



**vote**





# La consulta previa como mecanismo de participación de los pueblos étnicos en el departamento del Chocó. ¿Un derecho reprimido?

## Prior Consultation as a Mechanism for the Participation of Ethnic Communities in the Department of Chocó. A Repressed Right?

Arys Jessenia Rivera Serna<sup>1</sup>

Margareth Paz Valencia<sup>2</sup>

### Resumen

La consulta previa es un derecho fundamental de naturaleza colectiva que de manera exclusiva tienen los grupos étnicos, y como tal, su fundamento es garantizar su participación en aquellas decisiones, medidas administrativas y legislativas que eventualmente les puedan afectar. Este es pues, un proceso orientado a obtener el consentimiento de las comunidades étnicas. Políticamente es un mecanismo que busca de forma casuística, hacer

---

1. Profesional en Derecho, Fundación Universitaria Claretiana. Correo electrónico: [jessyriveras1901@gmail.com](mailto:jessyriveras1901@gmail.com)

2. Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia; Especialización en Gestión Pública, ESAP; Magister en Derecho Administrativo, Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA; experta en estudios Afrolatinoamericanos de AfroLatin American Research Institute de Harvard University; Especialización en Estudios Afrolatinoamericanos y caribeños, CLACSO.

compatibles el desarrollo nacional y el interés general de la sociedad, con la obligación de proteger y salvaguardar grupos y comunidades étnicas, siendo estos, aspectos que muchos han visto como antagónicos y excluyentes.

Se trata de un ejercicio concertado, que es participativo, intercultural, cualitativo de la identificación anticipada de los posibles impactos o daños probables a la integridad étnica y cultural, y en consecuencia, la toma de decisiones para soslayar, subsanar, mitigarlos, aminorar o compensar por los detrimentos. Esto implica añadir la participación social en el diseño final de un proyecto, toda vez que una buena consulta previa naturalmente implica ajustes, y redefiniciones técnicas y financieras.

El fin principal de la consulta previa consiste en que a mayor y sobresaliente participación de las comunidades étnicas, más amparo y defensa de su integridad étnica y cultural. Por lo tanto, hablar de la consulta previa, no se refiere a un convenio, o una formalidad entre los grupos étnicos y las personas interesadas en ejecutar las medidas, sino a una participación conjunta y continua de los grupos étnicos en la toma de decisiones que comprometen.

**Palabras Claves:** Consulta previa, Participación, Medidas legislativas, Medidas administrativas, Pueblos étnicos del Chocó.

## Abstract

Prior consultation is a fundamental collective right granted exclusively to ethnic groups. Its primary purpose is to ensure their participation in decisions, administrative measures, and legislation that may potentially affect them. This process is designed to obtain the consent of ethnic communities. From a political perspective, it serves as a mechanism that aims, on a case-by-case basis, to reconcile national development and the general interest of society with the obligation to protect and safeguard ethnic groups and communities—two aspects often perceived as antagonistic and mutually exclusive.

It is a negotiated, participatory, and intercultural process that involves the qualitative identification of potential impacts or probable harm to ethnic and cultural integrity in advance. Consequently, it facilitates decision-making to avoid, remedy, mitigate, reduce, or compensate for any detriment. This requires incorporating social participation in the final design of a project, as an effective prior consultation naturally entails adjustments and technical and financial redefinitions.

The primary objective of prior consultation is that the greater and more meaningful the participation of ethnic communities, the stronger the protection and defense of their ethnic and cultural integrity. Therefore, prior consultation is not merely a formal agreement or procedure between ethnic groups and those interested in implementing certain measures; rather, it is a continuous and joint participation of ethnic groups in decision-making processes that affect them.

**Keywords:** Prior consultation, Participation, Legislative measures, Administrative measures, Ethnic communities of Chocó.

## Introducción

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, Colombia redefinió sus valores constitucionales, consagrando la participación ciudadana, la planeación del desarrollo y la multiculturalidad, como principios fundamentales de la Nación, transformando el sistema político imperante a la fecha y avanzando en la construcción de un modelo de Estado, donde la ciudadanía, las regiones y las minorías juegan un papel fundamental en la definición del destino colectivo. (Hurtado e Hinestroza, 2018)

La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades étnicas, consagrado en la Ley 21 de 1991<sup>3</sup>, misma que aprueba el Convenio 169 de la OIT y que fundamenta los derechos humanos de carácter constitucional muy en relación con lo plasmado en la Constitución Política de 1991 en su artículo 93<sup>4</sup>.

