del original del texto: ¹⁵⁰El artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas consagra, en los mismos términos del Convenio 169, que los Estados deben celebrar consultas y cooperar 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. / ¹⁵¹La Guía para la Aplicación del Convenio 169 explica que el compromiso de los Estados signatarios del Convenio 169 con el apoyo y la entrega de recursos para el fortalecimiento de las instituciones representativas de las comunidades indígenas o tribales tiene que ver con el hecho de que estas se hayan visto afectadas por procesos discriminatorios que han socavado la legitimidad, la capacidad y la base de recursos de la mayoría de sus instituciones de gobierno.

De lo señalado por la Corte Constitucional se desprende que estas instituciones se caracterizan porque:

- a. Son las propias comunidades las que definen las instituciones que las representen;
- b. No existe un modelo específico de instituciones representativas;
- c. Deben ser el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas o tribales;
- d. La representatividad puede ser: *i)* de una única comunidad, *ii)* de varias comunidades, *iii)* operar a nivel regional, o *iv)* operar a nivel nacional.

De otro lado, la Corte evidencia como obligaciones del Estado:

- a. Indagar por las instituciones de la comunidad étnica que reúnan la representatividad. Para su identificación se deben tener en cuenta, tal como lo han indicado los órganos de control y vigilancia de la OIT, «las características del país, las especificidades de la comunidad respectiva y el tema y el alcance de la consulta»;
- b. Apoyar la formación de instituciones representativas en aquellas comunidades que no cuenten con ellas, y proveer los recursos para tal efecto, de ser necesario.

3.2. **Espacio Nacional de Consulta Previa de medidas de amplio alcance como institución representativa**

Las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales tienen diferentes instituciones de representación, tales como: los consejos comunitarios; las diferentes formas y expresiones organizativas señaladas en las normas legales⁵⁷; las comisiones consultivas departamentales, distrital de Bogotá, y de Alto

⁵⁷ Decreto 1066 de 2015, artículo 2.5.1.1.22. «**Definiciones.** Para los efectos del presente capítulo se entiende por: **1. Formas o expresiones organizativas.** Son manifestaciones que, en ejercicio del derecho constitucional de participación, asociación y de la autonomía de conjuntos de familias de ascendencia negra, afrocolombiana, raizal o palenquera que reivindican y promueven su cultura propia, su historia, sus prácticas tradicionales y costumbres, para preservar y proteger la identidad cultural, y que estén asentados en un territorio que por su naturaleza no es susceptible de ser titulada de manera colectiva. // **2. Organizaciones de Base de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.** Son asociaciones comunitarias integradas por personas de las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales o Palenqueras; que reivindican y promueven los derechos étnicos y humanos de estas comunidades. // **3. Organizaciones de Segundo Nivel.** Son asociaciones de Consejos Comunitarios, formas y expresiones organizativas y/o organizaciones de base que agrupan a más de dos (2), inscritas en el Registro Único de la Dirección de Asuntos para

Nivel, y las demás que determine la ley.⁵⁸ Cada una de estas instituciones tiene diferentes finalidades:

- La Comisión Consultiva de Alto Nivel es «una instancia mixta de diálogo e interlocución entre las citadas comunidades y el Gobierno nacional, con el objeto de adelantar el seguimiento de la reglamentación y la aplicación efectiva de las disposiciones previstas en la Ley 70 de 1993 y sus decretos reglamentarios».⁵⁹
- Las comisiones consultivas departamentales y la del Distrito Capital de Bogotá cumplen funciones similares a las desarrolladas por la Comisión Consultiva de Alto Nivel, pero en instancias territoriales.⁶⁰
- Los consejos comunitarios «son la autoridad étnica encargada de administrar los Territorios Colectivos de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras»⁶¹

Asimismo, como una institución de representación, fue creado el Espacio Nacional de Consulta Previa de medidas de amplio alcance, como consecuencia de un proceso de consulta previa ordenado por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-576 de 2014, luego de haber fracasado un primer intento de creación debido a que el Gobierno, al expedir la Resolución 121 de 2012, limitó la participación sólo para aquellas comunidades que acreditaran títulos de dominio de tierras, y, además, omitió consultar dicho acto administrativo pese a la trascendencia de los asuntos que se iban a definir a través del Espacio referido.⁶²

Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, siempre y cuando el área de influencia de la organización de segundo nivel corresponda a más de la tercera parte de los departamentos donde existan comisiones consultivas».

⁵⁸ Decreto 1066 de 2015, artículo 2.5.1.1.12.

⁵⁹ Ley 70 de 1993, artículo 45 y Decreto 1066 de 2015, artículo 2.5.1.1.1.

⁶⁰ Decreto 1066 de 2015, artículo 2.5.1.1.7.

⁶¹ Ley 70 de 1993, artículo 5º.

Además, ver la siguiente página web: www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11028.pdf

⁶²La Corte Constitucional, en la referida sentencia, señaló lo siguiente sobre la competencia para determinar la institución representativa de minorías étnicas: «Y es que, se repite, no son las autoridades administrativas ni las judiciales las llamadas a establecer qué institución representa legítimamente a determinada minoría étnica. La tarea del Estado en esta materia consiste en facilitar los procesos de decisión que permitan que sean las propias comunidades las que identifiquen a sus instituciones representativas. Lo que no es posible es que estas sean impuestas. Dado que el Convenio 169 insta a que sean las comunidades interesadas quienes definan, en ejercicio de su autonomía, qué instituciones las representan²⁴¹, no corresponde a la Sala, tampoco, determinar qué organizaciones ostentan ese carácter representativo». La siguiente cita es del original del texto: Además, los organismos de control del Convenio 169 han advertido que la identificación de esas instituciones representativas debe considerar las características del país, las especificidades de la comunidad respectiva y el tema y el alcance de la consulta. A esto se refieren los fundamentos jurídicos 4.12 y 4.13 de esta providencia.

