

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**44**

(2015)

TOMO I



**GIUFFRÈ EDITORE**

BARTOLOMÉ CLAVERO

CONSULTA INDÍGENA E HISTORIA COLONIAL:  
COLOMBIA Y LAS AMÉRICAS, DE MÉXICO A BOLIVIA,  
ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO  
CONSTITUCIONAL, 1989-2014

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos [...].

(Naciones Unidas, Asamblea General, 13 de setiembre de 2007).

1. Prólogo: Una historia de derecho del presente. — 2. Consulta *étnica* en Colombia entre Convenio y Constitución. — 3. Jurisprudencia constitucional colombiana entre ordenamiento de derecho y presunción de antropología. — 4. Garantías de derechos de los pueblos indígenas entre Instrumentos de Derechos Humanos y Constitución de Estado. — 5. Epílogo: ¿Hay Estados coloniales hoy? ¿Pueden descolonizarse a sí mismos? ¿Lo hace al menos en las Américas Bolivia?

1. *Prólogo: Una historia de derecho del presente.*

Por vía internacional, antes que constitucional, se ha establecido últimamente por América Latina el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados como regla para sus relaciones con los respectivos Estados. Colombia es caso que se ha significado por el desarrollo de una notable jurisprudencia constitucional al propósito, una jurisprudencia que se está considerando como digna de ser atendida por parte de las jurisdicciones correspondientes de otros Estados de América Latina partícipes del compromiso internacio-

nal <sup>(1)</sup>. Es un caso el colombiano que pone ante todo de manifiesto la envergadura constitucional, por implicación constituyente, de la institución de la consulta a unos pueblos así reconocidos como sujetos políticos concurrentes con los Estados. Aquí nos interesa confrontarlo por su proclamación como ejemplo y modelo <sup>(2)</sup>.

El derecho internacional de la consulta indígena presenta alcance de orden constitucional y calado de fondo constituyente. Lo que está sustancialmente en juego con el procedimiento de consulta como derecho de unos pueblos es el colonialismo ínsito en el constitucionalismo, el juego de las relaciones pretéritas y también presentes entre lo uno y lo otro, el colonialismo con sus servidumbres y el constitucionalismo con sus libertades. Veamos el caso colombiano para sopesar alcance y calado en el seno de las Américas, de una América en plural no sólo por latina y por anglo, sino también y ante todo por indígena. Una historia de puro presente podrá arrojar luz sobre un pasado que, como el colonial, no acaba todavía de pasar ni siquiera con la descolonización internacional pues hay colonialismos de Estado. También el derecho se ilumina

---

<sup>(1)</sup> Desarrollo mi contribución al Congreso Internacional *Proceso y Constitución* celebrado en Bogotá del 18 al 20 de marzo de 2014, contribución publicada en sus actas: *Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional. Dialéctica y Diálogo Jurisprudencial: Presente y Futuro*, Carlos Escobar y Alejandra Molano (eds.), Bogotá, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, 2014, pp. 415-447; *Consulta étnica: Colombia entre derecho constitucional y derechos humanos, 1991-2013*. Agradezco interlocución en Colombia especialmente a Julio Gaitán, Gloria Amparo Rodríguez, Gonzalo Ramírez, Manuel Quínche, Paulo Bacca y Carolina Botero. Institucionalmente, mi agradecimiento se dirige a dicho Centro de Derecho Procesal Constitucional y a las Universidades del Rosario, Externado y del Bosque.

<sup>(2)</sup> Ejemplos últimos: Felipe GÓMEZ ISA, *Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights*, en «Human Rights Quarterly», 36-4, 2014, pp. 722-755; Juan Carlos RUIZ MOLLEDA, *Corte Colombiana incorpora enfoque de 'justicia ambiental' en ordenamiento colombiano*, en «Justicia Viva» (área de trabajo online), noviembre de 2014. Críticamente frente a dicha imagen modélica del caso colombiano, Luís HALLAZI, *Modelo para armar: El derecho a la consulta previa en los países andinos*, en «ALAI. América Latina en Movimiento» (área de trabajo online), octubre de 2013; Ana C. BETANCUR, *La consulta previa a los pueblos indígenas. De la participación democrática a la expropiación de territorios*, en «Observatorio Étnico» (área de trabajo online), marzo de 2014. Las direcciones en Internet de sitios no oficiales no las especifico si se localizan fácilmente navegando.

por la historia, sobre todo si se empeña en seguir procediendo de ella. Ambas vertientes, la histórica y la jurídica, por sí y por su interconexión, nos importan ahora. Intento definir el punto del derecho y ubicarlo en la línea de la historia como diría el maestro <sup>(3)</sup>.

Procedo a una historia de derecho del presente que no subordina ninguno de sus referentes. Quiere ser una historia que observa la actualidad con miras al futuro y sin volverse de espaldas al pasado, entendiendo que sin la dimensión del tiempo no cabe una comprensión cabal del derecho. Y su objeto es éste, el estrictamente jurídico, aunque no pueda dejar de ubicarse entre factores de otro carácter. Una experiencia personal en instituciones internacionales, a la que no dejaré de referirme, me ha ayudado a manejarme con las actuales políticas de Estados y de Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas y a asomarme a las posiciones de éstos, pero la misma sólo ha sido un acicate de partida de la investigación. No voy a ocuparme ahora de política del derecho, sino de historia jurídica, una historia de tiempo corto inmediato y de tiempo largo nada remoto. No hago entonces una historia de pasado que llega hasta hoy ni una historia de presente que se queda en el mismo, sino una historia que se sitúa y mueve por la actualidad recuperando su posición en el tiempo para entenderla y explicarla <sup>(4)</sup>.

La recogida de datos para este trabajo se ha cerrado finalizando 2014. En el nuevo año realizo la última visita a los sitios de internet utilizados. El cierre se produce a continuación de la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas y de la resolución del Consejo de Derechos Humanos para la «elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos» en el ámbito internacional, así como, en Colombia, de los Decretos de Autonomía Indígena y de la publicación del preacuerdo

---

<sup>(3)</sup> Paolo GROSSI, *Derecho, Sociedad, Estado (Una recuperación para el derecho)*, México D.F., Escuela Libre de Derecho, 2004, pp. 77-97 (*Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, 2006).

<sup>(4)</sup> Para el contexto constitucional e internacional de cuanto vamos a ver, B. CLAVERO, *Nación y naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio, 1810-2010*, en «Revista de Historia del Derecho» (Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires), 41, 2011, pp. 79-137; Id., *Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.

agrario, afectando a los pueblos indígenas, en el curso de las conversaciones de paz entre el gobierno y la guerrilla, todo lo cual lo registraremos para el momento presente de una historia que viene de lejos. Estemos o no ante signos de un final de etapa, el periplo actual internacional y latinoamericano puede y conviene historiarse en la perspectiva de un tiempo más largo <sup>(5)</sup>. Comencemos sin más demora por la trayectoria última del caso paradigmático de Colombia. Veamos.

## 2. *Consulta étnica en Colombia entre Convenio y Constitución.*

El día siete de agosto de 1991 la República de Colombia deposita en la Organización Internacional del Trabajo la ratificación del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 (Convenio 169, por el número de serie de los tratados de este organismo). En el mismo se instituye como obligación del Estado la consulta regular a dichos pueblos. El principal artículo que la contempla dispone que « los gobiernos », esto es los Estados que ratifican, « deberán consultar a los pueblos interesados », pueblos indígenas, « a través de sus instituciones representativas », « cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente », y ello « mediante procedimientos apropiados » y « de buena fe », todo « con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas », así como otro inciso del mismo artículo prescribe « establecer los medios » y « proporcionar los recursos

---

(5) Jo GULDI, David ARMITAGE, *The History Manifesto*, Cambridge, Cambridge University Press (CUP en delante), 2014, poderoso alegato por la *très longue durée* con vistas a la utilidad de la historiografía de cara al futuro, contiene sin embargo concesiones significativas a la corta duración al mismo propósito: « This long-term history needs to benefit from micro-history's refinement of the exemplary particular, those short moments in history during which the structures of power, hierarchy, and imagination are revealed »; « Micro-history and macro-history — short-term analysis and the long-term overview — should work together to produce a more intense, sensitive, and ethical synthesis of data » (pp. 36 y 119). La historia del presente hoy más a vista se mueve con perspectiva política de tiempos de media y corta duración: Timothy GARTON ASH, *History of the Present: Essays, Sketches, and Dispatches from Europe in the 1990s*, New York, Random House, 1999.

necesarios » por parte de los Estados « para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos », los indígenas. Así, los Estados que ratifican, como fuera el caso temprano de Colombia, quedan también obligados a respaldar y fortalecer tales *instituciones representativas*, esto es en suma, la autonomía de los pueblos indígenas aunque la palabra no se utilice (art. 6) <sup>(6)</sup>.

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

La finalidad cardinal de la consulta es la de defensa de cultura

---

(6) Del Convenio 169 utilizo la edición de *Normlex*, el sitio online de las normas de la Organización Internacional del Trabajo; de la Constitución de Colombia, la de *Political Database of the Americas* de la Universidad de Georgetown que, junto a ediciones reformadas, mantiene exento el texto original definitivo, el de 1991 (el publicado por la Asamblea Constituyente en la Gaceta Constitucional, n. 114, hubo de ser todavía corregido); de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la edición que empleo es la de un folleto de Naciones Unidas escaneado en el sitio del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (a la que fue objeto de aprobación por la Asamblea General se le hicieron todavía unas correcciones de estilo en la versión castellana): [undesadspd.org/IndigenousPeoples.aspx](http://undesadspd.org/IndigenousPeoples.aspx). De la *Political Database of the Americas* también me sirvo para otras Constituciones que habré de citar.

y territorio indígenas o, mejor dicho, la de garantía de los correspondientes derechos: « Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural » (art. 7); « los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. La utilización del término tierras [...] deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera » (art. 13). La consulta, en definitiva, se hace presente a lo largo del Convenio como garantía de los derechos que contempla. No se reduce a un artículo entre otros o, aún menos, a una posibilidad entre otras. Es el gozne de articulación del instrumento (7).