Los pueblos indígenas y tribales gozan plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales que han sido consagrados en Colombia, desde el 07 de junio de 1989, cuando la Organización Internacional del Trabajo, aprobó el convenio 169 sobre los anteriormente nombrados y a través del cual, se constituyó como un instrumento internacional muy importante en la protección de dichos pueblos.

En ese sentido, se puede comprender que la consulta previa es un tema de mucha complejidad, y que ha sido debatido y dilatado en diferentes disputas y controversias desde su agregación en la expedición de la constitución de 1991; debates que no han sido solo políticos, sino también jurídicos, generando los últimos tiempos mayor divergencia entre los grupos étnicos de Colombia y el Gobierno Nacional.

(...) el derecho a la consulta previa se incorpora vía bloque de constitucionalidad<sup>1</sup>, a través de varios instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, dentro de los cuales se destacan el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –en adelante Convenio 169 OIT–, el Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos –en adelante PIDCP–, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –en adelante PIDESC–, y la Convención Americana sobre los Derechos

<sup>3</sup> LEY 21 DE 1991, “Por medio de la cual se aprueba el convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por La 76ª Reunión de la Conferencia General de la O.I.T. Ginebra 1989

<sup>4</sup> Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Humanos –en adelante CADH–. Dichos instrumentos son vinculantes para la definición de las controversias y además marco de acción para garantizar la consulta de los Estados con los pueblos indígenas, como un principio de derecho internacional público. Adicionalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Resolución 61/295 y la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial junto con la Recomendación General N.º 23 de 1997 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, permiten darle alcance al contenido del derecho fundamental a la consulta previa. (Sentencia SU-123 de 2018. [M.P. Rojas, A. Uprimny, R.]

Concordamos con Rodríguez (2008), cuando indica que actualmente existen muchas preocupaciones sobre la aplicación de la consulta previa, sobre sus bondades, y sobre el cumplimiento de su objetivo de proteger la integridad social, cultural y económica de los pueblos. Por ello, es importante establecer y discutir sobre el ámbito de aplicación de la consulta previa, su procedimiento, alcances, etc., con el fin de aportar las herramientas para su aplicación (p78).

En concordancia, La Corte Constitucional en su sentencia SU- 123 de 2018, indicó que:

El derecho fundamental a la consulta previa se funda en la defensa de los pueblos indígenas y tribales y en la eliminación de las exclusiones históricas que han padecido. Establece un modelo de gobernanza, en el que la participación es un presupuesto indispensable para garantizar los demás derechos e intereses de las comunidades, como ocurre con la integridad cultural, la libre determinación, el territorio y el uso de los recursos naturales etc., por lo cual tiene un carácter irrenunciable e implica obligaciones tanto al Estado como a los particulares. Este derecho implica que

las comunidades indígenas y tribales deban ser consultadas sobre cualquier decisión que las afecte directamente, de manera que puedan manifestar su opinión sobre la forma y las razones en las que se cimienta o en las que se fundó una determinada medida, pues esta incide o incidirá claramente en sus vidas.

Lo que resulta cierto es, que después casi treinta y tres (33) años de ratificación del mencionado convenio, y a pesar de que existe el respaldo jurídico para garantizar la protección de este derecho a las comunidades étnicas, el país carece y desconoce la institucionalidad de una reglamentación clara y precisa en la materia que regule e indique cómo deben elaborarse la proposición de los proyectos o megaproyectos en cada territorio étnico, o, la regulación del grado de afectación frente a las medidas legislativas y/o administrativas.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional ha reiterado sobre la consulta previa como derecho fundamental de los grupos étnicos en Colombia; el carácter constitucional que tiene este, hace que se convierta en un trámite obligatorio que debe ejecutarse de acuerdo con los usos y costumbres de cada etnia, toda vez que se pretendan tomar decisiones que afecten a las comunidades, las cuales pueden ser a través de medidas administrativas, como por ejemplo las expedición de una licencia ambiental para la explotación de recursos naturales, o medidas legislativas, como la expedición de normas que involucren o afecten a estos pueblos étnicos. (Sentencia T-382 de 2006)

El sentido de la consulta previa cobra vida a través de la defensa de la identidad cultural; y por medio de ella se pretende la materialización de la garantía a las comunidades étnicas de protección a su integridad social, económica y cultural territorial.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, Colombia reconoce la participación ciudadana como un valor constitucional, un

principio fundamental (Sentencia C329/03)<sup>5</sup>, y como uno de los fines esenciales del Estado colombiano, transformando el sistema político imperante a la fecha y avanzando significativamente en la construcción de un modelo de Estado, (Sentencia T-066 de 2015)<sup>6</sup>, donde la ciudadanía, las regiones y las comunidades étnicas juegan un papel fundamental en la definición del destino colectivo.