Este Espacio Nacional de Consulta Previa creado por las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en ejercicio de su derecho de participación, autonomía y autodeterminación, es la institución representativa, legítima y operativa⁶³ para adelantar los procesos de consulta previa de las medidas de amplio alcance que las afecten directamente.⁶⁴

Estas comunidades al crear este Espacio establecieron sus propias reglas de funcionamiento de acuerdo con su cosmovisión, sus propias costumbres, formas de vida, gobernanza, prácticas tradicionales y procedimientos culturalmente aceptados, lo que reafirma su propia identidad. Todo esto dota al Espacio de representatividad no solo en materia de consulta previa de medidas legislativas y administrativas de amplio alcance que puedan afectarlas, sino para solucionar los conflictos y dificultades que se presenten en su funcionamiento.

4. Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance que puedan afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Reglas de funcionamiento. Integración del Espacio y elección de delegados

Como se indicó en el acápite anterior, la regulación del Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, que se encuentra contenida en el Decreto 1372 de 2018, que adicionó el Decreto 1066 de 2015 (DUR del Sector del Interior), fue aprobada en el marco de una consulta previa.

Ello por cuanto, dicho Espacio tendría la potestad de actuar como un órgano o institución de consulta previa de las medidas de amplio alcance que pudiesen afectar, de manera directa, a las comunidades étnicas referidas, a tal punto que su estatus podía verse alterado, de manera positiva o negativa, por la definición de

⁶³ Decreto 1066 de 2015, artículo 2.5.1.4.1., norma incorporada por el Decreto 1372 de 2018.

⁶⁴ En su acto de creación se definieron las pautas para su integración y funcionamiento, las cuales quedaron debidamente protocolizadas, según acta de protocolización suscrita en el distrito de Santa Marta, Magdalena, el 12 de octubre del 2015, en los municipios de Girardot, Cundinamarca, el día 2 de abril de 2016, de Melgar, Tolima, el día 19 de junio de 2016 y Bogotá, D. C., el 27 de octubre de 2017, tal como se lee en el considerando noveno, del Decreto 1372 de 2018.

Es de anotar que fue mediante el Decreto 1372 de 2018 que se incorporaron los criterios y reglas al ordenamiento jurídico, como una manifestación de que los mismos fueron acogidos por el Gobierno nacional. Ello se lee en el último considerando del citado decreto que dice: «Que el Gobierno nacional considera conveniente acoger y validar las pautas acordadas para la regulación del Espacio Nacional de Consulta Previa, las cuales se establecen en la parte resolutive del presente decreto».

aspectos que podrían, de una u otra forma, impactar en las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales de tales comunidades.

Así lo indicó la Corte Constitucional, en Sentencia T-576 de 2014⁶⁵:

El acto administrativo anunció, en su parte considerativa, que el *Espacio Nacional de Delegados* se encargaría de i) definir el nuevo mecanismo de participación de las comunidades negras y de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y de reglamentar ii) la Comisión Consultiva de Alto Nivel iii) los requisitos para el registro de los consejos comunitarios y iv) las formas organizativas de los raizales.

Esto significaba, ni más ni menos, que los delegados tenían en sus manos la adopción de la hoja de ruta que guiaría el desarrollo de los procesos de consulta previa de las medidas susceptibles de afectar a las comunidades negras y la definición de las pautas a las que se sujetarían algunos de sus espacios y mecanismos de participación, interlocución y representación, como los consejos comunitarios y la Comisión Consultiva de Alto Nivel.

[...]

La hipótesis de afectación directa que activaba la necesidad de la consulta se estructuró, así, por cuenta de la integración de una instancia que tendría la potestad de actuar como órgano de consulta previa de las comunidades negras, raizales y palenqueras frente a decisiones tan trascendentales como la conformación de sus nuevos espacios de participación y la definición de los parámetros en virtud de los cuales se realizaría el registro de los consejos comunitarios y las organizaciones de raizales. Todo esto, sumado a la cláusula abierta que habilitaba al Espacio Nacional de Delegados para participar en la consulta previa de todos los “proyectos de ley, medidas administrativas y demás actos que lo requirieran” permiten concluir que, en efecto, el contenido de la Resolución 121 de 2012 podía alterar el estatus de las comunidades negras, en tanto involucraba la definición de aspectos que podrían impactar, de manera grave, en el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales de participación, consulta previa, autodeterminación e integridad cultural.

Dicha regulación se ocupó de dos grandes aspectos: de un lado, la integración de dicho Espacio y la elección de sus delegados; y de otro, la definición de sus reglas de funcionamiento.

4.1. Integración y elección de delegados

⁶⁵En esta sentencia, la Corte Constitucional falló una tutela interpuesta para que se «amparen los derechos fundamentales a la consulta previa; al consentimiento previo, libre e informado; a la participación; a la igualdad y al debido proceso de las comunidades negras del país, los cuales habrían sido vulnerados por el Ministerio del Interior, al expedir la Resolución 121 de 2012, “por la cual se convoca a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a Asambleas Departamentales y se dictan otras disposiciones”», debido a que, en tal acto administrativo, el Ministerio del Interior limitó la participación de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras solo para aquellas que tuvieran «título colectivo adjudicado por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) y a los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina».

El Espacio Nacional de Consulta Previa de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras está integrado por los delegados de dichas comunidades⁶⁶, elegidos de conformidad con los siguientes criterios de integración:

Artículo 2.5.1.4.2. *Criterios para la integración del Espacio Nacional de Consulta Previa.* El Espacio Nacional de Consulta Previa está integrado conforme a los siguientes criterios:

1. Territorial. Para garantizar la participación de los territorios colectivos, todos los departamentos del país donde existan territorios titulados, en trámite de adjudicación colectiva o territorios ancestrales, designarán a un delegado por derecho propio por departamento. Igualmente, designarán a un delegado adicional por cada ciento cincuenta mil hectáreas (150.000 ha) tituladas o en trámite de titulación que existan en el respectivo departamento, conforme a la certificación que para el efecto expida la Agencia Nacional de Tierras o quien haga sus veces.