Como suele ocurrir con los compromisos normativos internacionales que requieren modificaciones en el ordenamiento interno, a lo que se está obligado por el derecho internacional sobre los

---

(7) Para advertencia temprana, Magdalena GÓMEZ RIVERA, *Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México DF, Instituto Nacional Indigenista, 1991 y, ed. revisada, 1995. Para presentación por parte del principal impulsor del Convenio en el seno de la OIT: Lee SWEPSTON, *A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989*, en « Oklahoma City University Law Review », 15 (1990), 3, pp. 677-714 (*nuevo paso* porque hay un anterior *Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes*, 107 de 1957, y otros instrumentos de la OIT sobre *trabajo indígena* sin relevancia el uno ni los otros a nuestro efecto). Para su presencia judicial creciente, que no siempre es incidencia efectiva, *Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una recopilación de casos*, Ginebra, OIT, 2009, pp. 63-127 para Colombia. En [books.google.com/ngrams](http://books.google.com/ngrams) puede apreciarse la irrupción del sintagma *indigenous consultation* o *consulta indígena* en el último cuarto de siglo. Para noticias de la práctica, hay un sitio monográfico precisamente colombiano: [www.consultaprevia.org](http://www.consultaprevia.org).

tratados (8), la vigencia del Convenio 169 no resulta inmediata según sus propias previsiones. Se atiende a la conveniencia de que los Estados cuenten con un tiempo de vacancia para poder proceder a dicha adaptación de su ordenamiento a los compromisos contraídos. En concreto, el Convenio 169 dispone su entrada en vigor « doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación » (art. 38), lo que en el caso de Colombia acontece en consecuencia el siete de agosto del año 1992. Se entiende que, de haber determinación, el transcurso de un año constituye tiempo bastante para la implantación de las medidas necesarias, inclusive constitucionales, a fin de que novedades como la de obligación del Estado a la consulta indígena en todos los supuestos previstos por el Convenio 169 y de la forma como el mismo los contempla pueda comenzar a practicarse sin mayor problema.

Unos procedimientos están sumaria y suficientemente caracterizados para poner el motor en marcha si se tiene en cuenta la inmensa casuística previsible por la variedad y heterogeneidad de casos y condiciones de *pueblos indígenas en países independientes*. Difícilmente el Convenio podría concretar más. La consulta ha de ser previa a las *medidas legislativas o administrativas susceptibles* de afectar *directamente* a pueblos indígenas y debe efectuarse con sus *instituciones representativas*, mediante *procedimientos apropiados* y,

---

(8) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, en vigor desde 1980), art. 27: « Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...] », a senso contrario, con una salvedad (art. 46: « El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno ») impensable para el supuesto del Convenio 169 por lo que enseguida veremos acerca de su ratificación en el contexto constituyente colombiano. La Convención de Viena Colombia la tiene ratificada desde antes de 1991 (Ley 32 de 1985). Interesándonos la vinculación de los Estados, dejo al margen la problemática de su aplicabilidad estricta a organizaciones internacionales como la OIT: Mary E. FOOTER, *International Organizations and Treaties: Ratification and (Non)-Implementation of the 'Other' Vienna Convention on the Law of Treaties*, en *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Alexander Orakhelashvili y Sarah Williams (eds.), Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2010, pp. 183-204.

sobre todo, de *buena fe* y con la vista puesta en el logro de *acuerdo*. Por parte de los Estados, no han de caber prácticas de mediación ni, aún menos, de cooptación. Por la de los pueblos indígenas, en este diseño tampoco caben otras mediaciones, ni siquiera de organizaciones indígenas si no cuentan con la confianza expresa del pueblo o los pueblos afectados en cada caso a fin de poder considerarse *representativas* a los efectos de la correspondiente consulta <sup>(9)</sup>. Dígase lo propio de la eventual representación indígena en instituciones del Estado como eminentemente en el Congreso, lo cual puede estar incluso garantizado con cupo de reserva como luego veremos que ocurre en Colombia.

Desde el siete de agosto de 1992 la República de Colombia tiene contraída internacionalmente la obligación de atenerse a los términos del Convenio 169. Desde un año antes, desde el mismo día de 1991, tenía el compromiso de preceder a la adaptación de su ordenamiento de forma que este tratado fuera en todo practicable a partir de su entrada en vigor. Dentro de estas coordenadas temporales, la obligación de consulta presenta una importante particularidad. Aunque el Convenio no estuviera aún vigente a efectos del compromiso internacional, durante dicho año de vacancia las previsiones de consulta han de aplicarse a fin de que el Estado no preconstituya procedimientos a espaldas de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

No está dicha tal cosa en el Convenio de modo explícito, pero del mismo se deduce con toda lógica. La regulación de la consulta conforme a los criterios sentados por el Convenio como ha de realizarse no es de otra forma que mediante consulta. Así lo han entendido instancias competentes al efecto como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo y el Relator del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instancias que también han aclarado que *medidas legislativas* incluyen las de orden constitucional. De otro modo, los

---

<sup>(9)</sup> *¿Quién habla por quién? Representatividad y legitimidad de organizaciones y representantes indígenas. Un debate abierto*, Sabine Speiser (ed.), Quito, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2013, bien que con contribuciones precisamente no indígenas.

requisitos de consulta podrían fácilmente sortearse. Porque tal no haya sido la pauta general, porque la legislación y la jurisprudencia de los Estados no hayan sido en caso alguno tan consecuente, el derecho sobre consulta del Convenio es el dicho <sup>(10)</sup>. Mediante el mismo la Organización Internacional del Trabajo rectificaba su trayectoria anterior, acomodada en el colonialismo, de desatención de derechos de pueblos indígena procurando que los Estados siguieran sus pasos, ratificándolo <sup>(11)</sup>. La consulta es garantía de tales derechos. Su importancia no se entiende si no se mira a la sustancialidad de lo que ampara, una realidad todavía colonial adversa para el reconocimiento y amparo de derechos <sup>(12)</sup>. Ahí está en las Américas aunque así no lo

---

<sup>(10)</sup> *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, César Rodríguez Garavito y Meghan Morris (eds.), Bogotá, Universidad de los Andes, 2010; *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*, Beatriz Cajías y Claudia Heins (eds.), La Paz, Fundación Konrad Adenauer, 2012, pp. 79-114 para Colombia; *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, María Clara Galvis y Ángela María Ramírez (eds.), Washington, Due Process of Law Foundation, 2013, pp. 71-220 para la consulta previa.

<sup>(11)</sup> Luis RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, Oxford, Oxford University Press (OUP en adelante), 2005; Id., *El Código Colonial: La Organización Internacional del Trabajo y los 'trabajadores indígenas', 1919-1957*, en estos «Quaderni fiorentini», 33-34 (2004-2005), *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale tra Otto e Novecento*, pp. 259-317. Predominan las visiones menos críticas: Athanasios YUPSANIS, *The International Labour Organization and its Contribution to the Protection of the Rights of Indigenous Peoples*, en «Canadian Yearbook of International Law», 49 (2011), pp. 117-176. El éxito de las ratificaciones del 169 hasta ahora, a finales de 2014, es modesto, salvo en América Latina precisamente (por orden cronológico, México, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Guatemala, Ecuador, Argentina, Brasil, Venezuela, Chile y Nicaragua). La Organización Internacional del Trabajo cuenta con una oficina dedicada a la promoción del Convenio 169 (pro169.org).

<sup>(12)</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington, Organización de Estados Americanos, 2009, cap. 9: *Derechos a la consulta y a la participación*. La atención a derechos de los pueblos indígenas y asimilados por el sistema interamericano de derechos humanos es uno de los elementos que se alegan a favor de la presunta existencia de un derecho constitucional común americano: Gonzalo AGUILAR, *¿Surgimiento de un derecho constitucional común en América?*, en «Revista Derecho del Estado», 25 (2012), pp. 41-83 (Parte I, *El caso de los pueblos indígenas*) y 26 (2011), pp.

reconozcan las normas internacionales. Concluiremos precisamente reflexionando sobre el imperativo de descolonización.

Colombia no es excepción. No lo es en cuanto a la trayectoria previa, como tampoco respecto a la evolución seguida tras la ratificación del Convenio. Ni la jurisprudencia colombiana ha sido tan consecuente o, si prefiere decirse, tan exigente ni, para empezar, el Estado aprovechó el año de vacancia del Convenio para proceder a la adaptación necesaria del ordenamiento interno en modo alguno, consultando con los pueblos indígenas o sin hacerlo. La misma obligación internacional de adoptar la consulta en relación con los pueblos indígenas desde la propia ratificación del Convenio, sin periodo de vacancia, se refuerza en el caso de Colombia por sus términos de adopción del compromiso. El Convenio entró en vigor por ley antes que por él mismo, antes que por tratado, cambiando así en poco tiempo de rango normativo, de legislativo a convencional, a otro valor como norma del que luego habremos de tratar <sup>(13)</sup>. La misma Constitución asimila a legislación interna instrumentos ratificados que pueden entenderse los de la Organización Internacional del Trabajo (art. 53: « [...] Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna [...] »). Sin embargo, al adquirir el Convenio 169 fuerza de tratado al cabo del año de la ratificación, el compromiso ascendió de rango. No responde definitivamente a una mera ley disponible para el Con-

---

51-83; sin el interrogante, ID., *Emergencia de un derecho constitucional común en materia de derechos indígenas*, en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América latina?*, Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales (eds.), México DF, UNAM, 2010, vol. I, pp. 3-84.

<sup>(13)</sup> La Ley 21 de 1991 « por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes » (Diario Oficial n. 39.720, de 6 de marzo), incorpora el texto del Convenio y dispone que « la presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación », dejando ahora aparte que esta de la publicación como ley sea la práctica regular de aprobación parlamentaria de tratados en Colombia. No es raro en la doctrina colombiana que los artículos del Convenio 169 se citen como artículos de la Ley 21/1991, tendiéndose así a oscurecerse su rango normativo superior al legislativo. De hecho, cuando el mismo Convenio entra así, por ley, en vigor en Colombia, no lo estaba en ningún sitio, puesto que, como tratado multilateral, tenía que alcanzar un número de ratificaciones para hacerlo y este requisito sólo se acredita el 5 de setiembre de 1991 al cumplirse el año de la ratificación mexicana, tras el depósito por tanto de la colombiana.

greso ni, aún menos, mediante interpretación, para la Corte Constitucional (14). Luego especificaremos más.