## Planteamiento del Problema

En Colombia las comunidades negras, principalmente las asentadas en el departamento del Chocó, sufren graves vulneraciones a sus derechos humanos, tanto individual como colectivamente a causa del conflicto armado interno; ellas han sido desarraigadas de sus territorios, que son utilizados por los distintos actores armados para el cultivo ilícito y la minería ilegal.

La consulta previa permite que los grupos étnicos incidan en las decisiones administrativas, legislativas y de otro orden, que puedan afectarles. A través del ejercicio transparente de este mecanismo de participación, se están protegiendo los derechos que tienen las comunidades sobre sus saberes y sus riquezas.

Es en ese sentido, no tememos dirigirnos y hacer un análisis a los escritos del profesor Rivera, quien en su libro se refiere a que el Convenio 169 de 1989, en el artículo 3<sup>7</sup> reconoce la garantía que tienen las comunidades indígenas y pueblos tribales de gozar los derechos humanos y las libertades fundamentales, como otros derechos fundamentales; es más, son derechos considerados mínimos del ser humano. (2021. p,74)

---

5. Corte constitucional. Sentencia c-329 de 2003. [M.P. Tafur, A.] Bogotá 29 de abril de 2003

6. Corte Constitucional. Sentencia T-066 de 2015. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]. Bogotá. 16 de febrero de 2015

7. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales C169-1989. Artículo 3. 1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos. 2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

El punto fijo de la consulta previa como derecho fundamental de los grupos étnicos, estriba en su participación, como lo son los pueblos indígenas y comunidades negras, y determinar si con la omisión o violación del mismo, se atenta contra la dignidad de estos pueblos.

Según la publicación del Ministerio del Interior (2013), este mecanismo de participación, es un derecho constitucional colectivo, un proceso de carácter público, especial y obligatorio que debe realizarse previamente, siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida administrativa o proyecto público o privado, susceptible de afectar directamente las formas de vida de los grupos étnicos nacionales en sus aspectos territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico y de salud, y otros aspectos que incidan en su integridad étnica. (s.f.)

La consulta previa permite que los grupos étnicos incidan en las decisiones administrativas, legislativas y de otro orden, que puedan afectarles. A través del ejercicio transparente de este mecanismo de participación, se están protegiendo los derechos que tienen las comunidades sobre sus saberes y sus riquezas.

Rivera por su parte manifiesta que;

El Chocó es un departamento biogeográfico, que contiene valiosos activos naturales y culturales, y destacada presencia de población con ascendencia étnica, asentada en territorios colectivos de comunidades negras e indígenas que son reconocidos legalmente por el Estado colombiano. Esta situación reivindica derechos a estos grupos poblacionales, entre ellos el de la consulta previa, aspecto que frecuentemente se vulnera por las empresas e instituciones que promueven los proyectos extractivistas, y que no solo detonan los factores asociados a la estimulación del cambio climático, sino que perturban los derechos ambientales y colectivos, y la seguridad humana, además de alterar la dinámicas económicas y productivas con enfoque endógeno que desarrollan las comunidades ancestrales. (2021)

Pero entonces, de qué forma se ha garantizado con el transcurrir del tiempo, la consulta previa y el cumplimiento de los acuerdos que han sido logrados con las comunidades étnicas en el departamento del Chocó, en la ejecución de medidas legislativas o administrativas, proyectos, obras o actividades que requieren el cumplimiento de procedimientos como por ejemplo, la expedición de licencias ambientales o planes.

Colombia es uno de los países que consagra más derechos a las comunidades tradicionales, pero también el lugar donde más se violan y se desconocen. El marco jurídico colombiano consagra la protección de la diversidad étnica y cultural, el desarrollo económico y social de la población, el fortalecimiento organizativo, la titulación colectiva de los territorios ancestralmente ocupados y la participación en los espacios de concertación y decisión del

Estado. (Rodríguez, 2010)

Históricamente el departamento del Chocó ha sido asociado con la presencia de las comunidades afrocolombianas, palenqueras y raizales, lo cierto es, que en este territorio, se encuentra la presencia de comunidades indígenas que habitan diferentes pueblos nativos, haciendo lucha a la resistencia a la colonización.