2. Poblacional. Para garantizar la participación de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras asentadas en las áreas urbanas del país, se designará a un (1) delegado por cada departamento, y a otro por el Distrito Capital de Bogotá. En todos los casos se asignará a un delegado adicional por cada ciento cincuenta mil (150.000) habitantes que se hubieren autorreconocido como afrodescendientes, de acuerdo con el último censo poblacional del DANE por cada departamento y por el Distrito Capital de Bogotá.

3. Distrital. Se designará un (1) delegado para representar a cada uno de los distritos especiales turísticos y portuarios del país, que corresponden a Cartagena de Indias, Barranquilla, Santa Marta y Riohacha en el Caribe; Buenaventura en el Pacífico; el Distrito Capital de Bogotá, y los Distritos que llegaren a crearse de conformidad con la ley.

4. Participación especial. En reconocimiento de las particularidades étnicas, poblacionales y territoriales especiales del departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; San Basilio de Palenque y las capitánías del Cauca, se designará a un (1) delegado adicional por cada uno de ellos.

5. Enfoque diferencial. Para garantizar la participación de los diversos enfoques diferenciales que concurren en las diferentes expresiones organizativas adoptadas por las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de nivel nacional, se designará a un (1) delegado nacional por cada uno de los siguientes sectores poblacionales:

5.1. Jóvenes.

⁶⁶ Decreto 1066 de 2015 (DUR Sector del Interior), artículo 2.5.1.4.3., norma incorporada por el Decreto 1372 de 2018.

5.2. Mujeres.

5.3. Víctimas.

5.4. LGBTI.

5.5. Personas con discapacidad.

5.6. Adulto mayor.

6. Equilibrio regional. Para garantizar el equilibrio regional, los departamentos del Chocó, Cauca, Valle del Cauca y Nariño tendrán un máximo de veintiséis (26) delegados, cada uno de ellos. Igualmente, en reconocimiento a las particularidades poblacionales y territoriales especiales se le asignan quince (15) delegados al Distrito Capital de Bogotá.

7. Equidad de género. En reconocimiento del papel cohesionador que en la cultura negra, afrocolombiana, raizal y palenquera cumplen las mujeres, se garantizará su participación en cada uno de los criterios antes mencionados.

[...] ⁶⁷

Son las comunidades, en cada uno de sus territorios, y en ejercicio de su autonomía, las encargadas de velar por el cumplimiento de dichos criterios.⁶⁸ Los delegados son elegidos por consenso o por votación, en asambleas departamentales o distritales, según el caso, previa convocatoria que realizan, en concertación, el Ministerio del Interior y delegados del Espacio Nacional de Consulta Previa.⁶⁹

El período de los delegados es institucional de 4 años; no obstante, el primer período de los delegados elegidos para la conformación e instalación de dicho

⁶⁷ Decreto 1066 de 2015 (DUR Sector del Interior), artículo 2.5.1.4.2., norma incorporada por el Decreto 1372 de 2018.

⁶⁸ *Ibidem* artículo 2.5.1.4.2., párrafo 4º. norma incorporada por el Decreto 1372 de 2018: «El cumplimiento de los criterios señalados corresponde a las comunidades en su territorio, en ejercicio de su autonomía».

⁶⁹ *Ibidem*, artículo 2.5.1.4.6.: «Elección de los delegados. Los delegados de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del Espacio Nacional de Consulta Previa de que trata el presente decreto serán elegidos por consenso o por votación, en asambleas departamentales y distritales según corresponda, mediante convocatoria realizada por el Ministerio del Interior en concertación con los delegados al Espacio Nacional de Consulta Previa, según corresponda, elección que se llevará a cabo dentro de los dos (2) meses anteriores al vencimiento del periodo del respectivo Espacio Nacional de Consulta Previa».

Espacio se previó hasta el 30 de marzo de 2020, el cual fue prorrogado en varias oportunidades, así:

Acta de protocolización de la decisión de prórroga del período de los delegados	Decreto	Período
Acta del 27 de octubre de 2017	Dec. 1372 del 2 de agosto de 2018, artículo 2.5.1.4.7, párrafo transitorio	Período culmina el 30 de marzo de 2020
Acta del 8 de marzo de 2020	Dec. 496 del 30 de marzo de 2020	Período culmina el 31 de diciembre de 2020
Acta de protocolización del 12 al 19 de noviembre de 2020	Dec. 1764 del 23 de diciembre de 2020	Período culmina el 30 de septiembre de 2021
Acta de protocolización del 29 y 30 de junio de 2021	Dec. 1181 del 30 de septiembre de 2021	Período culmina el 30 de septiembre de 2022
Acta de protocolización del 22 de septiembre de 2022	Dec. 1966 del 30 de septiembre de 2022	Período culmina el 31 de mayo de 2023

Debe anotarse que el período inicial de los delegados del Espacio Nacional de Consulta Previa había sido determinado en el marco de la primera reunión de consulta previa constituida para definir las pautas de funcionamiento de dicho órgano; y, la modificación de tal período fue aprobada por la plenaria del Espacio Nacional de Consulta Previa, como autoridad representativa, lo que se evidencia de las diferentes actas de protocolización que habilitan tales prórrogas.

En conclusión, las pautas de integración y elección de delegados obedecen a la autonomía que tienen las comunidades étnicas para regularse, de conformidad con su propia cosmovisión, sus propias costumbres y tradiciones, y, sus procedimientos culturalmente aceptados.