También y principalmente resulta reforzada tal obligación de consulta por el contexto normativo interno. La ratificación del Convenio 169 se incardina en el último proceso constituyente, el de la actual Constitución. No es sólo que se produjera una coincidencia de tiempos en el año de gracia de 1991. Es más, pese a que el Convenio tuviera una presencia nimia en los debates constituyentes estrictos. Su recepción en el ordenamiento colombiano pudo justamente venir a entenderse que complementaba y hasta redondeaba la propia orientación constitucional, una orientación renovadora en la dirección de reconocimiento de derechos indígenas y asimilables (15). Materialmente, el Convenio resultaba una pieza básica del propio orden constitucional que estaba de tal forma regenerándose. Colombia se reconstituyó en 1991 con una Constitución y con un Convenio, con la primera en lugar eminente desde luego, pero con el segundo también como adlátere (16). No creo que entre la una y

---

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

(15) Daniel BONILLA, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006, cap. 2: *La Asamblea Nacional Constituyente, la Constitución de 1991 y la tensión entre unidad cultural y diferencia cultural*; Carlos Vladimir ZAMBRANO, *Los ejes políticos de la diversidad cultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006; Libardo José ARIZA, *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009; Natalia RODRÍGUEZ URIBE, *Derechos humanos colectivos y Multiculturalismo: Respuesta a las críticas universalistas y desarrollo constitucional en Colombia*, en «Precedente. Revista Jurídica» (Universidad ICESI), 4 (2014), pp. 7-56, a publicarse en francés en *Les droits indigènes en Amérique Latine*, Arnaud Martin (ed.), L'Harmattan.

(16) B. CLAVERO, *Nación y naciones en Colombia*, cit., pp. 125-131; Mikel BERRAONDO, *Territorios indígenas colombianos. Una historia de expolio, desplazamiento y extinción*, en *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, Marco Aparicio (ed.), Barcelona, Icaria, 2011, pp. 297-328; B. CLAVERO, *Constitucionalismo indígena por América Latina, con particular consideración de Colombia*, en *Escuela Intercultural de Diplomacia Indígena. Memoria, derecho y participación*, Ana Catalina Rodríguez, Pedro Rojas y Ángela Santamaría (eds.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2012, pp. 225-237. Para esto de unas relaciones

el otro, la Constitución y el Convenio, se conforme tanto como una *constitución indígena* en Colombia, pero entre ambos instrumentos ha de componerse el parámetro constitucional al respecto <sup>(17)</sup>.

Se acusa sin embargo un serio desajuste desde estos inicios que no podemos aquí eludir. La obligación de consulta del Convenio tiene un alcance materialmente constitucional por cuanto que afecta al ejercicio de funciones como la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, a todas ellas, y porque interesa a derechos de pueblos, pero la Constitución no parece darse por enterada de la novedad. La institución de la consulta indígena no comparece en el texto constitucional, ni en su Título II, *De los Derechos, las Garantías y los Deberes*, ni en su Título IV, *De la Participación Democrática y de los Partidos Políticos*, ni en su Título VI, *De la Rama Legislativa*, ni en su Título VII, *De la Rama Ejecutiva*, ni en título alguno suyo. Aparece la *consulta popular*, en la que no cabe empero subsumir la consulta indígena aunque sólo fuera por la diferencia del sujeto colectivo a ser consultado <sup>(18)</sup>. Hasta tal punto la Constitución no registra la consulta indígena que, en línea con las escasa atención que se le prestó al Convenio en los debates constituyentes, pudo haber acercamientos serios a la novedad de la Constitución de cara a los pueblos indígenas sin mencionársele siquiera <sup>(19)</sup>.

---

internacionales en las que aquí no entramos, contextualizando, la misma A. SANTAMARÍA, *Redes transnacionales y emergencia de la diplomacia indígena. Un estudio del caso colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008.

<sup>(17)</sup> Frank SEMPER, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en « Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano », 12 (2006), II, pp. 761-778, para tal idea de *constitución indígena* colombiana que se hace integrar sustancialmente, aparte el derecho propio indígena, por Constitución del Estado y Convenio 169 (pp. 762-763).

<sup>(18)</sup> *Retos de la democracia y de la participación ciudadana*, Rocío Araujo y María Lucía Torres (eds.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2011, con el capítulo específico, pp. 125-152: Gloria Amparo RODRÍGUEZ, *El derecho a la participación y la consulta previa a pueblos indígenas*; la misma G.A. RODRÍGUEZ, *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario-Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2014.

<sup>(19)</sup> Como muestra expresiva, Roberto PINEDA, *La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia*, en « Alteridades. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades », 14 (1997), *Estado nacional, autodeterminación y autonomías*, pp. 107-129.

Había y aún hay con todo ello un reto de articulación constitucional de las obligaciones contraídas por el Estado mediante la ratificación del Convenio 169. En otros casos por las latitudes de Latinoamérica, porque las Constituciones hayan venido a registrar la institución de la consulta como derecho de los pueblos indígenas, tampoco se ha hecho el intento de replantear a su luz los procedimientos de las instancias constitucionales, el juego de sus poderes <sup>(20)</sup>. Colombia perdió la ocasión que se le presentó por la confluencia de la ratificación con la nueva Constitución en 1991, una Constitución que comienza por considerarse multicultural: «El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana» (art. 7), y que lo hace esencialmente por atención a la presencia de pueblos indígenas. Con las consecuencias extraídas, el escenario de renacimiento constituyente de un Estado fallido abría realmente un horizonte en parte luego bloqueado y entonces desaprovechado <sup>(21)</sup>.

La Constitución colombiana perfila un escenario donde el Convenio 169 y su requerimiento de consulta pueden tener acogida y acomodo, como es punto de partida que no resulta raro por Latinoamérica desde hace pocos años <sup>(22)</sup>. En Colombia, la Consti-

---

<sup>(20)</sup> Ramiro ÁVILA, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya Yala, 2011; B. CLAVERO, *Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano*, en *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica, 1812-2012*, Adriana Luna, Pablo Mijangos y Rafael Rojas (eds.), México DF, Taurus, 2012, pp. 421-453.

<sup>(21)</sup> Gabriel L. NEGRETTO, *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, Cambridge, CUP, 2013, cap. 6: *Constitutional Change as a Response to State Failure: Colombia 1991*; Jorge Andrés HERNÁNDEZ, *La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional*, en «Colombia Internacional», 79 (2013), *Constituciones andinas en debate(s)*, pp. 49-76.

<sup>(22)</sup> Christian GROS, *Políticas de la etnicidad. Identidad, Estado y modernidad*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2000; Cletus G. BARIÉ, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, ed. actualizada, México-La Paz-Quito, Abya Yala, 2003<sup>2</sup>; Raquel YRIGOEYEN, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, en *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, C. Rodríguez Garavito (coord.), México DF, Siglo XXI, 2011, pp. 139-159, trad. al francés en *Peuples autochtones dans le monde. Le enjeux de la reconnaissance*, Irène Bellier (ed.), París,

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

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

---

L'Harmattan, 2013, pp. 209-228, interesando también, para ubicación, los volúmenes completos.

*étnica* (23). Dada la existencia de comunidades afrodescendientes de base territorial por otras latitudes latinoamericanas, la asimilación no es sólo colombiana (24). Lo afrodescendiente es más que lo tribal como, por supuesto, lo tribal es más que lo afrodescendiente.

Entre los derechos en sustancia indígenas, la Constitución colombiana no menciona la consulta, sea indígena o étnica, ni tan siquiera cuando se encuentra con pie para hacerlo. Cuando trata de las *entidades territoriales indígenas*, dispone que la regulación de su encaje con otras entidades que concurren en la composición del ordenamiento territorial habrá de efectuarse con intervención de parte indígena: « La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de

---

(23) Enrique SÁNCHEZ, Roque ROLDÁN, María Fernanda SÁNCHEZ, *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá, Disloque, 1993; Peter WADE, *Gente negra, nación mestiza. Dinámicas de las identidades raciales en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1997; *Blackness in Latin America and the Caribbean*, Norman E. Witten y Arlene Torres (eds.), Bloomington, Indiana University Press, 1998, con capítulo sobre Colombia de P. Wade (vol. I, pp. 311-334); William VILLA, *Movimiento social de comunidades negras en el Pacífico colombiano. La construcción de una noción de territorio y región*, en *Geografía Humana de Colombia*, vol. VI, *Los afrocolombianos*, Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, 2000 (ed. electrónica), cap. 15; Eduardo RESTREPO, *Etnización de la negritud: la invención de las 'comunidades negras' como grupo étnico en Colombia*, Popayán, Universidad del Cauca, 2013, con una reflexión preliminar plausible sobre formación y reconocimiento de « grupos étnicos », cap. 2 para la vertiente jurídico-política. No creo necesario ocuparme aquí de la extensión ulterior de derechos a otros sujetos: *raízal* y *palenquero*, ambos *creoles* (y ambos presentes en la Constitución, el primero nominalmente, como *comunidades nativas* a ser protegidas, pero no en términos de derechos propios: art. 310), y *rom*, *roma* o gitano, que cabe acercarse como pueblo al caso *indígena* cuando éste ha perdido el arraigo territorial propio y mientras que no lo recupere, no a todo él por supuesto. Véase, con consideración del Convenio 169, Juan Camilo BUSTAMANTE, *El pueblo Rrom (gitano) y la Kriss Romaní en el ordenamiento jurídico colombiano, 1998-2010*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2012.

(24) Ariel E. DULITZKY, *Cuando los afrodescendientes se transformaron en "pueblos tribales"*. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras*, en « El Otro Derecho » (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), 41 (2010), *Luchas y debates de los afrodescendientes a una década de Durban: Experiencias en América Latina y el Caribe*, pp. 13-48; Karen ENGLE, *The Elusive Promise of Indigenous Development: Rights, Culture, Strategy*, Durham, Duke University Press (DUP en adelante), 2010, parte III: *Indigenous models in other contexts: the case of Afro-Colombians*.

Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas [...] » (art. 329). He aquí un caso neto de *consulta* para el Convenio que la Constitución ni siquiera identifica por su nombre. Cómo deba sustanciarse sigue siendo una incógnita pues la actual Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1454/2011) aplaza el tratamiento de lo concerniente a las entidades indígenas <sup>(25)</sup>. Con referencia expresa ahora precisamente a *consulta*, contiene la previsión de una « ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas » (art. 37, par. 2º). Aun sin consulta, la Ley ya les afecta <sup>(26)</sup>. Una autonomía indígena realmente existente desde antes de la Constitución sigue sin encontrar un acomodo territorial digno tras ella <sup>(27)</sup>.