“El Chocó es más que territorio afro: es suelo indígena desde la América prehispánica. Los indígenas han estado allí desde siempre, desde mucho antes de la Conquista, cuando eran pueblos nómadas”. (Centro Nacional de Memoria Histórica, s.f.)

Los derechos de los pueblos étnicos de participar en las decisiones que los afectan, son un factor fundamental que debe garantizarse en todos los trámites y procedimientos que tengan que ver con su objetivo primordial, ejecutar medidas legislativas o administrativas que requieran el trámite de la consulta previa.

Resulta vital reconocerle a los pueblos étnicos la consulta previa como un derecho de transcendencia fundamental, pues con ello, se reafirman como personas humanas dignas, ya que con el goce de este

derecho se garantiza en muchos casos su propia existencia como grupo étnico, como sucede con la ejecución de megaproyectos en medio de sus territorios ancestrales.

En razón a la investigación aquí realizada, nos surge el siguiente interrogante; ¿Cuál es el alcance de participación que tienen las comunidades étnicas frente a la consulta previa sobre la ejecución de medidas legislativas y/o administrativas en sus territorios?

Para comenzar, es significativo exponer que el punto de referencia central para responder este interrogante y todos los demás que pudieran surgir durante este ejercicio investigativo, comienza con la Constitución Política de 1991, ley 21 de 1991, ley 70 de 1993, decreto 1320 de 1998, decreto 1437 de 2011, y el convenio 196 de la OIT, entre otras normas que se ajustan.

La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades étnicas consagrado en la Ley 21 de 1991<sup>8</sup>, misma que aprueba el Convenio 169 de la OIT<sup>9</sup> y que fundamenta los derechos humanos de carácter constitucional muy en relación con lo plasmado en la Constitución Política de 1991 en su artículo 93<sup>10</sup>.

Dentro del bloque de constitucionalidad en Colombia, se encuentra el decreto 1320 de 1998, que tiene por objeto reglamentar la consulta previa con los grupos étnicos e indígenas para la adecuada explotación de recursos naturales dentro de lo que respecta su territorio; de este modo, cuando se tratare de la expedición de licencias ambientales, es necesario que para

---

8. Ley 21 de 1991, “*por medio de la cual se aprueba el convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la O.I.T. Ginebra 1989*”.

9. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, también conocido como Convención 169 de la OIT o Convenio 169 de la OIT, es un instrumento internacional vinculante adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989 y es el principal instrumento internacional sobre derechos de los pueblos indígenas en el mundo.

10. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

su ejecución, se requiera agotar el mecanismo de consulta previa con las comunidades directas y afectadas.

Es así como finalmente la Ley 70 de 1993 reconoció la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana, el respeto a la integridad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras, 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 y la protección del medio ambiente, atendiendo a las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza (Decreto Ley 4635 de 2011).

Este enmarca el diseño de un modelo comprensivo y holístico de Justicia Transicional, en el que el Estado colombiano consideró de manera autónoma e indispensable la creación de un mecanismo de reparaciones para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, con la finalidad de garantizar la materialización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, y adicionalmente, en aras de reducir las desigualdades sociales existentes entre la sociedad colombiana y las víctimas del conflicto armado, para así cimentar el proceso de transición y reconciliación nacional, sobre bases sólidas de equidad e igualdad social.

En ese sentido, conforme a la directiva N.º 010 del 2013, es deber del Gobierno Nacional y del Estado garantizar el goce efectivo de los derechos de las comunidades étnicas y la implementación de la consulta previa como mecanismo para su protección y pervivencia, por lo que se hace necesario establecer disposiciones que permitan una mejor coordinación interinstitucional para la garantía de este derecho, bajo los principios de eficacia, economía y celeridad administrativas, mediante el acoplamiento de las autoridades encargadas de llevar a cabo el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas.

La expedición de una normativa especial de reconocimiento del derecho al territorio de las comunidades negras rurales es un importante avance. Gracias a este marco normativo construido a partir del artículo transitorio 55 de la Constitución Política de 1991, después de los debates llevados a cabo en la Asamblea Nacional Constituyente y la movilización de organizaciones de comunidades negras y aliadas, se cuenta con herramientas que facilitan el trámite de sus demandas en cuanto al reconocimiento, demarcación y protección de sus territorios colectivos.

Los territorios de las comunidades negras en Colombia son altamente diversos; el marco normativo, y ciertas interpretaciones del mismo, hicieron un énfasis en el reconocimiento de los derechos territoriales de las comunidades negras ubicadas en la Cuenca del Pacífico, sin abordar con la misma calidad la situación de las comunidades negras que viven en otras regiones del país.