4.2. Reglas de funcionamiento

De conformidad con lo señalado por el Decreto 1372 de 2018, al Espacio Nacional de Consulta Previa se le asignaron funciones tendientes a desarrollar su objeto como instancia de consulta previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, tales como: *i)* servir de instancia de diálogo e interlocución con el Gobierno nacional en las diferentes etapas de la consulta previa; *ii)* adelantar la etapa de protocolización de la consulta previa, es

decir, suscribir los acuerdos y los puntos de desacuerdo respecto de los proyectos sujetos a análisis; y, *iii*) crear y adoptar un protocolo de consulta previa. Adicionalmente, se le asignó una función que podría catalogarse como administrativa consistente en «darse su propio reglamento».⁷⁰

En el reglamento se debe regular lo relacionado con el funcionamiento operativo de dicho Espacio, pero también es allí donde se señalan los criterios que se deben tener en cuenta para la invitación a funcionarios del Gobierno o a un tercero y el número de integrantes de las diferentes comisiones, las cuales tienen como límite máximo de integrantes 50 delegados.⁷¹

Este órgano representativo deberá sesionar mínimo 2 veces al año⁷², para lo cual deberá ser convocado por el Ministerio del Interior⁷³. Está conformado por 7 comisiones permanentes, cada una de las cuales tiene asignados unos temas específicos de conocimiento y estudio⁷⁴, sin embargo, no tienen poder decisorio, sino de recomendación a la plenaria sobre los temas que les compete.⁷⁵

La regulación también da la posibilidad de que se conformen comisiones accidentales para tratar temas coyunturales o que no sean propios de las comisiones permanentes. Su funcionamiento es eminentemente temporal, de tal manera que en su conformación se deben definir el propósito, la duración y el número de delegados, que no pueden superar los 50 delegados.⁷⁶

Además, en armonía con lo señalado respecto a la competencia de las comisiones permanentes, una comisión accidental tampoco tendría poder de decisión, su función se limita a conocer y estudiar el tema asignado para, posteriormente, recomendar a la plenaria, la que finalmente es la competente para decidir.

Esta regulación del Espacio Nacional de Consulta Previa, como se indicó, es la materialización del ejercicio, por parte de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, de varios de sus derechos fundamentales, como son la participación en las decisiones que involucran sus derechos e intereses⁷⁷; la consulta previa, como una modalidad de participación, que se activa cuando se identifica la existencia de una afectación directa; la autonomía y la autodeterminación «[c]omo una manifestación del derecho fundamental a la identidad y a la integridad económica, social y cultural [...] garantías superiores que

⁷⁰*Ibidem*, artículo 2.5.1.4.4., norma incorporada por el Decreto 1372 de 2018.

⁷¹*Ibidem*, artículo 2.5.1.4.8., norma incorporada por el Decreto 1372 de 2018.

⁷²*Ibidem*, artículo 2.5.1.4.10., norma incorporada por el Decreto 1372 de 2018.

⁷³*Ibidem*, artículo 2.5.1.4.3., párrafo, norma incorporada por el Decreto 1372 de 2018.

⁷⁴*Ibidem*, artículo 2.5.1.4.11., norma incorporada por el Decreto 1372 de 2018.

⁷⁵*Ibidem*, artículo 2.5.1.4.11., párrafo 1º, norma incorporada por el Decreto 1372 de 2018.

⁷⁶*Ibidem*, artículo 2.5.1.4.11., párrafo 2º, norma incorporada por el Decreto 1372 de 2018.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-072 de 2021.

propenden por su supervivencia como grupos étnica y culturalmente diferenciados». ⁷⁸

De lo expuesto, analizados los criterios y las reglas de integración y funcionamiento de dicho Espacio, los cuales fueron expedidos por las mismas comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en ejercicio de su autonomía, autodeterminación y autogobierno, y, atendiendo sus procedimientos culturalmente aceptados, su cosmovisión y sus tradiciones, se concluye que es esta la institución llamada a dilucidar los conflictos, inconformidades e impugnaciones que se hayan presentado en el proceso de elección de los nuevos dignatarios, adelantado en cada una de las asambleas departamentales y distritales. Incluso, en dicha condición de institución representativa, el Espacio ya había aprobado la modificación del período de los delegados actuales, prorrogándolo en varias oportunidades, como se evidenció.

5. Inconformidades e impugnaciones respecto de algunos procesos de designación de delegados. Manifestación del derecho fundamental de petición

Del análisis de la regulación existente y allegada por el Ministerio del Interior sobre el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, la Sala, efectivamente, observa que no existe un procedimiento para atender los conflictos, inconformidades e impugnaciones que se presenten en el proceso de elección de designados.

Consciente la Sala, tal como lo ha explicado a través del presente concepto, de la prevalencia de los principios de autonomía, autogobierno y autodeterminación de que gozan las comunidades étnicas, con fundamento en los cuales son ellas las llamadas a fijar sus propias reglas de funcionamiento, y ante el vacío existente y la inminencia del inicio del período de los nuevos designados ante el Espacio, se presenta como una alternativa para resolver los diferentes conflictos, inconformidades e impugnaciones darle aplicación a la Constitución Política en lo relacionado con el derecho de petición, regulado en el artículo 23. ⁷⁹

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2019.

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2019: «[...]son estas [comunidades indígenas] quienes deben decidir por sí mismas lo inherente a su comunidad en los ámbitos cultural, espiritual, político y jurídico⁵⁶, sin desconocer, claro está, los valores, principios y derechos fundamentales de orden constitucional como lineamientos y límites de orden superior, ya que "(s)ólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural"⁵⁷, siempre y cuando se respete el contenido esencial de la Constitución que precisamente es el que hace posible el pluralismo. **En este sentido, el Estado reconoce la diferencia cultural, pero bajo la premisa de integración al resto del orden nacional, dado que estos pueblos indígenas no se consideran naciones independientes, su**

Cuando una persona no se encuentra conforme o satisfecha con una decisión y decide controvertirla, está ejerciendo su derecho fundamental de petición, herramienta importante de participación que tienen los ciudadanos, como una forma de materializar el principio democrático de nuestro Estado social de derecho, por cuanto, a través de este instrumento, las personas piden explicaciones, solicitan rectificaciones, etc. Este derecho se encuentra contenido en el artículo 23 de la Carta Política, que señala:

ARTÍCULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

El derecho de petición es un instrumento que garantiza la efectividad de otros derechos fundamentales, v. gr. la información, la intimidad, elegir y ser elegido, la participación democrática, la libertad de expresión, entre otros. Esto ha dicho la jurisprudencia al respecto:

Se trata entonces de un derecho fundamental de aplicación inmediata (art. 86 CP) cuyos titulares son todas las personas mayores o menores de edad, nacionales o extranjeros, **que permite acudir ante las diversas autoridades o ante los particulares, para la protección de derechos fundamentales** verbalmente o por escrito, para obtener pronta solución sobre lo solicitado. Esta prescripción normativa cumple una función valiosa para las personas, en tanto **por medio de este instrumento se garantizan otros derechos fundamentales** y se puede tener acceso a información y documentación que repose en las entidades sobre situaciones de interés general o particular, siempre y cuando se atienda lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución, esto es que no se trate de información que por ley tenga el carácter de reservada. La jurisprudencia de esta Corporación se ha ocupado de explicar su alcance, haciendo énfasis en su importancia para hacer efectiva la participación democrática:

“El derecho fundamental de petición, consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, **es determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, pues permite a toda persona solicitar a las autoridades la adopción de decisiones o la formulación de explicaciones acerca de las decisiones adoptadas y que de manera directa o indirecta les afectan.** Así mismo, el derecho de petición también puede conllevar solicitudes de información o documentos, copias, formulación de consultas, etc., esto, en virtud de los artículos 5 y subsiguientes del Código Contencioso Administrativo. De esta forma, la voluntad del Constituyente de incluir el derecho de petición dentro del capítulo de la Carta Política conocido como “de los derechos fundamentales” no fue otra que garantizar, de manera expresa, a los gobernados la resolución pronta y oportuna de la cuestión que les atañe, pues de nada

nacionalidad es colombiana⁵⁶». (Resaltado de la Sala). Las siguientes citas son del original del texto: ⁵⁶ Sentencia T-973 de 2009, T-973 de 2014, entre otras. / ⁵⁷ Sentencia T-349 de 1996. / ⁵⁸ Sentencia T-903 de 2009. Ver también Sentencia T-514 de 2009.

serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.”¹⁰⁵

[...]

Esta Corporación se ha pronunciado en incontables ocasiones sobre el derecho de petición. En esas oportunidades ha resaltado la importancia de esa garantía para las personas, toda vez que se convierte en un derecho instrumental¹¹⁴ que facilita la protección de otros derechos, como por ejemplo, la **participación política**, el acceso a la información y la **libertad de expresión**. El derecho de petición es *"uno de los derechos fundamentales cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente el servicio de la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas (artículo 2o. Constitución Política)"*^{115 80} (Resaltados de la Sala, excepto los del último párrafo que son propios del texto)

Adicionalmente, el derecho de petición «tiene relación con el artículo 209 de la Carta Política, que regula los **principios de la función pública**, como quiera que las solicitudes de las personas configuran la forma por excelencia, con la cual se inician las actuaciones de las autoridades, las cuales deben ceñirse a tales principios. Es así como, en el procedimiento del derecho de petición, las entidades estatales y particulares deben actuar guiadas por la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad».⁸¹ (Énfasis propio del texto)

Este derecho fundamental tiene unos elementos estructurales que guían su efectividad: *i)* el derecho que tiene toda persona a presentar peticiones a las autoridades por motivos de interés general, *ii)* puede ser elevado de forma escrita o verbal, *iii)* debe formularse de manera respetuosa, de tal forma que puede ser rechazado si se eleva en términos irrespetuosos, *iv)* la informalidad: no tiene que invocarse la norma constitucional que lo regula, *v)* prontitud en la resolución de la petición, y, *vi)* la facultad del legislador de reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.⁸²

⁸⁰ Sentencia C-951 de 2014. Las siguientes citas son del original del texto: ¹⁰⁵ Sentencia T-998 de 2006. / ¹¹⁴ Sentencia C-748 de 2011 y T-167 de 2013. Sobre el particular la segunda providencia precisó que *"el derecho de petición se considera también un derecho instrumental, puesto que es un vehículo que permite y facilita el ejercicio de muchos otros derechos, tanto fundamentales como sin esa connotación. Igualmente ha resaltado la Corte que esta garantía resulta esencial y determinante como mecanismo de participación ciudadana, dentro de una democracia que se autodefine como participativa"*. / ¹¹⁵ Sentencia T-012 de 1992.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*. Esta sentencia hace referencia a la Sentencia C-818 de 2011 que es la que desarrolla los elementos estructurales del derecho de petición.

La jurisprudencia también ha definido unas reglas en relación con el derecho de petición, entre las que se enlistan, las siguientes: *i)* la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, *ii)* resolución pronta y oportuna, *iii)* respuesta oportuna, clara, precisa, congruente y que sea puesta en conocimiento del peticionario, *iv)* la respuesta no implica aceptación de lo solicitado, *v)* se aplica, por regla general, ante las entidades estatales, y ante particulares cuando lo determine la ley.⁸³

Cuando el derecho de petición se eleva ante particulares, la Corte Constitucional ha diferenciado tres situaciones:

1. cuando el particular presta un **servicio público** o cuando realiza **funciones de autoridad**, el derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la Administración. **2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata.** 3. Si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.⁸⁴ (Resaltado de la Sala)

Interesa resaltar la segunda situación contemplada por la Corte Constitucional para que proceda el derecho de petición ante particulares: **«cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata».**

En el caso que ocupa a la Sala, los conflictos, inconformidades e impugnaciones están relacionadas con el proceso de elección de algunos de los delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Se trata entonces de garantizar el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a elegir y ser elegido (artículo 40 - 1 C. Pol.).