De hecho, pese a la Constitución sigue en buena parte vigente una ley de 1890 « por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada », de la que luego diremos, admitiendo por vía de tolerancia,

---

<sup>(25)</sup> Para el momento previo, pues no se altera de forma directa en la vertiente indígena, *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*, Liliana Estupiñán y Julio Gaitán (eds.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, partes II-IV para Colombia.

<sup>(26)</sup> Cap. III, « Competencias en materia de ordenamiento del territorio », art. 29.2, « Del Departamento [...] d) Integrar y orientar la proyección espacial de los planes sectoriales departamentales, los de sus municipios y entidades territoriales indígenas », lo que en la práctica lleva a la subordinación de éstas además, a algunos efectos, incluso a municipios no indígenas. Pese a su parcialidad reconocida, la Ley formula unos *principios rectores del ordenamiento territorial* que no pueden estar a su alcance (art. 3). La norma ostenta el título oficial de « Ley por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones », pero en su texto se refiere a sí misma como Ley Orgánica de Ordenación Territorial, seguramente por haberse planteado el proyecto sin la excepción indígena.

<sup>(27)</sup> Astrid ULLOA, *Colombia: autonomías indígenas en ejercicio. Los retos de su consolidación*, en *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, Miguel González, Araceli Burguete y Pablo Ortiz (eds.), Quito, FLACSO-IWGIA-CIESAS, 2010, pp. 149-176.

sin fundamento de derecho, una autonomía indígena. La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial permite colateralmente una supe-ditación mayor. La corrección ha venido recientemente, asegurándose la autonomía en materia de administración y protección del territorio y capacitación por transferencias fiscales y de políticas o servicios públicos, por medio de decretos autónomos, esto es, sin base en ley <sup>(28)</sup>, ni tampoco, estrictamente, en el Convenio 169 aunque no deje éste de alegarse.

Se trata del « Decreto número 1953 de 2014 (7 de octubre) por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política », esto es, mientras que se siga incumpliendo el mandato constitucional de una ley integral de ordenamiento territorial, y del « Decreto número 2333 de 2014 (19 de noviembre) por el cual se establecen los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas acorde con lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT [...] » <sup>(29)</sup>.

Llamémosles Decretos de Autonomía Indígena. Tienen como base un artículo transitorio de la Constitución que precisamente prevenía esa posibilidad de falta de ley territorial integrante de los territorios indígenas <sup>(30)</sup>. Pero de hecho no se trata de reglamentos autónomos de la rama ejecutiva, puesto que se han negociado y

---

<sup>(28)</sup> Manuel Fernando QUINCHE, Franky URREGO, *Los decretos presidenciales en el sistema normativo*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2011.

<sup>(29)</sup> Constitución, art. 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, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia ».

<sup>(30)</sup> Constitución, art. transitorio 56: « Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales ». En cuanto a los decretos, no invento el nombre. El Observatorio Étnico ([observatorioetnicocecoin.org.co](http://observatorioetnicocecoin.org.co)) los denomina Decretos Autonómicos.

acordado con organizaciones indígenas, tampoco exactamente con los pueblos. En todo caso, hay base para traer causa del Convenio, de su requerimiento de consulta.

Se hace y no se hace. Junto a la Constitución, el Convenio lo alegan los Decretos de Autonomía no sólo en el título de uno de ellos: « El desarrollo de los Territorios Indígenas requiere un marco jurídico que permita que los pueblos y comunidades indígenas desarrollen la autonomía que les otorga la Constitución y el Convenio 169 de 1989 » (decreto 1953). Incluso de enfatiza: « El Convenio 169 de la OIT es un instrumento internacional que reconoce derechos humanos de los pueblos indígenas y, por tanto, hace parte del bloque de constitucionalidad, por disposición del artículo 93 de la Constitución Política » (decreto 2333). Reténgase que se califica al Convenio como *instrumento internacional de derechos humanos* para cuando tratemos de éstos. Tampoco se olvide que se le tiene ahí por integrante de todo un *bloque de constitucionalidad* por lo que también habremos de ver sobre su rango normativo.

Ahí se tiene el registro, con el que sin embargo no se guarda consecuencia en lo que atañe a consulta. Se le prevé a diversos efectos con una Mesa Permanente de Concertación Nacional con los Pueblos y Organizaciones Indígenas o, más en general, « con los pueblos y comunidades indígenas », « con las comunidades indígenas » tan sólo, sin referencia a pueblos, o « con los pueblos y organizaciones indígenas » (art. 86). En todo caso, dicha Mesa Permanente media en la consulta a tales otras entidades, las de pueblos, comunidades y organizaciones. Los propios decretos es con esta Mesa de Concertación con la que se negocian y acuerdan. A su través se conduce igualmente la consulta de la misma ley pendiente de ordenación territorial en lo que toca a territorios indígenas. Los Decretos de Autonomía prefiguran su contenido.

Según quedó configurada por ley (1397 de 1996), la Mesa Permanente de Concertación Nacional con los Pueblos y Organizaciones Indígenas constituye un organismo intergubernamental con un contingente de representantes de organizaciones indígenas. ¿Dónde quedan los pueblos indígenas como sujetos autónomos del derecho a la consulta cual garantía de sus derechos sustantivos particulares, derechos de los pueblos, de cada pueblo, y no de las

organizaciones? ¿Y dónde la regulación o la práctica de la consulta conforme a los requerimientos del Convenio?

A estas alturas, en 2011 y hoy, declinando 2014, los *mecanismos especiales de consulta previa* aludidos por la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y contemplados por los Decretos de Autonomía Indígena siguen siendo problemáticos en sí y, más aún, si se les mira a la luz del Convenio, el cual funciona como una referencia vacía de contenido a los mismos efectos normativos. Tales mecanismos ni los registra la Constitución, ni cuentan con regulación apropiada, ni conocen una práctica regular y homologable, como tampoco se tiene nada de ello más en general respecto al acomodamiento constitucional de los pueblos indígenas <sup>(31)</sup>.

Las experiencias intermitentes y desiguales de consultas habidas no han sido para establecer por vía alguna un régimen satisfactorio de garantía respecto a la parte indígena mediante el cumplimiento de la obligación constante del Estado. Tampoco han contribuido unos amagos de reglamentación mediante disposiciones de rango inferior o complementario al legislativo, cuales sean incluso unas directivas presidenciales, tal y como si se tratara de leyes o como si pudieran equivaler <sup>(32)</sup>. Ha de remarcarse todo esto por lo dicho de que el caso colombiano, sobre todo por su jurisprudencia que pronto confrontaremos, se enarbola no raramente como término de referencia para Latinoamérica <sup>(33)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> F. SEMPER, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia*, cit.; B. CLAVERO, *Nación y naciones en Colombia*, cit.; Efraín JARAMILLO, *Los indígenas colombianos y el Estado. Desafíos ideológicos y políticos de la multiculturalidad*, Copenhague, IWGIA, 2011; el mismo E. JARAMILLO, *Colombia*, en « El Mundo Indígena » (IWGIA: International Work Group for Indigenous Affairs), 2014, pp. 118-129.

<sup>(32)</sup> *La Consulta Previa a Grupos Étnicos en Colombia. Compendio de Legislación, Jurisprudencia y Documentos de Estudio*, 2 vols., Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia, 2009. Cuando una misión del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas visitó Colombia en julio de 2010, a lo que luego me referiré, se nos preparó por dicho Ministerio, que por entonces reunía ambas competencias, un dossier ad hoc sobre el estado de la cuestión sustrayendo documentación clave.

<sup>(33)</sup> *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), Bogotá, Siglo del Hombre, 2001; colectivo, *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, Parte II, Título III, *Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional*; Esther SÁNCHEZ BOTERO, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela*

Leyes hay en Colombia que contemplan la consulta, pero no que la regulen en cuanto tal, respecto al conjunto y al despliegue de sus requisitos, formas y efectos. Un reciente anteproyecto de ley, de 2012, ya caducado por la celebración de elecciones parlamentarias en marzo de 2014, sigue sin cubrir satisfactoriamente la regulación de la consulta para el estándar establecido por el Convenio <sup>(34)</sup>. El asunto está deslegalizado, pero no por consideración del mecanismo de consulta. Aunque la Constitución quiso salir al paso, la dinámica constitucional colombiana favorece la transmisión de facultades de la rama legislativa a la ejecutiva, en cuyas manos recae hoy básicamente la materia de consulta, al menos en cuanto a su práctica, pues ya veremos cómo la Corte Constitucional se hace con su regulación <sup>(35)</sup>.

La misma Organización Internacional del Trabajo en su labor de supervisión del Convenio 169 no ha dejado de acusar en más de una ocasión el déficit normativo y las inconsecuencias políticas de

---

*como medio para la construcción del entendimiento intercultural*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010.

<sup>(34)</sup> CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO, *Análisis: Borrador de Proyecto de Ley Estatutaria de Consulta Previa. El límite de los derechos de los pueblos étnicos*, Bogotá, Fos-Colombia, 2012; Diana Milena MURCIA, *El derecho a la Consulta previa en Colombia. Análisis del borrador de proyecto de reglamentación de junio de 2012*, Bogotá, Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2013 (eds. electrónicas ambas). El proyecto en su momento sirvió para que Colombia lo presentase, como mérito a su favor, para su turno de examen de 2013 ante la Organización Internacional del Trabajo, a lo que enseguida me refiero. No se ceja con proyectos en la línea de desvirtuar el derecho de consulta en sí y como procedimiento y garantía: Carlos Andrés MANRIQUE, *El gobierno de la autoestima y la consulta previa*, en « Palabras al Margen » (área de trabajo online), setiembre de 2014.

<sup>(35)</sup> La última Directiva Presidencial, que se presenta además como « Guía para la Realización de la Consulta Previa con Comunidades Étnicas » (10/2013, de 7 de noviembre, completada con el protocolo del Decreto 2613, de 20 del mismo mes, Diarios Oficiales 48.967 y 48.980), es un nuevo testimonio tanto de la elusión del derecho internacional como de la artificialidad del vacío consiguiente, aunque el Convenio 169 se invoque, no en cambio la Declaración de la que trataremos. Las directivas presidenciales están en concreto amparando la práctica de sustitución del Estado a los efectos de consulta por las empresas interesadas en el acceso a recursos indígenas: Yadira CASTILLO, *El rol de la empresa internacional extractiva de petróleo en la consulta previa con las comunidades indígenas: La experiencia de Colombia*, en « Revista de Derecho » (Universidad de los Andes), 37 (2012), pp. 1-35.