No es posible afirmar que todas las comunidades negras tengan las mismas características sociales y culturales. Si bien hay algunos procesos históricos que todas ellas comparten, como la diáspora africana, las memorias de la esclavitud y de las diferentes formas de la emancipación, su territorialidad se configuró de forma diferenciada.

La consulta previa es entonces, fundamental en el derecho al territorio, la autonomía y la cultura que caracteriza a los pueblos étnicos.

Dicho esto, concordamos con los aportes de Ricard (2012), cuando afirma que:

En virtud del Principio *Pacta Sunt Servanda*<sup>11</sup>, el Estado colombiano debe darle cumplimiento al convenio número 169 de la OIT, el cual en su artículo 2º dispone: “*Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los*<sup>11</sup> *Pacta sunt servanda* es uno de los principios que preside la teoría general del contrato y que expresa que los contratos vinculan a las partes. Los contratos son obligatorios, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos (art. 1091 CC). Su obligatoriedad es independiente de la forma en

que se hayan celebrado y se producirá siempre que concurren los elementos esenciales (art. 1278 CC), salvo los casos en los cuales la forma sea elemento esencial. La fuerza vinculante deriva de la voluntad de ambos contratantes, no por ejemplo del juramento que pudiera haber (art. 1260 CC), y desde luego no existirá cuando solo haya voluntad de uno, como ocurriría si la validez y el cumplimiento del contrato se hubiera dejado al arbitrio de uno de los contratantes, supuesto este de nulidad del contrato (art. 1256 CC).

Los contratos son obligatorios desde el consentimiento contractual (art. 1258 CC), salvo que exijan alguna formalidad para su perfección, como ocurre en los contratos reales como el préstamo (art. 1740 CC), el depósito (art. 1755 CC) o la prenda (art. 1863 CC).

La vinculación llega más allá de lo pactado, como dicta el art. 1258 CC y se extiende a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Los contratos son evidentemente irrevocables. Solo las partes contratantes mediante un acuerdo mutuo, y siempre que no haya perjuicio para tercero, podrán modificar o incluso privar de eficacia al contrato mediante un nuevo contrato cuyo objeto sea éste, que se denomina mutuo disenso. Las excepciones a la irrevocabilidad del contrato son: la resolución (señaladamente el art. 1124 CC); la alteración extraordinaria de las circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*); la rescisión; la revocación de las donaciones y el desistimiento unilateral cuando se permite por la ley o se ha pactado.

La vinculación de los contratos afecta a las partes contratantes y sus herederos, salvo los derechos y obligaciones no transmisibles, en virtud del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC). La intransmisibilidad puede derivar de la naturaleza de la obligación, por ejemplo el mandato que está basado en la confianza o las obligaciones *intuitu personae*, del pacto o de la ley, como ocurre con los derechos de uso y habitación (art. 525 CC).

Es importante señalar que si bien antes de 1991 no existía un reconocimiento constitucional, si existían compromisos internacionales

como el Convenio 107 de 1957<sup>11</sup> y obligaciones en la legislación interna, ley 31 de 1967 aprobatoria del Convenio 107<sup>12</sup>, mediante los cuales el Estado colombiano se obligó a reconocer la propiedad colectiva e individual de los afrodescendientes, en cualquier región del país en que existieran ocupaciones tradicionales.

Conforme al artículo 1 de la Constitución Política de 1991, Colombia es un estado social de Derecho, pero, a pesar de los variados esfuerzos para consolidarlo, existen restricciones en su implementación que generan preocupantes brechas entre el derecho constitucional reconocido y su vigencia efectiva.

Esta situación es aún más notoria en los pueblos étnicos, afectando el cumplimiento del derecho fundamental a la consulta previa, al consentimiento libre, previo e informado, al igual que a un acceso adecuado y oportuno a la justicia.

El especialista en la materia, doctor Rivera, en su libro *“La consulta previa: Un análisis crítico y constitucional”*, hace un gran aporte sobre el origen de la consulta previa, que es fruto de una lucha y la sangre que permitió que los pueblos étnicos gocen hoy de este derecho. Él afirma que a partir de 1970 los pueblos indígenas de Colombia iniciaron un largo recorrido, dirigido a la consolidación de sus organizaciones y a la recuperación y el reconocimiento de sus derechos individuales y colectivos: territorio, autonomía, identidad y cultura; este periodo culminó con la inclusión (...) y exigencias en la Constitución de 1991.