En este caso, las peticiones materializadas a través de las inconformidades e impugnaciones planteadas al interior de algunas de las asambleas departamentales convocadas para la elección de los delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa se constituyen en el medio para hacer efectivo el derecho fundamental a elegir y ser elegido; es decir, el derecho fundamental de petición es el medio para hacer efectivo el derecho fundamental electoral; ambos derechos propios de una democracia participativa y principio fundamental del Estado Social de Derecho.

La Corte Constitucional fijó unas reglas respecto del derecho de petición, cuando este es ejercido por personas pertenecientes a comunidades étnicas, quienes

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ *Ibidem.*

gozan de especial protección constitucional. Al respecto, diferenció dos situaciones en que es ejercido este derecho: la primera, cuando la petición es elevada ante una entidad o funcionario del orden mayoritario, o ante un particular de la cultura occidental; y, la segunda, cuando la petición es dirigida ante una de las autoridades tradicionales.

En la primera hipótesis, la Corte señaló que dicha petición y la contestación se deben regir por la Constitución y por las normas estatutarias en relación con el derecho de petición, de manera general. En la segunda hipótesis, la Corte resguardó la autonomía étnica, la cosmovisión y organización de los procedimientos tribales, por lo que amparó el derecho de petición haciéndolo compatible con los usos, costumbres, tradiciones y organización interna del grupo étnico, dado que dichas comunidades reconocían reglas para el ejercicio de ese derecho al interior de sus organizaciones. Señaló dicha Corporación:

40. Respecto del derecho de petición cuando este es ejercido por personas indígenas, pueden distinguirse dos situaciones en la jurisprudencia constitucional. Estas se clasifican en función de la naturaleza y la identidad cultural del destinatario de la solicitud.

40.1. La primera situación es aquella en la cual los miembros de una comunidad, o esta a través de sus autoridades propias, formulan una petición dirigida a una entidad o funcionario del orden mayoritario, o a un particular de la cultura occidental, y reclaman su respuesta por vía de tutela.

Al pronunciarse sobre ese tipo de circunstancias, en una vasta línea jurisprudencial, la Corte Constitucional ha establecido la importancia que tiene el derecho de petición en la consolidación de un intercambio cultural respetuoso, en la medida en que se torna en un elemento de diálogo entre distintas concepciones de mundo¹⁸⁷. Además, al valorar la lesión al derecho de petición en los casos concretos, ha optado por aplicar los desarrollos legales y jurisprudenciales previstos en el seno de la cultura mayoritaria¹⁸⁸.

[...]

De este breve recuento jurisprudencial [se refiere a las sentencias T-567 de 1992, T-079 de 2001, T-801 de 2012, T-397 de 2018, T-148 de 2020 y T- 154 de 2021] se extrae la regla conforme la cual en los eventos en que las comunidades indígenas o sus integrantes formulan una petición dirigida a una autoridad de la cultura mayoritaria, o a un particular, la petición y la contestación se rigen por la Constitución y por las normas estatutarias en relación con el derecho de petición, de manera general. Esa ha sido una postura unívoca y constante.

40.2. La segunda situación es aquella en la cual la petición es formulada por un comunero y es **dirigida a** una de las **autoridades tradicionales**. En esta hipótesis el ejercicio del derecho fundamental de petición se concreta al interior del mismo grupo étnico.

[...]

Las tres decisiones referidas [se refiere a las sentencias T-932 de 2001, T-903 de 2009 y T-510 de 2020] se orientaron por la aplicación de las reglas del derecho de petición para la

generalidad de la sociedad colombiana, sin efectuar consideraciones diferenciales. Cabe señalar que en cada uno de esos asuntos concretos las partes no se pronunciaron sobre la existencia de canales de trámite específicos para las peticiones, ni sobre una forma distinta a la escrita para su presentación; tampoco reivindicaron la autonomía indígena. Así, se aplicaron las normas y los esquemas mayoritarios sobre el derecho de petición, cuando la solicitud fue formulada por un miembro de la comunidad ante las autoridades tradicionales que la rigen, pues no hubo oposición que alertada sobre la necesidad de actuar en respaldo de alguna cosmovisión u organización de los procedimientos tribales.

41. No obstante, de cara a los principios que rigen la intervención del juez de tutela en los escenarios en los que la autonomía indígena pueda resultar comprometida, es preciso forjar esquemas de resguardo del derecho de petición que sean compatibles con los usos, costumbres, tradiciones y organización interna del grupo étnico. En esas situaciones, la remisión a las normas generales que han sido concebidas desde la sociedad mayoritaria puede ser lesiva de los esquemas culturales específicos de una comunidad y de la autonomía que tiene para dirigir su dinámica interna.⁸⁵ (Énfasis propio del texto)

En consecuencia, para el caso objeto de consulta, dado que la alternativa propuesta es tramitar los conflictos, inconformidades e impugnaciones por la vía del derecho de petición, y este se tramitaría ante el Espacio Nacional de Consulta Previa, en pleno, para medidas de amplio alcance, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, como autoridad representativa, y dado que no se conocen reglas tradicionales para el ejercicio de su derecho de petición, lo conducente, y de manera supletiva, será acudir a las reglas establecidas para todos los ciudadanos en materia del derecho de petición, acorde con la Carta, que son las desarrolladas por el CPACA, mientras las mismas comunidades adoptan sus propias reglas en esta materia, de conformidad con sus costumbres, usos, tradiciones y organización interna.

En este punto, la Ley Estatutaria 1755 de 2015, que sustituyó el capítulo que desarrollaba el derecho de petición contenido en la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – (CPACA), regula el derecho de petición, en sus artículos 13 al 33. El artículo 32⁸⁶ reglamenta este

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-221 de 2021. Las siguientes citas son del original del texto: 187 Sentencia T-154 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. / 188 Sentencias T-357 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger) y T-058 de 2021 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁸⁶ Ley 1755 de 2015 (incorporada al CPACA), **artículo 32. DERECHO DE PETICIÓN ANTE ORGANIZACIONES PRIVADAS PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona podrá ejercer el derecho de petición para garantizar sus derechos fundamentales ante organizaciones privadas con o sin personería jurídica, tales como sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes. // Salvo norma legal especial, el trámite y resolución de estas peticiones estarán sometidos a los principios y reglas establecidos en el Capítulo I de este título. // [...]