Colombia en relación a la obligación de consulta <sup>(36)</sup>, lo que los Decretos de Autonomía Indígena de 2014 tampoco han solventado. Hay un vacío normativo artificial por cuanto que se están eludiendo las directrices marcadas tanto por el Convenio 169 como, en estos últimos años, de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la que luego habremos de ocuparnos desde luego. A este respecto, con tal vacío artificial ha venido a producirse en Colombia una especie de suplencia normativa, concretamente por activismo de la Corte Constitucional <sup>(37)</sup>.

Aunque la consulta no figure en la Constitución ni como derecho indígena ni como obligación del Estado, la Corte Constitucional ha entendido desde 1997 que la misma tiene un alcance de tal carácter, constitucional, mereciendo tutela, con lo que ha desarrollado una jurisprudencia no sólo garantizadora, sino también reguladora, lo primero en contados y sonados casos de incumpli-

---

<sup>(36)</sup> Ana Lucía MAYA, *El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado colombiano*, en «El Otro Derecho», 40 (2009), *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*, pp. 75-95. Actualmente, para 2015, Colombia tiene pendiente un informe sobre la siempre fallida legislación de consulta. Para reflexión, con registro del Convenio 169, Carlos A. RODRÍGUEZ SCHRADER, *Recomendación u obligación: análisis de las decisiones del consejo de administración de la OIT en la jurisprudencia constitucional colombiana*, en «Revista de Derecho Público» (revista online, Universidad de los Andes), 32 (2014), art. 13.

<sup>(37)</sup> Mónica URIBE, Juan Fernando SANTA, *El derecho a la consulta previa*, Medellín, Universidad EAFIT, 2008 (ed. electrónica); Daniel VELANDIA, *Desafíos del Estado colombiano respecto al derecho a la consulta previa y los grupos étnicos*, en «Revista Centro de Estudios Políticos», 2 (2010), pp. 49-75; Valeria SILVA, *El derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa*, en «Revista Derecho del Estado», 25 (2010), pp. 247-251; Carlos Eduardo SALINAS, *La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*, en «Revista Derecho del Estado», 27 (2011), pp. 235-259; Alejandra VEGA, *Consulta previa a pueblos indígenas y tribales. Análisis y propuesta de legislación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012 (ed. electrónica); Laura POSADA, *La consulta y el consentimiento libre, previo e informado como herramientas de litigio de los grupos étnicos*, Medellín, Universidad EAFIT, 2012 (ed. electrónica); María Alejandra DURÁN, *El derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2013 (ed. electrónica).

miento más flagrante <sup>(38)</sup>. Hasta tal punto se ha significado a ambos efectos la Corte Constitucional colombiana que se le viene tomando como guía y modelo para otras jurisdicciones de constitucionalidad y de amparo por Latinoamérica. La necesidad de suplencia hacia el interior se ha hecho virtud de ordenamiento para el exterior por las deficiencias aún mayores de otros casos más que por los méritos propios <sup>(39)</sup>.

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

Aquí nos interesa la suplencia, esto es, el desarrollo de una regulación sobre la consulta indígena por parte de la Corte Constitucional. En el último pronunciamiento al respecto, contenido en la Sentencia de Constitucionalidad 253/2013, la propia Corte hace un repaso de dicho desenvolvimiento no sólo por lo que toca a las *comunidades negras* <sup>(40)</sup>. La misma versa sobre esta categoría de *negro*, resolviendo que, conforme a la Constitución, no es de carác-

---

<sup>(38)</sup> Catalina BOTERO, *Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en « Precedente. Revista Jurídica » (Universidad ICESI), 2003, pp. 45-85; *Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia*, Carlos Parra y G.A. Rodríguez (eds.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2005; G.A. RODRÍGUEZ, *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010 (ed. electrónica); *Minería en Colombia: Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos*, Luis Jorge Garay Salamanca (dir.), Bogotá, Contraloría General de la República, 2013. La Sentencia de Unificación 039/1997, que interesa al respecto, el sitio de la Corte la incluye con resumen en inglés entre « its most important decisions ».

<sup>(39)</sup> B. CLAVERO, *Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia*, pp. 46-53 sobre Colombia, en « *Revista Española de Derecho Constitucional* », 94 (2012), pp. 29-60. Para la virtualización forzada, E. SÁNCHEZ BOTERO, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. En la reciente y útil « Sumilla de sentencias sobre el derecho a la consulta previa emitidas por cortes latinoamericanas » de *La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. Compendio de legislación y jurisprudencia*, J.C. Ruiz Molleda (ed.), Lima, Instituto de Defensa Legal, 2012, pp. 339-342, Colombia se lleva con diferencia la parte del león.

<sup>(40)</sup> Para el texto de las sentencias, el sitio de la Corte Constitucional ([corte-constitucional.gov.co](http://corte-constitucional.gov.co)) cuenta con buenos buscadores; en el de la Universidad del Rosario ([urosario.edu.co](http://urosario.edu.co)), la página de la Cátedra Viva Intercultural de la Facultad de Jurisprudencia ofrece enlaces a las específicas sobre consulta previa.

ter discriminatorio puesto que sirve, con el uso de dicho calificativo, para extender a comunidades afrocolombianas los derechos de los *grupos étnicos*, esto es, de los *pueblos indígenas*. *Negro*, con su derivado *nigger*, es término proscrito en el vocabulario jurídico y político internacional por su carga racista y grave implicación discriminatoria, mas puede tener a escala local la significación opuesta. Esto no quita que su uso social pueda resultar en casos, tampoco siempre, seriamente ofensivo también en Colombia, pero se entiende que esto no debe contaminar la categoría constitucional. Uso social y uso jurídico se diferencian y se influyen <sup>(41)</sup>.

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

La Corte Constitucional se introduce en el repaso de su jurisprudencia sobre consulta *étnica* anunciando que lo hace porque va a modificarla. Lo inicia con la Sentencia de Constitucionalidad 169/2001 que, a propósito de la reglamentación de competencias congresuales, constataba que «la consulta previa no había sido prevista ni por la Constitución ni por la Ley para medidas legislativas» con carácter general, sino sólo para «el caso de la explotación de recursos naturales en los territorios de grupos étnicos», lo que asegura que se contiene en el artículo 330 de la Constitución: «De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados

---

(41) P. WADE, *Defining Blackness in Colombia*, en «Journal de la Société des Américanistes», 95 (2009), 1, pp. 165-184; comentarios de Paul SCHOR y Odile HOFFMANN en «Nuevo Mundo / Mundos Nuevos» (revista online), 2009, sección *Coloquios*.

según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: [...] 5. Velar por la preservación de los recursos naturales ». Si hay necesidad de consulta para otros casos, es, según esta primera sentencia de la serie, porque haya leyes que así lo prevean y sólo por dicha razón: « Se estableció que la Corte no podía prescribir como obligatorio un procedimiento que no se contemplaba en el ordenamiento jurídico », entendiendo por *ordenamiento* el constituido por las leyes. De momento sintetizo el relato de la jurisprudencia constitucional realizado por la propia Corte.

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

Resulta tal y como si la socialización pudiese llegar a suplir a procesos consultivos frustrados por no alcanzar la « concertación »

o decisión en común. Con esto y en suma, desde aquella sentencia de 2002 quedaron fijados por la Corte Constitucional unos criterios conforme a los cuales puede darse fácilmente por realizada, sin requisito de acuerdo, la consulta étnica: « De este modo, se determinó que el Gobierno tiene el deber de propiciar mecanismos efectivos, razonables, suficientes y apropiados de participación, pero en el caso en el que no se llegare a un acuerdo, no se debe frenar el proceso legislativo cuando se trate de asuntos de interés general como los temas mineros. Además, se resaltó que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los grupos étnicos pueden participar ya que también en el Congreso se pueden seguir debatiendo los temas de interés de estas comunidades a través de las personas que hayan sido elegidas como sus legítimos representantes en esta instancia ». Como representación específica de comunidades indígenas se reserva por la Constitución un cupo de dos senadores (art. 171) <sup>(42)</sup>.

También ya sabemos que la representación indígena de un alcance general no puede suplir el acuerdo de los pueblos afectado por las medidas que se consultan. No cabe que haya suplencia ni siquiera aunque se requiriera el consentimiento indígena en el Congreso, cosa que la Corte Constitucional se guarda de hacer. Es un índice de una ausencia clave que debe subrayarse. Para la fijación jurisprudencial de un patrón de constitucionalidad respecto a la consulta a los pueblos indígenas y comunidades asimiladas, no está sustancialmente compareciendo el Convenio 169, este tratado incorporado al ordenamiento colombiano, según ley, desde marzo de 1991 y, según derecho internacional, elevándose así su rango normativo, desde agosto de 1992.

En el repaso que se está realizando, la referencia viene a continuación dándose por hecho que en el tratado internacional no

---

<sup>(42)</sup> « Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas », recayendo la acreditación de las candidaturas en el Ejecutivo y no en organización u organizaciones de los respectivos pueblos. De autor que fuera senador indígena y luego, como *cursus honorum*, alto cargo gubernamental, Gabriel MUYUY, *Indígenas colombianos y su relación con el Estado*, en *En defensa del pluralismo y la igualdad. Los derechos de los pueblos indios y el Estado*, Ilena Almeida y Nidia Arrobo (eds.), Quito, Abya Yala, 1998, pp. 35-47.

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

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

gidos por dichas comunidades; *(vi)* cuando para la aplicación de las medidas establecidas en una ley se requiere de ulteriores procesos de consulta, el examen del requisito de consulta previa para la disposición legislativa es más flexible ».

Relevante fue a continuación la Sentencia de Constitucionalidad 030/2008 pues, por deficiencia de consulta en los términos referidos, es anulada una importante norma, la Ley General Forestal (Ley 1021/2006). Es la sentencia que « sistematizó los criterios que la jurisprudencia había venido desarrollando y amplió los ámbitos de aplicación de la consulta previa », así como « avanzó en la definición del contenido y el alcance de la consulta previa como mecanismo de participación de los grupos étnicos cuando se trate de medidas legislativas no circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (Constitución Política, art. 330) ». Obsérvese que el fundamento último de la consulta sigue residenciándose, de modo no poco forzado como habrá podido apreciarse por la cita de dicho artículo, en la Constitución y no en el Convenio. Pero éste cobra ahora alguna significación: « La consecuencia de omitir el deber de consulta previa se traduce en el incumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado con el Convenio 169 de la OIT; igualmente supone el desconocimiento de la Constitución y por ello puede solicitarse el amparo de este derecho mediante la acción de tutela. Tratándose de leyes, la omisión de la consulta previa produce la declaración de inconstitucionalidad de una ley, o la declaratoria de constitucionalidad condicionada excluyendo de su ámbito de aplicación los grupos étnicos afectados, o la declaración de una omisión legislativa por no haber previsto medidas orientadas a estas comunidades ».

