

Consulta previa. *Medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a las comunidades étnicas*

### *1. Marco normativo del derecho fundamental a la consulta previa*

En varias oportunidades, la Corte ha sostenido que las comunidades étnicas son titulares del derecho fundamental a la consulta previa. Este derecho constituye una faceta de su derecho a participar en la toma de decisiones que impacten sus intereses. Igualmente, es un medio “para garantizar un conjunto amplio de derechos de los cuales depende la subsistencia y preservación de la integridad étnica y cultural de dichos pueblos”<sup>1</sup>. Tal derecho, ha dicho esta Corporación, “tiene como punto de partida el reconocimiento que se ha hecho, tanto en el escenario internacional como en el ámbito interno, del valor de las minorías étnicas como portadoras de unas formas de vida y de unos saberes diversos que merecen ser protegidos y conservados”<sup>2</sup>.

La fuente normativa del derecho fundamental a la consulta previa se encuentra en varias normas de la Constitución. En efecto, los artículos 1 y 2 superiores definen al Estado colombiano como democrático, participativo y pluralista, y prescriben como fin esencial del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten. Los artículos 7 y 70 *ejusdem* atribuyen al Estado el deber de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación y la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país. Y los artículos 329 y 330 de la Carta prevén la participación de los representantes de las comunidades indígenas en la conformación de sus entidades territoriales, así como en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Puntualmente, el literal a) del numeral 1 del artículo del Convenio 169 de la OIT, incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 21 de 1991, dispone que los gobiernos deberán consultar a los pueblos indígenas y tribales “las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. El mismo artículo aclara dos elementos sobre la consulta previa, a saber: (i) debe 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; y (ii) constituye un mecanismo de participación adicional. Como es natural, las comunidades étnicas tienen derecho a 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.

El Convenio 169 de la OIT identifica algunas medidas frente a las cuales el agotamiento del procedimiento de consulta previa es obligatorio para los Estados parte, así: (i) la autorización de cualquier medida o programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (artículo 15.2); (ii) su traslado y reubicación a otros territorios (artículo 16.2); (iii) su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas fuera de su comunidad (artículo 17.2); (iv) la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional dirigidas a esas comunidades (artículo 22.3); y (v) la adopción de medidas educativas para enseñarle a los niños de los pueblos indígenas a leer y a escribir en una lengua diferente a la propia (artículo 28.1).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha precisado que el derecho a la consulta previa se deriva de los artículos 1.1, 21, 23, 13 y 26 de la Convención

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 2017.

Americana sobre Derechos Humanos<sup>3</sup>. Específicamente, ha sostenido que “el derecho a la consulta resulta de la estrecha relación de los pueblos indígenas y tribales con su territorio y el respeto de su derecho a la propiedad colectiva”<sup>4</sup>. Tal derecho comprende, entre otros, el derecho a participar frente a la utilización o explotación de recursos naturales en su territorio tradicional<sup>5</sup>; los derechos a participar en la vida cultural y a la identidad cultural<sup>6</sup>; y el derecho de acceso a la información<sup>7</sup>.

## *2. Criterios jurisprudenciales para determinar las medidas legislativas sobre las cuales se debe agotar la consulta previa*

De acuerdo con lo anterior, la obligación de consultar disposiciones, políticas o proyectos legislativos o administrativos, diferentes a los previstos en el Convenio 169 de la OIT, debe evaluarse con fundamento en la noción de *afectación directa*, a la que alude su artículo 6. La jurisprudencia constitucional, ha definido la afectación directa como “el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”<sup>8</sup>. Este concepto es un “parámetro determinante para concluir si una medida legislativa o administrativa debe ser objeto de consulta previa”<sup>9</sup>. En otras palabras, únicamente “procede [...] la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afrodescendiente”<sup>10</sup>.

La Corte Constitucional se ha referido ampliamente a los criterios a partir de los cuales se puede determinar si una medida legislativa, esto es, con fuerza material de ley<sup>11</sup>, es susceptible de causar una afectación directa a las comunidades étnicas:

En primer lugar, la jurisprudencia ha explicado que, en principio, este deber en cabeza del Estado solo se predica de las medidas que contengan disposiciones que desarrollen las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT<sup>12</sup> o en los artículos 329 y 330 de la Constitución. Al respecto, ha precisado que “la suma de estas disposiciones constituye un

---

<sup>3</sup> Corte IDH, Caso Pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros Vs. Nicaragua.

<sup>4</sup> Corte IDH, Caso Pueblo Indígena U’wa y sus miembros vs. Colombia.

<sup>5</sup> Corte IDH, Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam.