El aparte subrayado fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-951 de 2014: «bajo el entendido de que al derecho de petición ante organizaciones privadas se aplicarán, en lo pertinente, aquellas disposiciones del Capítulo I que sean compatibles con la naturaleza de las funciones que ejercen los particulares»

derecho elevado ante organizaciones privadas, con o sin personería jurídica, para garantizar los derechos fundamentales, y remite a los principios y reglas establecidos en el Capítulo I (Derecho de petición ante autoridades. Reglas generales) del Título II (Derecho de petición) el trámite y resolución de estas peticiones.

En estas disposiciones se consagran los siguientes elementos para tener en cuenta al momento de resolver las inconformidades o impugnaciones dentro del proceso de elección de los delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa:

- a. El derecho de toda persona a presentar peticiones respetuosas y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma. (arts. 13 y 19)
 - b. No se requiere invocar el artículo 23 de la Constitución para que se le de trámite a la petición. (art. 13)
 - c. Mediante dicho derecho se puede solicitar, entre otras: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos. (art. 13)
 - d. Es gratuito y se puede ejercer directamente (no requiere de abogado). (art. 13)
 - e. Debe resolverse dentro de los 15 días siguientes a su recepción, salvo que una ley especial consagre un término especial. (art. 14)
 - f. Si no es posible resolver la petición dentro del término, se debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto. (art. 14, párrafo)
 - g. Se pueden presentar verbalmente (debe quedar constancia de esta) o por escrito (mediante cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos). (art. 15)
 - h. Proceden los recursos del CPACA (art. 15)
-

- i. La petición se debe acompañar con los documentos e informaciones requeridos por ley. En el acto de recibo, debe indicarse cuales faltan. Si se insiste en la radicación, así se hará dejando constancia de los requisitos que falten. (art. 15)
- j. Las peticiones deben contener: *i)* la designación de la autoridad a la que se dirige; *ii)* nombres y apellidos completos del peticionario, documento de identidad y la dirección donde recibirá correspondencia⁸⁷, *iii)* el objeto de la petición, *iv)* las razones en las que se fundamenta, *v)* La relación de los documentos que desee presentar para iniciar el trámite, *vi)* La firma del peticionario cuando fuere el caso. (art. 16)
- k. La petición no puede ser rechazada por motivos de fundamentación inadecuada o incompleta. (arts. 16, parágrafo 2 y 19)
- l. Si la petición está incompleta o si el peticionario debe realizar una gestión de trámite necesaria para adoptar una decisión de fondo, se le debe otorgar 10 días al peticionario para que la complete dentro del término de 1 mes. Si dentro del término no se completa la petición se entiende desistida. Los términos se interrumpen, y se reactivan una vez se complete la información requerida. (art. 17)
- m. Se puede desistir de manera expresa de la petición. (art. 18)
- n. Cuando no se comprenda la finalidad u objeto de la petición, esta se devolverá al interesado para que la corrija o aclare dentro de los 10 días siguientes. Si no se corrige se archivará (art. 19)
- o. Debe dársele atención prioritaria a las peticiones de reconocimiento de un derecho fundamental, para evitar un perjuicio irremediable. (art. 20)
- p. Si la persona o el órgano ante quien se elevó el derecho de petición no tiene competencia, este debe remitirla al competente e informarle al peticionario, ambas actuaciones dentro de los 5 días si la petición es escrita o inmediatamente si es verbal. (art. 21)

6. Conclusiones

⁸⁷ Esta exigencia fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-951-14 de 2014 «siempre y cuando se entienda sin perjuicio de que las peticiones de carácter anónimo deban ser admitidas para trámite y resolución de fondo, cuando exista una justificación seria y creíble del peticionario para mantener la reserva de su identidad».

De lo señalado en el presente concepto, la Sala extrae las siguientes conclusiones:

- 6.1. El derecho a la consulta previa es un desarrollo del derecho de participación; se encuentra íntimamente ligado al carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano (artículo 1º) y al cumplimiento de uno de los fines del Estado consistente en facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (artículo 2º).
- 6.2. La consulta previa es un derecho fundamental que tiene su respaldo, en el marco internacional, en el Convenio 107 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el Convenio 169 de 1989 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007.
- 6.3. Asimismo, en el orden nacional, la consulta previa encuentra su respaldo en la misma Constitución Política, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación, y, en consecuencia, reconoce sus derechos a la autonomía, la autodeterminación y la participación democrática, entre otros. Adicionalmente, existe un marco jurídico legal y administrativo que regula este mecanismo, como una expresión de la democracia participativa propia del Estado Social de Derecho.

Y, por último, ha sido la jurisprudencia nacional la que ha dotado a este derecho fundamental de un contenido extenso, a partir de lo señalado en los instrumentos internacionales mencionados y en los principios consagrados en la Constitución Política.

- 6.4. La Corte Constitucional, con fundamento en los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas, ha desarrollado los estándares que rigen este derecho fundamental, dentro de los cuales se enuncian los siguientes:

- i) Oportunidad (previa, sin perjuicio de que, en cualquier momento, las comunidades ejerzan su derecho a la participación),
- ii) Debe existir una afectación directa sobre las comunidades étnicas,
- iii) Debe tenerse claridad acerca del alcance del territorio,
- iv) Deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados,
- v) Debe atender una regla de adecuación cultural,

- vi) Debe adelantarse de buena fe,
- vii) Debe realizarse a través de instituciones representativas,
- viii) Debe brindarse información adecuada y suficiente,
- ix) No conlleva poder de veto,
- x) Debe tratarse de un diálogo entre iguales que no admite posturas adversariales o de confrontación,
- xi) Debe ser flexible y atender un "enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres",
- xii) Es un derecho fundamental,
- xiii) Es un desarrollo del principio democrático de participación,
- xiv) Debe estar orientada a llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas,
- xv) El derecho fundamental a la consulta previa comprende la etapa de acuerdos y su cumplimiento, y,
- xvi) Debe observarse el deber de debida diligencia, tanto del Estado como de las empresas, en la realización de la consulta previa.