La Corte repasa todavía otras sentencias que han mantenido los criterios fijados entre 2007 y 2008. No hace falta que sigamos todo su relato. Importa lo que viene acto seguido. Aunque no se plantee en el pedido ni guarde relación con el fallo, pues el caso versa sobre el calificativo *negro*, la Sentencia de Constitucionalidad 253/2013 se introduce pretorianamente en la formulación de una « nueva regla jurisprudencial en relación con la exigibilidad de la consulta previa para medidas legislativas ». Afronta el problema de la inexequibilidad o la anulabilidad de normas inconsultas cuyo precedente ha quedado sentado en 2008 fundándose, por este

orden, en Constitución y en Convenio, conforme así, en todo caso, a un derecho establecido en 1991.

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

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

judiciales ordinarias son competentes en materia de tutela y la misma Corte tiene establecido, como hemos visto, que la consulta es derecho fundamental aunque no figure como tal en la Constitución. Tal vez, en esta regresión, el siguiente paso sea el de sustraer dicho reconocimiento de derecho susceptible de tutela, para lo que ni siquiera se precisa reforma constitucional <sup>(43)</sup>.

Los fundamentos de tan problemática conclusión respecto a la fecha de exigibilidad de la consulta, en los cuales la Corte se extiende, son los dichos de que requerir la consulta desde 1991 atentaría contra los cimientos de un *ordenamiento jurídico* en el que, frente al mandato constitucional, no se comprende el derecho indígena, cimientos tales como la *seguridad jurídica*, el *principio de legalidad* y la *irretroactividad de las leyes*. No olvidemos que estamos tratando de derechos de los pueblos indígenas y comunidades asimiladas o, más en concreto, de la consulta previa como garantía de tales derechos. La *seguridad jurídica* se invoca por la Corte como si la misma no alcanzase a los pueblos indígenas, como si no se les hubiera instalado en la inseguridad suma de *medidas legislativas o administrativas* que les afectan severamente sin siquiera consultarles. Y el *principio de legalidad* se alega como si la Constitución no reconociera ordenamiento indígena y como si no estuviera subordinado a un *principio de constitucionalidad*. Si un Estado se declara constitucionalmente multicultural y reconoce en consecuencia derechos de otra matriz, lo menos que debe hacer la justicia es construir multiculturalmente las categorías que asume y aplica <sup>(44)</sup>. Por su

---

<sup>(43)</sup> El agüero no sólo depende de la evolución política de Colombia, sino también de un contexto internacional en el que, precisamente tras la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la que pronto hablaremos, está produciéndose una fuerte reacción. Para momento sintomático en esta dirección, B. CLAVERO, *Derecho Global*, cit., cap. 3: *¿Globalización del constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos, 1947-2012*, inicialmente en estos « Quaderni fiorentini », 41 (2012), pp. 483-580; parte con edición colombiana: *Comercio justo, globalización y medio ambiente*, Gonzalo Andrés Ramírez y Erli Margarita Marín (eds.), Bogotá, Universidad Externado, 2013, pp. 427-461; (Jens MARTENS y Judith RICHTER), *Corporate Influence on the Business and Human Rights Agency of the United Nations*, Aquisgrán, MISEREOR, 2014.

<sup>(44)</sup> D. BONILLA, *La Constitución multicultural*, cit., Conclusión: *Hacia un reconocimiento y un acomodamiento justos de las minorías culturales*, todavía en tales

parte, respecto a la *irretroactividad de las leyes*, la *regla* de que los derechos y sus garantías sólo cobran vida, no porque la Constitución los reconozca, sino porque la ley o la jurisprudencia los contemple, así como tan solamente a partir de esto segundo, no tiene más fundamento que la arbitrariedad pretoriana <sup>(45)</sup>. La Corte Constitucional hace honor al sesgo de su jurisprudencia cuando, tras la decisiva Sentencia de Constitucionalidad 253 de 2013, revalida la centralización de competencias en materia minera para actuaciones posteriores al 2008 olvidándose del derecho de los pueblos indígenas a la consulta <sup>(46)</sup>.

Son efectos de la suplencia normativa de la que viene hacién-

---

términos de *minoría* el sujeto. Es categoría que conserva incluso cuando se atiende al caso indígena: D. BONILLA, *Self-Government and Cultural Identity: The Colombian Constitutional Court and the Rights of Cultural Minorities to Prior Consultation*, en *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Id. (ed.), Cambridge, CUP, 2012, cap. 6. No siempre mantiene el autor la perspectiva multicultural, ni siquiera para materias que constitucionalmente, según la Constitución de Colombia, la reclaman: D. BONILLA, *Liberalism and Property in Colombia: Property as a Right and as a Social Function*, en «Fordham Law Review», 80 (2011), 3, pp. 1135-1170. Contrástese, para caso vecino, Rodrigo MÍGUEZ, *Terra di scontri. Alterazioni e rivendicazione del diritto alla terra nelle Ande centrali*, Milán, Giuffrè, 2013.

<sup>(45)</sup> El caso de que ya viniera haciéndolo sin mayor problema respecto a indígenas no suele considerarse: German A. LÓPEZ DAZA, *El juez constitucional colombiano como legislador positivo, ¿un gobierno de los jueces?*, en «Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional», 24 (2011), pp. 169-193. El problema se sabe que es general respecto al activismo de cortes constitucionales e instancias judiciales, pero en Colombia alcanza un grado especial no sólo en relación a indígenas. De «construcción pretoriana» se habla al efecto sin acusar la arbitrariedad: Carlos E SALINAS, *La consulta previa de medidas administrativas cuyo contenido puede afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*, en «Justicia» (Universidad Simón Bolívar), 20 (2011), pp. 37-55.

<sup>(46)</sup> Sentencia de Constitucionalidad 123/2014, sobre el Código de Minas (Ley 685/2001, como sabemos), sentencia que no deja de encarecer la necesidad de coordinación con las entidades territoriales para la defensa del medioambiente y de su respectiva autonomía, sin la debida atención a la consulta como garantía de derechos indígenas, lo que bastaría para cuestionar la constitucional al artículo concernido de dicho código (art. 37: «ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería»). Como vimos, la Sentencia de Constitucionalidad 891/2002, ya referente al Código de Minas, figura entre las que han validado como consulta indígena procedimientos de socialización no conformes con el Convenio 169.

dose gustosamente cargo la Corte Constitucional colombiana. El caso de la consulta *étnica* no es el único. La desigual implantación institucional y el irregular desarrollo legislativo de la Constitución unidos a la violencia política y parapolítica, de cobertura contraguerillera, que viene asolando de largos años a Colombia han llevado a dicha necesidad de suplencia con aspectos incluso marcadamente positivos <sup>(47)</sup>. No es el caso del capítulo indígena. La concepción sesgada de la seguridad jurídica constituye un indicio de la debilidad cultural de la jurisprudencia constitucional durante todo su desarrollo a dicho respecto. Así, en casos concretos sobre derechos indígenas, ante la necesidad de informarse por parte de la Corte Constitucional, viene recurriéndose a la antropología profesional en vez de a las propias autoridades indígenas que, con competencias judiciales reconocidas por la Constitución, no tienen por qué someterse a mediaciones. El prejuicio cultural lleva a que lo primero y no lo segundo se considere lo adecuado, privándosele así de voz propia y, por ende, de garantía de derecho, a los pueblos indígenas <sup>(48)</sup>. En este contexto se comprenden las alegaciones de *seguridad jurídica, principio de legalidad e irretroactividad de las leyes* en degradación y detrimento de la garantía de consulta para los pueblos indígenas y

---

(47) C. RODRÍGUEZ GARAVITO, Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010; el mismo C. RODRÍGUEZ GARAVITO, *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*, en «Texas Law Review», 89 (2010-2011), pp. 1669-1698; *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, D. Bonilla (ed.), cit.

(48) E. SÁNCHEZ BOTERO, *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, 2010; para contrastes justamente críticos, Paulo Ilich BACCA, *Los derechos indígenas en la era del reconocimiento*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010 (ed. electrónica), cap. II.6: *Trazas de doctrina etnocéntrica*; Diana M<sup>a</sup> CARRILLO, *Jurisdicción especial indígena: ¿Mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas?*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2013 (ed. electrónica), cap. I-2: *La otra vuelta de tuerca al proyecto de diversidad étnica y cultural*; F. GÓMEZ ISA, *Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective*, p. 755: «Ultimately judges from the dominant legal culture, aided by experts on indigenous world views, have the power», expertos y expertas, entiéndase, de background no indígena.

asimilados <sup>(49)</sup>. Esta vertiente que puede decirse antropológica de la trayectoria de la jurisprudencia constitucional no comparece por supuesto en la historia relatada por la propia Corte en relación a la consulta.

Hay más. Vendrá observándose que, en Colombia, la Corte Constitucional es un ejemplo patente de activismo judicial que desborda el diseño constitucional invadiendo la función directamente normativa por vía no sólo de suplencia <sup>(50)</sup>. Está habituada a apreciar inconstitucionalidad incluso más allá de los requerimientos del caso. Hay una excepción. Habiéndosele dado pie en más de una ocasión, no se la plantea de forma eficaz y en su totalidad respecto a una ley literalmente racista y abiertamente colonialista, la « Ley por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada » (Ley 89/1890), todavía parcialmente en vigor bajo el supuesto de que sirve para ofrecer garantías en tanto que no se complemente la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial con la referente a territorios indígenas, como si la Constitución por sí sola no valiese a tal efecto. Con este sesgo normativo y, más de fondo, cultural, ¿qué consulta conforme al Convenio 169 va a poder garantizarse? La persistencia de dicha ley resulta un síntoma elocuente <sup>(51)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> En el sitio de la Organización Nacional Indígena de Colombia (cms.onic.org.co) puede verse el rechazo contundente de la sentencia, también suscrito por organizaciones afrocolombianas: « Declaramos acatar la Constitución, el Convenio 169 de la OIT e inaplicar la regla jurisprudencial de la sentencia C 253 de 2013 con base en el artículo 4to de la Constitución » (« La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales »).