No obstante la puesta en práctica de los derechos allí consagrados ha significado para sus pueblos un gran reto y la muerte de muchos de sus líderes (2021. p214, 215).

Ahora bien, la ley 1448 de 2011, conocida como la Ley de víctimas y restitución de tierras, surgió y nació a la vida social y jurídica en el año 2011,

11. C107 - Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107)

12. Ley 31 De 1967. Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribuales en los países independientes, adoptado por la Cuadragésima Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 1957).

para hacer efectivo el reconocimiento de los derechos de las personas que han sido víctimas del conflicto armado; siendo esta ley, una herramienta útil para la creación de instituciones y políticas reparadoras que tengan como finalidad conservar las memorias sobre el conflicto armado y evitar que se repitan las atrocidades que sufrieron.

Por consiguiente, esta ley estableció que, para el desarrollo diferencial de la política de atención, reparación integral y restitución de tierras de las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, se debía adelantar la respectiva consulta previa.

Después de hacer una profunda reflexión sobre los pequeños detalles y pormenores que tiene la correcta y efectiva aplicación de la consulta previa, queda un sin sabor sobre la importancia del territorio, la cultura y la autonomía que tienen estos grupos étnicos como derechos fundamentales de sus vidas, y la importancia que le dan los actores externos interesados en realizar el proyecto o medida legislativa o administrativa, en el momento de la participación de las comunidades étnicas en la consulta previa.

## **Diseño metodológico**

Como táctica de implementación en la investigación de esta monografía, hemos optado por las que más se adecuaron a la búsqueda de fuentes primarias y fuentes secundarias para su elaboración segura .

Así las cosas, el presente trabajo se estructura entonces como una investigación socio-jurídica que puede ser considerada como básica pero exhaustiva, enfocada desde la dimensión de la efectividad de la participación que tienen los grupos étnicos en el departamento del Chocó frente a medidas administrativas o legislativas, en sus territorios, considerados estos constitucionalmente son sujetos de protección.

Además de ser un estudio bibliográfico de los principales trabajos doctrinales que se han adentrado en la teoría y conceptualización de los derechos y participación de los grupos étnicos del departamento del Chocó y su alcance jurisprudencial, el método de análisis será el mixto, incluyendo

en este el analítico, el descriptivo, el cuantitativo y el inductivo. Para tales fines nos hemos propuesto resolver el interrogante: ¿Cuál es el alcance de participación de las comunidades étnicas frente a la consulta previa sobre la ejecución de medidas legislativas y/o administrativas en sus territorios.

Por esta razón, también se recurrió al método cualitativo, pues permite perseguir un fin descriptivo y comprensivo del proceso de la consulta previa como mecanismo de participación de los grupos étnicos en el departamento del Chocó, además entender las causas y motivos subyacentes que provocan su accionar, analizar y evaluar los agentes que intervienen, e interpretar las normas ante la ejecución de las medidas administrativas y legislativas.

### **Fundamentación conceptual**

Arias, Gómez y Cano, afirman que:

La consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales del mundo, reconocido por las Naciones Unidas mediante el Convenio OIT 1691 de 1989 e incorporado en la legislación nacional por la Ley 21 de 1991 que aplica a los grupos étnicos.

Busca salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente de estos pueblos, así como reconocer y proteger sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas, espirituales e institucionales. (2011. p4)

En concordancia, la Agencia Nacional de Minería ha manifestado que;

El derecho fundamental que tienen los grupos étnicos, de poder decidir sobre medidas legislativas y administrativas... buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación.

Este mecanismo de participación es un derecho constitucional colectivo y un proceso de carácter público especial y obligatorio que debe realizarse previamente, siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida administrativa o proyecto público o privado, susceptible de afectar directamente las formas de vida de los grupos étnicos nacionales en sus aspectos territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico y de salud, y otros aspectos que incidan en su integridad étnica. (s.f.)