6.5. El Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general que puedan afectar, de manera directa, a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras fue creado por las mismas comunidades étnicas, en ejercicio de su derecho de participación, autonomía y autodeterminación, como una instancia para adelantar los procesos de consulta previa atinentes a su objeto. En tal condición, funge como el órgano llamado a dilucidar los conflictos, inconformidades e impugnaciones que se hayan presentado en el proceso de elección de los nuevos dignatarios.

6.6. En el acto de creación, las mismas comunidades acordaron, dentro de su autonomía, las reglas de funcionamiento y la forma de integración y elección de los delegados ante dicho Espacio.

- 6.7. Dentro de las reglas de funcionamiento y operatividad diseñadas para dicho órgano representativo de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se establecieron unas comisiones permanentes para el análisis de los temas asignados a cada una de ellas; además, se determinó la posibilidad de crear comisiones accidentales para tratar temas coyunturales o que no sean propios de las comisiones permanentes.

Las comisiones permanentes, según la reglamentación conocen, estudian y recomiendan a la plenaria sobre los temas que les competen; esto significa que ellas no tienen poder decisorio sobre dichos temas, sino una función eminentemente de análisis y recomendación.

Si bien el reglamento no señala con tanta precisión el alcance funcional de las comisiones accidentales, en cuanto a su obligatoriedad, la Sala estima que, siendo armónicos con lo dispuesto para las comisiones permanentes, una comisión accidental tampoco tendría poder de decisión y su función también sería de análisis y recomendación a la plenaria del Espacio.

- 6.8. En cuanto a la forma de integración y elección de los delegados al Espacio Nacional de Consulta Previa, no existe un procedimiento para atender los conflictos, inconformidades e impugnaciones que se presenten en el proceso de elección de designados. Ante dicho vacío, y dado que las inconformidades e impugnaciones son una manera de manifestar el desacuerdo ante una decisión, lo que realmente se está ejerciendo es el derecho fundamental de petición.

- 6.9. El derecho de petición es el medio para garantizar la efectividad de otros derechos fundamentales, como es el caso del derecho a elegir y ser elegido, derechos que son propios de una democracia participativa la cual se constituye en uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

- 6.10. En este sentido, y ante el vacío existente, la Sala propone como alternativa para resolver los conflictos, inconformidades e impugnaciones surgidos dentro del trámite electoral de los delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa, tramitarlos vía derecho de petición. Dado que no se conocen reglas tradicionales para el ejercicio de su derecho de petición, lo conducente, y de manera supletiva, será acudir a las reglas establecidas para todos los ciudadanos en materia del derecho de petición, acorde con la Carta, que son las desarrolladas por el CPACA, mientras las mismas comunidades adoptan sus propias reglas en esta materia, de conformidad con sus costumbres, usos, tradiciones y organización interna.

En atención a las consideraciones anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil

III. RESPONDE:

1. ¿Puede el propio Espacio Nacional de Consulta Previa, (sic) resolver impugnaciones a las elecciones de delegados para el nuevo período?

Si. El Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de amplio alcance, susceptibles de afectar, de manera directa, a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, por ser el órgano representativo de estas comunidades en la materia aludida, sería el llamado a resolver las impugnaciones que se hayan presentado en el proceso de elección de los nuevos dignatarios.

2. Si lo anterior fuera afirmativo, ¿es posible que mediante la conformación de una comisión accidental del Espacio Nacional de Consulta Previa, (sic) se resuelvan las impugnaciones a las elecciones de delegados ante el Espacio? ¿cuál debe ser el número de delegados ante esta comisión accidental y cuál el procedimiento para su conformación?

No. Las impugnaciones deben resolverse por el Espacio Nacional de Consulta Previa en pleno, sin perjuicio de que operativamente se apoye en comisiones o grupos de trabajo, según lo determine el órgano representativo en ejercicio de su autonomía.

Por sustracción de materia, no procede responder el resto de interrogantes formulados en esta pregunta.

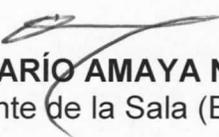
3. Si la respuesta a la pregunta 1º fuera negativa, ¿cuál sería el procedimiento a seguir para culminar en debida forma el proceso de elección de delegados al Espacio Nacional de Consulta Previa y poder resolver las impugnaciones e inconformidades referidas?

En atención a que la respuesta a la pregunta 1 fue afirmativa, no hay lugar a pronunciarse sobre este interrogante.

4. En cualquier caso, ¿cuál debe ser el procedimiento y la autoridad competente para resolver las impugnaciones e inconformidades presentadas contra las elecciones de delegados ante el Espacio Nacional de Consulta Previa para el período 2023-2027?

El procedimiento que debe aplicarse es el propio del derecho de petición, como quedó explicado en la consulta. Respecto a la autoridad, tal como se indicó en la pregunta 1, la competencia es del Espacio Nacional de Consulta Previa en pleno.

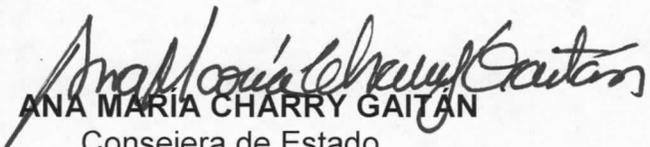
Remítase copia al ministro del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala (E)



MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA
Consejera de Estado



ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
Consejera de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado
Ausente con permiso