<sup>6</sup> Corte IDH, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina.

<sup>7</sup> Corte IDH, Caso Pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros Vs. Nicaragua.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2025.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018. En esta providencia, la Sala Plena identificó algunas medidas que producen una afectación directa a las comunidades étnicas: “(i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido”.

<sup>11</sup> La Corte ha afirmado que pueden ser objeto de consulta previa los decretos leyes (Sentencias C-073, C-070 y C-013 de 2018, C-730 y C-067 de 2017, entre otros), las leyes aprobatorias de los tratados (Sentencias C-480, C-277, C-276 y C-187 de 2024, C-214 de 2017, C-184 y C-157 de 2016, C-615 de 2009 y C-941 y C-608 de 2010) e incluso las reformas constitucionales (Sentencias C-020 de 2018, C-674 y C-290 de 2017, C-317 de 2012, C-882 de 2011 y C-702 de 2010).

<sup>12</sup> Sobre el particular, ver la Sentencia C-194 de 2013.

marco regulatorio integral sobre los derechos mínimos a favor de las comunidades étnicas”<sup>13</sup>. No obstante, en estos eventos, la Sala Plena también ha sostenido que la referencia a los asuntos previstos en las normas mencionadas no es por sí sola suficiente para afirmar que una medida legislativa genere una afectación directa. Por consiguiente, es necesario analizar el contenido y el alcance de la medida, con el fin de establecer si produce tal afectación y cuál es su magnitud<sup>14</sup>.

En segundo lugar, la Corte ha señalado que la consulta previa se hace exigible frente a las medidas legislativas que, de manera directa y específica, no indirecta o genérica, repercutan sobre las comunidades étnicas, independientemente de que el efecto sea positivo o negativo. Esto sucede, por ejemplo, “cuando la medida altera su estatus, modifica su situación o posición jurídica, le impone restricciones o gravámenes, o le confiere beneficios”<sup>15</sup>. También cuando tenga “como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas”<sup>16</sup>.

Por el contrario, no serán objeto de consulta previa las medidas que afecten de manera uniforme a todas las personas, entre ellas, a los miembros de las comunidades étnicas, o que no se refieran de manera particular a dichos pueblos o a las materias que regula el citado Convenio<sup>17</sup>. Es decir, la medida solo deberá ser consultada cuando “la incidencia que [...] tiene sobre estas comunidades es distinta de la que genera frente al resto de la población”<sup>18</sup>. Esta *incidencia diferencial* bien puede generar “una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine”<sup>19</sup>.

En tercer lugar, este Tribunal ha precisado que para determinar si corresponde adelantar un proceso de consulta previa, debe examinarse si la materia del proyecto legislativo tiene un vínculo necesario con la definición del *ethos* de las comunidades étnicas. Esto supone comprobar previamente si contiene aspectos que inciden directamente en su identidad como pueblos<sup>20</sup>. En este sentido, los procesos de consulta deben realizarse “sobre la base del reconocimiento del especial valor que para las comunidades tradicionales tiene el territorio y los recursos naturales ubicados en este. Así, la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas”<sup>21</sup>.

En cuarto lugar, esta garantía a favor de los grupos étnicos se activa cuando involucran “medidas legislativas o administrativas impuestas desde el exterior”<sup>22</sup>. En tal medida, cuando representa la “propia voluntad y del ejercicio de su derecho a la autonomía”, no hay lugar a considerar el derecho, se considera inexistente. Aunado a ello, es importante tener en cuenta que los pueblos étnicos gozan de un reconocimiento completo para su autodeterminación, incluye adoptar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, darse sus normas y adoptar las decisiones internas que estimen más adecuadas para su supervivencia cultural<sup>23</sup>.

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-369 de 2019.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-073 de 2018.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008, reiterada en la Sentencia C-369 de 2019.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-063 de 2010.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-175 de 2019 y C-070 de 2017.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 2017.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-389 de 2016, C-196 de 2012, C-366 de 2011, C-175 de 2009 y C-030 de 2008.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2009.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-111 de 2020.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-111 de 2020.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional<sup>24</sup> ha precisado que la consulta previa es un instrumento de diálogo respecto de las medidas que los afecten. En específico en la Sentencia SU-123 de 2018 la Corte estableció que “la consulta previa es un derecho fundamental, que protege a los pueblos indígenas y tribales y tiene carácter de irrenunciable. Esto implica que: (i) el objetivo de la consulta previa es intentar lograr en forma genuina y por un diálogo intercultural el consentimiento con las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas que las afecten; (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes; (iii) por medio de la consulta se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados; (iv) la consulta debe ser un proceso intercultural de diálogo en el que el Estado debe entonces tomar las medidas necesarias para reducir las desigualdades fácticas de poder que puedan tener los pueblos étnicos; (v) en este diálogo intercultural ni el pueblo tiene un derecho de veto ni el Estado un poder arbitrario de imposición de la medida prevista; (vi) la consulta debe ser flexible, es decir, adaptarse a las necesidades de cada asunto; (vii) la consulta debe ser informada, esto es dispensar a los pueblos indígenas y tribales la información suficiente para que ellos emitan su criterio; (viii) la consulta debe respetar la diversidad étnica y cultural lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes”.