En su artículo de investigación *El derecho fundamental a la Consulta Previa a la luz de los pronunciamientos del Consejo de Estado*, Garzón, A., plantea que:

La consulta previa se reconoce como un derecho fundamental que tienen las comunidades indígenas y en general los grupos étnicos para proteger las particularidades de su cultura, su idiosincrasia, su forma de ver el mundo, diferente de los afanes del desarrollo tal y como lo entiende la sociedad occidental; bajo esta premisa, la consulta previa debe entenderse como el derecho fundamental en cabeza de un sujeto colectivo que se ejerce en virtud de la pertenencia a un grupo étnico, por tanto no puede ser ejercido a título individual. (2017. p70)

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (2016) Sustentó que:

Los fundamentos normativos de la consulta previa son diversos, concurrentes y complementarios. En primer lugar, el derecho a la consulta previa encuentra anclaje directo en el carácter democrático, participativo y pluralista de la Constitución Política (artículo 1); en el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural

de la nación colombiana (artículos 7, 8, 9 y 70); y en los principios de autodeterminación (artículos 9 y 286), propiedad colectiva de los territorios ancestrales (artículo 63), reconocimiento del derecho propio (artículos 246 y 330), y participación de los grupos indígenas y tribales en los asuntos públicos que les conciernen (artículos 40, 171, 176, 329 y 330). (p6)

Ahora bien, es menester mencionar la importancia que le ha determinado la consulta previa ante el Ministerio del Interior del Gobierno Nacional, donde se manifiesta que:

Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe, debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado, por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo. En esta deben establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias. (2013., p6)

La Corte constitucional en la Sentencia C- 139 de 1996, indicó: Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como ‘salvajes’, son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que las constituyen, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente. No son ya candidatas a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y a la civilización, sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono con sus creencias y a perseguir las metas que juzga<sup>7</sup>.

## Resultados

La consulta previa, como derecho fundamental reconocido a las comunidades étnicas, es un mecanismo para hacer efectiva la materialización del derecho a la participación. Es a su vez, un medio de protección de otros derechos como la autonomía y la integridad étnica y territorial de los pueblos indígenas y grupos étnicos, como espacios de diálogo y concertación intercultural para la toma de decisiones sobre las afectaciones e impactos que pueden generar medidas legislativas y administrativas en su territorio. Aunque se encuentran diversos instrumentos de derechos humanos que lo sustentan, en su aplicación este ejercicio aún tiene muchos cuestionamientos y desafíos; en especial, se visualiza una dificultad para que estos pueblos puedan ejercer su autonomía completa sin limitaciones de parte del Estado.

Esta investigación arroja como resultado que, el objeto de la consulta previa es la protección de las comunidades, que como indica Rodríguez (2008) *“la consulta previa permite que los grupos étnicos incidan en las decisiones administrativas, legislativas y de otro orden, que puedan afectarles. A través del ejercicio transparente de este mecanismo de participación, se están protegiendo los derechos que tienen las comunidades sobre sus saberes y riquezas”* (p4); sin embargo, este derecho no se percibe materializado en la participación de medidas legislativas y/o administrativas que tienen como consecuencia convergencia en sus territorios.

En su sentencia SU-123 de 2018, la Corte reiteró que (...)

La consulta previa se desprende de que Colombia se constituye como una república democrática, participativa y pluralista (C.P. art. 1), que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional (C.P. arts. 7 y 70) y que las comunidades étnicas gozan de plenos derechos constitucionales fundamentales. Además, la Constitución reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas en sus territorios (CP art. 330), por lo cual Colombia es un Estado multicultural y multiétnico, y la consulta previa es

un instrumento y un derecho fundamental para amparar esos principios constitucionales. Por eso esta Corte ha establecido que: La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales, ofrece como particularidad (...) que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.

## **Conclusiones**

En el transcurso del tiempo, se han desarrollado varias consideraciones con respecto a la consulta previa en los grupos étnicos del departamento del Chocó, cruzándose múltiples aspectos que impiden un acuerdo en el que todos se sientan identificados.

Es responsabilidad del Gobierno Nacional velar porque siempre que haya lugar, se efectúe la participación de estas comunidades; que se realicen los estudios en cooperación de los pueblos interesados a fin de evaluar la incidencia social, cultural y territorial donde se pretendan realizar las actividades, y puedan obtener los resultados previstos sobre estos grupos.

En consideración, el Convenio 169 de la OIT, ha prescrito que los principios de participación y consulta previa a las comunidades étnicas son fundamentales, y es un deber constitucional del Estado, establecer el deber general de consultar a los pueblos indígenas y tribales que sean susceptibles de verse afectados directamente por la expedición de medidas administrativas o legislativas. (Sentencia SU- 123 de 2018 [M.P Rojas, A. Uprimny, R.]