<sup>(50)</sup> Diego LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, Legis, 2001.

<sup>(51)</sup> Aún entendiéndola derogada por un fallo que en realidad sólo alcanza a tres de sus artículos (Sentencia de Constitucionalidad 139/1996), Miguel Alejandro MALAGÓN, *La ciencia de la policía y el proceso de civilización de indígenas*, en *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI*, Manuel Alberto Restrepo (ed.), Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pp. 131-147; expresivo de la carga ideológica de tracto colonial que la rodea aún hoy, pues la mantiene, Fernando MAYORGA, *Norma general, norma especial: el Código civil de 1887 y la ley 89 de 1890, un caso de regulación protectora de las minorías durante la Regeneración*, en « Revista Mexicana de Historia del Derecho », 27 (2013), pp. 159-182.

En definitivas cuentas, debiendo obligar este tratado que es el Convenio 169 a todas las instituciones del Estado, la Corte Constitucional ni lo asume en su práctica ni lo toma como referencia en concreto para el ejercicio del *control de convencionalidad* o por tratados sumado al control por Constitución o de constitucionalidad. El primero puede venir también a través del sistema interamericano de derechos humanos por haber éste asumido en su jurisprudencia el Convenio <sup>(52)</sup>. La Corte Interamericana lo tiene adoptado como elemento integrante del propio parámetro de enjuiciamiento, ahora fortalecido por la asunción adicional de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que veremos, aun tratándose de derechos que no se registran en la Convención Americana sobre Derechos Humanos <sup>(53)</sup>.

En suma, el control de convencionalidad puede advenir de forma directa, por actuación consecuente de la Corte Constitucional, o también a través de la jurisprudencia interamericana, pero ni de una ni de otra forma la Corte Constitucional realmente asume el Convenio 169, intentando eludir el fundamento internacional incluso para el derecho de consulta que no figura en la Constitu-

---

<sup>(52)</sup> M.F. QUINCHE, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014, centrándose en la jurisprudencia interamericana, que es la que ha acuñado la expresión y así potenciado incluso más en general el valor normativo de los derechos humanos, y no dejando de referirse al extremo, pp. 128 y 144-146: « El Convenio 169 sobre trabajo indígena », y bastante más, es « el más importante de todos » los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo incorporados al ordenamiento colombiano en virtud del artículo constitucional 53 citado; la Corte Constitucional no le confiere un valor inmediato que pueda interesar al parámetro de constitucionalidad sin pasar por su mediación, un indicio de resistencia al control de convencionalidad con entidad propia, esto es, se reconozca o no, supraconstitucional: Néstor Pedro SAGÜES, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, en « Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile », 8 (2010), 1, pp. 117-136.

<sup>(53)</sup> L. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *El sistema interamericano de los derechos humanos y los pueblos indígenas*, en *Pueblos indígenas y derechos humanos*, M. Berraondo (ed.), Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 153-203; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, cit.; Rosember Ariza, *Pueblos indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013.

ción <sup>(54)</sup>. De una y de otra forma la Corte Constitucional, a la hora de la verdad, es servicial para con el Estado, deferente con el mismo, más que con los derechos por muy fundamentales que los considere, como sea el caso del de consulta <sup>(55)</sup>. Por decirlo de otro modo, la transconstitucionalidad, por muchas ilusiones que se haga, tiene hoy por hoy un límite de Estado <sup>(56)</sup>.

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

---

<sup>(54)</sup> Para fundamentar la consulta en Constitución, la Corte Constitucional recurre a artículos constitucionales citados y por citar (arts. 2 y 40.2, participación ciudadana indistinta; art. 7, « diversidad étnica y cultural »; art. 329, « participación de los representantes de las comunidades indígenas » en el diseño territorial; art. 330, competencia indígena para « velar por la preservación de los recursos naturales »), junto a algún otro de más difícil relación (art. 70, « la cultura en sus diversas manifestaciones » como « fundamento de la nacionalidad »). Todas estas referencias a dicho concreto efecto pueden encontrarse, con acumulación que acusa debilidad, en la Sentencia de Constitucionalidad 208/2007, sobre identidad étnica y cultural a propósito del Estatuto de Profesionalización Docente.

<sup>(55)</sup> Sin el registro concreto de deferencia política de cara a derechos indígenas, Sebastián RUBIANO, *La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política*, en *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, M. García Villegas y Javier E. Revelo (dirs.), Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2009, pp. 84-145; Juan Carlos RODRÍGUEZ-RAGA, *Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006*, en Gretchen Helmke, Julio Ríos-Figueroa, *Courts in Latin America*, Cambridge, CUP, 2011, pp. 81-98.

<sup>(56)</sup> Con cierto optimismo, pero también con cierta base, y como si los latinajos prestasen cuerpo, ya está hablándose, como vimos, de un *ius constitutionale commune* latinoamericano: *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América latina?*, A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales (eds.), con capítulo primero oportuno ya citado: G. AGUILAR, *Emergencia de un derecho constitucional común en materia de derechos indígenas*. También se plantea, miméticamente respecto a Europa, con carácter más general: Juan Pablo PAMPILLO, *Ius Commune Americano*, en *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Mario I. Álvarez y Roberto Cippitani (eds.), Roma-México, ISEG, 2013, pp. 348-356.

de socialización de proyectos, no por ello, aunque la Corte Constitucional lo de por bueno, se hacen vivos la voz y el voto, esto es para el caso, la consulta y el acuerdo o el consentimiento (57). En cuanto a la forma de actuar de la Corte Constitucional o en general de la justicia, ya he indicado que, en el derecho internacional, *governments* significa *Estados* y no sólo *gobiernos* como suele traducirse. La obligación de consulta vincula directamente a todos los órganos constitucionales (58).

La Corte que está requiriendo consulta de otras instituciones del Estado no se entiende vinculada a nada semejante a los efectos de la decisión jurisdiccional, bien que en el de la ejecución ha venido a abrir espacio, sobre todo enfrentándose con situaciones que llama de *estado de cosas inconstitucional*, esto es, una situación que propicia la sistemática vulneración de algún derecho fundamental (59).

---

(57) Conozco de primera mano las formas de socialización que suelen practicar instancias gubernamentales por haber participado, en julio de 2010, en la misión aludida del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, que sufrió ese acoso hasta el punto de que por parte indígena llegó a exigirse la evacuación de nuestra escolta oficial para poder celebrar reuniones: E/C.19/2011/3, *Situación de los pueblos indígenas en peligro de extinción en Colombia. Resumen del informe y recomendaciones*, documento de la sesión décima de dicho Foro ([undesadspd.org/IndigenousPeoples.aspx](http://undesadspd.org/IndigenousPeoples.aspx)), con apartados sobre consulta. Los pueblos *en peligro de extinción* de los que se ocupó la misión son ahora principalmente los afectados por el desplazamiento forzoso provocado por la violencia política cruzada entre guerrilla y contraguerrilla con pérdida de territorio y recursos. Indico las signaturas de Naciones Unidas para la referencia a sus documentos; no agregó URL si son fácilmente localizables en Internet.

(58) Hay más faltas de correspondencia saussurianas en traducciones claves. Ya también he indicado que *medidas legislativas* en relación a la consulta debe entenderse en el sentido más general de *medidas normativas*, inclusive las constitucionales, lo que se corresponde con *legislative measures* por la acepción genérica de *law* como ordenamiento. En Naciones Unidas y sus instrumentos normativos el español es tan oficial como el inglés, pero éste es la *working language* a partir de la que se realizan las traducciones usualmente. Sobre estos desajustes entre lenguas respecto a categorías jurídicas primarias, B. CLAVERO, *Happy Constitution, Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, cap. 3: *Imperio de la ley y rule of law: tópica y léxico constitucionales*, primera versión en estos «Quaderni fiorentini», 25 (1996), pp. 285-346.

(59) C. RODRÍGUEZ GARAVITO, D. RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social*, cit., sobre esta otra práctica, aun descuidando precisamente el capítulo específico de los pueblos indígenas, pero véase ahora del mismo C. RODRÍGUEZ GARAVITO, *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los previos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos*

Lo requerido es la consulta previa, no la ulterior. ¿Y de qué serviría su empleo por órganos políticos si el ordenamiento sigue determinándose por vía jurisprudencial? La Corte, con la presunción supremacista de que la antropología profesional representa a los pueblos indígenas mejor que ellos mismos, no concibe la posibilidad de recurrir a la consulta <sup>(60)</sup>. El entendimiento de la falta de significación de la voz indígena a efectos jurisprudenciales resulta por lo demás un signo de mentalidad colonial que conviene retener para cuanto aún habremos de ver.

Queda otro interrogante. ¿Dice la Corte Constitucional la última palabra respecto a todo lo emprendido sin la debida consulta, inclusive su propia jurisprudencia, antes de 2008? ¿La seguirá diciendo mientras que el Congreso y el Gobierno no asuman con todas sus consecuencias obligaciones derivadas del derecho internacional sobre pueblos indígenas en relación a la consulta? El mismo año 2013, pocos meses después de la sentencia en cuestión, se produce un pacto entre partes bajo el título convenido de *Acuerdos entre el Gobierno Nacional Indígena de la ONIC y el Gobierno Nacional*. ONIC es la Organización Nacional Indígena de Colombia que se presenta como tal Gobierno por determinación propia. Pues

---

*sociales minados*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2012; luego, Natalia SANDOVAL, *La movilización social en tiempos de Constitución: feministas, indígenas y víctimas de crímenes de Estado ante la Corte Constitucional colombiana*, en « Colombia Internacional », 79 (2013), *Constituciones andinas en debate(s)*, pp. 191-217. Dicha práctica de declaración de *estado de cosas inconstitucional* implica que la propia Corte se hace cargo de una ejecución de alcance general, no limitada a la parte reclamante, con celebración de audiencias participativas que, como en el caso de desplazamientos forzados, abre espacio específico para indígenas. La Corte, sin embargo, ha evitado aplicar dicho *estado de cosas* a lo que no considera como incumplimiento sistemático de la garantía de consulta conforme la contempla el Convenio 169: Mateo GÓMEZ RAMÍREZ, *El estado de cosas inconstitucional. Análisis de los motivos de la Corte Constitucional para su declaratoria*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2010 (ed. electrónica), sintomáticamente sin considerar el caso indígena.