En este contexto, la Sala Plena encuentra relevante referirse a la forma en que se satisfacen las exigencias propias de la consulta previa. Al respecto, en la aludida Sentencia SU-123 de 2018, la Corte hizo alusión a todas las formas de participación de las comunidades indígenas, así:

*“11.1. La consulta previa es constitucionalmente exigida cuando una medida puede afectar directamente a un grupo étnico. Pero ¿qué sucede si existe afectación al grupo étnico pero es de menor intensidad, al punto de que no pueda ser calificada de afectación directa? O, por el contrario, ¿qué sucede en otros eventos en donde estamos en presencia de una afectación tan intensa que puede llegar, por ejemplo, a comprometer la existencia del pueblo indígena? Esta pregunta es relevante frente al caso concreto pues la Corte deberá interrogarse acerca del eventual nivel de afectación del pueblo indígena que presentó la tutela. Ahora bien, en todos los casos, existe un cierto derecho de participación de los pueblos indígenas cualquiera que sea la afectación, como manifestación del derecho a la participación pero, conforme al principio de proporcionalidad, el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional han entendido que los tipos de participación son diversos.*

*11.2. Las opciones son la participación de la colectividad en igualdad de condiciones al resto de ciudadanos, el derecho a la consulta previa o la necesidad de la obtención del consentimiento previo libre e informado (CPLI). Esa diversificación por escalas es el resultado de una comprensión de los derechos de las comunidades indígenas en clave del principio de proporcionalidad. Se trata entonces de establecer límites en la aplicación de los derechos fundamentales, entre ellos los de los grupos étnicos diversos en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos naturales y participación, a partir del balance adecuado entre los principios.*

*11.3. Cuando la medida no afecte directamente al pueblo étnico (...), la participación corresponderá al estándar de intervención básico que se relaciona con la inclusión de las comunidades en los órganos decisorios nacionales o la mediación de sus organizaciones en cualquier escenario que les interese (...).*

---

<sup>24</sup> Ver, Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018.

*Cuando la medida sea susceptible de afectación directa al pueblo étnico, se aplican todas las reglas de deliberación con las comunidades tradicionales, conforme al derecho a la consulta previa y con el propósito genuino de llegar a un acuerdo. En caso de que la consulta sea adecuadamente realizada pero no conduzca a un acuerdo, la administración deberá implementar la medida con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad (...).*

*La afectación directa intensa aplica cuando una medida amenace la subsistencia de la comunidad tradicional, por lo cual, en principio, la ejecución de la medida requiere el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades tradicionales y en caso de no llegar a un acuerdo, prevalecerá la protección de las comunidades tradicionales. Se da en estos tres casos excepcionales, conforme a los desarrollos jurisprudenciales y del derecho internacional (...): (i) Traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento (...); (ii) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios (...); (iii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia (...)*”.

En síntesis, la consulta previa de proyectos legislativos solo es obligatoria cuando estos produzcan una *afectación directa* de los grupos étnicos diferenciados. Para determinar los casos en que se presenta tal afectación, se deben seguir los criterios definidos por la jurisprudencia con ese propósito, los cuales fueron reseñados en precedencia y que pueden resumirse así: (i) se trata de un medida que regula algún derecho o materia prevista en el Convenio 169 de la OIT o en los artículos 329 y 330 superiores; (ii) la medida repercute directa y específicamente sobre las comunidades étnicas, al margen de que el efecto sea negativo o positivo, porque modifica su situación o posición jurídica; (iii) el objeto principal de la regulación es una o varias comunidades étnicas o pueblos tribales; (iv) a pesar de su carácter general, la medida tiene una *incidencia diferencial* en las comunidades étnicas, o regula sistemáticamente materias que conforman identidad de estas; (v) la disposición está vinculada con el *ethos* o la identidad étnica de alguna comunidad étnica; y (vi) en relación con las decisiones internas de las propias comunidades, no resulta obligatoria su aplicación, lo cual no quiere decir que en este ámbito no haya lugar a otros mecanismos de participación...