## Referencias

- Agencia Nacional de Minería. (s.f.) *Consulta previa*.  
[https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/consulta\\_previa.pdf](https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/consulta_previa.pdf)
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2023). *Chocó también es territorio indígena*. <https://centrodememoriahistorica.gov.co/choco-tambien-es-territorio-indigena/#:~:text=es%20territorio%20ind%C3%ADgena-,Aunque%20hist%C3%B3ricamente%20se%20ha%20asociado%20este%20departamento%20con%20la%20presencia,han%20resistido%20desde%20hace%20siglos>.
- Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio C 107 – Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107) [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C107](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107)
- Congreso de la República. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*.
- Congreso de Colombia (1991). Ley 21 de 1991. *Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37032#:~:text=ARTICULO%203%C2%B0-,1,y%20mujeres%20de%20esos%20pueblos>.
- Congreso de Colombia (1993). Ley 70 de 1993. *Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política de Colombia*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4404.pdf>
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (Sentencia Radicado N.º 11001-03-06-000-2016-00057-00 (2290). Del 30 de agosto de 2016). [M.P. Námen, A.]

- Corte Constitucional. *Sentencia SU- 123 del 15 de noviembre de 2018*.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-422-20.htm#:~:text=La%20sentencia%20SU%2D123%20de,la%20presencia%20de%20comunidades%20C3%A9tnicas>.
- Garzón, A. (2018). El Derecho fundamental a la Consulta Previa a la luz de los pronunciamientos del Consejo de Estado. *Vis Iuris*, 5, 69-100  
<https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/1154/926>
- Hurtado J., Hinestroza L. (2018). Espacios de participación ciudadana en la construcción de planes en desarrollo en territorios étnicos: caso departamentodelChocó. *Justicia*, (33), 91-117. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-74412018000100091](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-74412018000100091)
- Ministerio del Interior. (2013). *Consulta Previa un Derecho de los grupos étnicos*. Dirección de Consulta Previa.  
[http://www.upme.gov.co/Memorias%20Convocatoria%20Redes%20de%20Alto%20Voltaje/MININTERIOR\\_CONSULTA-PREVIA.pdf](http://www.upme.gov.co/Memorias%20Convocatoria%20Redes%20de%20Alto%20Voltaje/MININTERIOR_CONSULTA-PREVIA.pdf)
- Oficina Internacional del Trabajo (OIT). (1989). Boletín 2007. La OIT y los pueblos indígenas y tribales. Tema: Discriminación. Convenios 107 y 169. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::p12100\\_inst\\_rument\\_id:312314](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::p12100_inst_rument_id:312314)
- Porras, O. (2011). *Apuntes sobre la consulta previa con grupos étnicos. (Documento de Trabajo Interno DNP\_DDTS-SODT)*. Departamento Nacional de Planeación - Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible. Subdirección de Ordenamiento y Desarrollo Territorial..  
<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Apuntes%20sobre%20consulta%20previa%20DNP.pdf>
- Ricard, G. (2012). *La consulta previa en el departamento del chocó durante los años 2005 a 2009*. [Tesis de Maestría en Derecho Administrativo]. Universidad Libre. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6726/RicardPereaGuillermo2012.pdf?sequence=1>

- Rivera, L. (2021). *La consulta previa: un análisis crítico y constitucional*. 1ª ed. Medellín: Lijursánchez R.
- Rodríguez, G. (2008). La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos en Colombia. *Revista Semillas. Grupo Semillas Colombia*. 36/37, 2-16. <https://www.semillas.org.co/es/revista/consultar-revista?numero=36/37>
- Rodríguez, G. (2010). *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario. [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://justiciaambientalcolombia.org/wp-content/uploads/2012/03/libroconsulta\\_previa\\_gloria\\_amparo\\_rodriguez-de-universidad-del-rosario.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://justiciaambientalcolombia.org/wp-content/uploads/2012/03/libroconsulta_previa_gloria_amparo_rodriguez-de-universidad-del-rosario.pdf)
- Rodríguez, G. (2011). Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa. *Opinión Jurídica*, 10, 57-72. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302011000300004&script=sci\\_abstract&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302011000300004&script=sci_abstract&tlng=es)
- Rodríguez, G. (2017). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia* (1.ª Ed.). Editorial Universidad del Rosario.
- Unidad para las Víctimas. (s.f.) Comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. [https://www.unidadvictimas.gov.co/es/rocolombianasraizalesypalenqueras/277#:~:text=Comunidad%20negra%3A%20Es%20el%20conjunto,\(Art](https://www.unidadvictimas.gov.co/es/rocolombianasraizalesypalenqueras/277#:~:text=Comunidad%20negra%3A%20Es%20el%20conjunto,(Art)