<sup>(60)</sup> No es cuestión que suele suscitarse o lo es que difícilmente puede observarse por acercamientos desde instancias internacionales más inclinados a la promoción del instrumento que al análisis de su funcionamiento: Christian COURTIS, *Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina*, en « Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos », 10 (2009), pp. 52-81 (con ediciones en portugués y en inglés), ofreciendo una imagen del caso colombiano por supuesto más halagüeña.

bien, en él se hace la previsión de proceder «a través de la constitución de una comisión mixta Gobierno Nacional-Gobierno Indígena, para revisar el tema de concesiones, títulos y licencias, con el fin de conducir a la suspensión o revocatoria de aquellos que sean violatorios de los derechos fundamentales de los indígenas, así como (a través de) la adopción integral de los mandatos Constitucionales respecto a la Consulta Previa de la Política de privatización de semillas», como de otras políticas que afectan a pueblos indígenas (61).

El escenario colombiano no es sólo el que tiene y trae a la vista la Corte Constitucional. En medios indígenas bien que consta. Igual que a la jurisprudencia constitucional, se le presta atención, incluso fuera de Colombia, a los susodichos *Acuerdos* entre *Gobiernos*, el no indígena y el indígena (62). Y ya también sabemos que hace bien poco, sólo unas semanas antes de cuando estoy ultimando este trabajo, por la misma vía de negociación, se ha llegado a la promulgación de los Decretos de Autonomía Indígena. Algo sobre ellos

---

(61) Está citado el sitio de la ONIC donde puede rastrearse la información y encontrarse el documento (de 23 de octubre de 2013, que es acuerdo comprendido entre los alcanzados con el Gobierno tras una movilización que se denominara Minga Social Indígena y Popular). Aunque no represente a los pueblos indígenas ubicados en el interior de las fronteras de Colombia en su totalidad, entre otras razones porque los hay que mantienen una actitud de aislamiento voluntario (*Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*, Copenhague, IWGIA-IPES, 2012, pp. 202-244), y aunque no pueda así suplirlos, esta organización es parte principal del contingente indígena de la Mesa Permanente de Concertación Nacional con los Pueblos y Organizaciones Indígenas por la que la misma consulta se encauza. En el mismo logo de entrada del sitio de la ONIC puede verse su desdoblamiento entre Organización Nacional Indígena y Autoridad Nacional de Gobierno Indígena, lo que es más problemático en la medida en la que no se vincula a las autoridades de los pueblos indígenas, de todos ellos, lo que de momento no es ni siquiera factible puesto que, como acabamos de recordar, los hay en aislamiento voluntario. Obsérvese que es como *Gobierno Nacional Indígena* que la ONIC firma los *Acuerdos* con el *Gobierno Nacional*, el del Estado.

(62) Luis HALLAZI, *El derecho a la Consulta Previa en los países andinos*, en «Pukara. Cultura, Sociedad y Política de los Pueblos Originarios», 89 (2014), pp. 3-5, que es revista boliviana (hoy electrónica: [www.periodicopukara.com](http://www.periodicopukara.com)), con denuncia de la sentencia colombiana C-253/2013 y registro de los referidos *Acuerdos*, los que tampoco constituyen la última palabra por supuesto. Luego veremos cómo las negociaciones de paz entre guerrilla y gobierno avanzan hoy sin previsión de consulta indígena. Y ya hemos visto que circulan anteproyectos de ley depresivos del derecho a la misma.

todavía tendremos que decir. Y queda todavía un factor decisivo para todo el asunto, el del derecho de los derechos humanos que está yendo más allá del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

4. *Garantías de derechos de los pueblos indígenas entre Instrumentos de Derechos Humanos y Constitución de Estado.*

Se habrá observado la renuencia de la Corte Constitucional a reconocer que la consulta a pueblos indígenas no tiene su fundamento en la Constitución, sino en un tratado internacional, el Convenio 169. Llega a forzar el texto constitucional para fundar la consulta en el principio de participación política (art. 2, junto al 40.2) o para localizarla entre las competencias de las autoridades indígenas donde tampoco figura (art. 330), principalmente. Llega también a determinar la obligación del Estado a la consulta no por el Convenio 169, sino por su propia jurisprudencia discrecional, mostrándose dispuesta a hacerlo en ley, en norma interna en vez de en derecho internacional <sup>(63)</sup>. Esta posición es una manifestación más de la resistencia de la República de Colombia a aceptar el valor normativo interno, sin necesidad de tales mediaciones, del derecho internacional y de los tratados de derechos humanos entre Estados <sup>(64)</sup>. En general, prevalece incluso en ámbitos judiciales la cultura política conforme a la cual los derechos humanos son más

---

<sup>(63)</sup> Para una indicación reciente, si hiciera todavía falta, de la deficiencia interna del régimen de la consulta en relación incluso a expectativas abiertas entre medios indígenas por el proceso constituyente de 1991, Carlos Arturo HERNÁNDEZ DÍAZ, *El 'otro' indígena en el ordenamiento jurídico colombiano*, en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo A. Velandia (dir.), vol. IV, Bogotá, VC Editores, 2013, pp. 535-555.

<sup>(64)</sup> M.F. QUINCHE, *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009<sup>2</sup>. A partir de la Sentencia de Constitucionalidad 28/2006 (ponente Sierra Porto, a quien nos referiremos), la Corte Constitucional elude la integración de un control de convencionalidad, respecto a tratados de derechos humanos, con entidad propia y carácter independiente, que no se subsuma en el de constitucionalidad mediante la construcción jurisprudencial interna del llamado bloque de constitucionalidad. Cuando a continuación, en el mismo año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos categoriza el control de convencionalidad con carácter vinculante, se encuentra con dicha jurisprudencia colombiana ya formada y resistente.

una referencia transnacional de aspiraciones humanitarias que un cuerpo normativo de derecho internacional bien concreto y desarrollado (65).

La resistencia colombiana en relación al derecho internacional en materia indígena se ha manifestado paladina y precisamente ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de setiembre de 2007 con su abstención en la adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, alegando que choca con la Constitución propia, pronunciándose en estos términos unilaterales de supremacía constitucional. Congruentemente entonces, la Corte Constitucional se ha guardado de siquiera referirse a la Declaración (así sólo usualmente en adelante). Comencemos por consignar que la misma viene a reforzar el mecanismo de la consulta en términos de derecho y además humano, con este rango. Es una norma internacional que ha seguido el procedimiento regular de Naciones Unidas para la elaboración y aprobación de instrumentos de derechos humanos. Adelantemos que la Declaración trae un reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación en los mismos términos literales que el derecho internacional reconoce en general (66).

La inhibición de Colombia no es posición que se haya mantenido hasta hoy, lo que merece subrayarse pues, a estas alturas, sigue recordándose internamente más la abstención que la rectificación, la cual fue tan formal como todavía reticente (67). No había

---

(65) Winifred TATE, *Counting the Death: The Culture and Politics of Human Rights Activism in Colombia*, Berkeley, University of California Press, 2007.

(66) *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.), Copenhague, IWGIA, 2010 (con edición inglesa por la misma editorial); *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Stephen Allen y Alexandra Xanthaki (eds.), Oxford, Hart, 2011, en éste particularmente pp. 289-328; Jérémie GILBERT, Cathal DOYLE, *A New Dawn over the Land: Shedding Light on Collective Ownership and Consent; Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration*, Elvira Pulitano (ed.), Cambridge, CUP, 2012; *Los derechos indígena tras la Declaración. El desafío de la implementación*, F. Gómez Isa y M. Berraondo (eds.), Bilbao, Universidad de Deusto, 2013.

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

llegado Colombia a votar en contra, como lo hizo por ejemplo los Estados Unidos, y ha procedido luego a adherirse <sup>(68)</sup>. Como no se trata de un tratado, no cabe ratificación. El 21 de abril de 2009, Colombia lo que hace es comunicar por escrito a los Estados Miembros de las Naciones Unidas, reunidos en Ginebra con ocasión de la Conferencia de Examen de Durban contra el Racismo, el cambio de posición <sup>(69)</sup>. Para un documento que se dirige a manifestar la adhesión a la Declaración, el pie de entrada al asunto es tan extraño como el de negar la existencia de pueblos indígenas, pueblos procedentes de tiempos anteriores a colonizaciones de ultramar, por latitudes colombianas.

Así procede: « Colombia, como país latinoamericano, cuenta con la enorme fortuna de pertenecer a una región que se ha visto forjada por un profundo proceso de mestizaje, en el que pueblos originarios de los más distantes rincones del mundo han confluído para formar nuestras naciones ». La supremacía constitucional en el rechazo inicial se trasmuta en supremacismo cultural de orgullo colonial en la adhesión final. Por cuanto habremos de considerar, no se eche en saco roto esta eclosión de mentalidad colonialista en el momento precisamente de la asunción de la Declaración <sup>(70)</sup>.

Pues, pese a todo ello, ahora Colombia « expresa su respaldo

---

<sup>(68)</sup> En el *Informe sobre el octavo periodo de sesiones* del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales 2009, Suplemento n. 23), par. 39, puede verse el registro del cambio de postura de Colombia. Como miembro a la sazón del Foro, por las razones que siguen, me opuse sin éxito a que se realizase en términos de felicitación. Al año siguiente, se haría lo propio con respecto a la retirada del voto negativo por parte de los Estados Unidos. La documentación obra en el sitio citado del Foro.

<sup>(69)</sup> *Durban* es sabidamente la Declaración y Programa de Acción acordados en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia celebrada en la ciudad sudafricana de ese nombre en 2001 (A/CONF.189/12, cap. 1). El Documento Final de la reunión de Ginebra « acoge con beneplácito la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas » (pár. 73). Documentos de 2001, 2009 y 2010 en *Unidos contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia*, New York, Naciones Unidas, 2012.

<sup>(70)</sup> Buscando signos más halagüeños, B. CLAVERO, *Supremacismo cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en *El Desafío de la Declaración*, C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), cit., pp. 366-373.

unilateral a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas » entendiendo que el asunto le afecta, « si bien no constituye un instrumento jurídicamente vinculante ». Siguen todavía manifestaciones que transmiten una sensación de ambigüedad: « Colombia entiende que la Declaración no es un documento perfecto. [...] No obstante, desde la perspectiva de la construcción de un proceso, se constituye en una valiosa herramienta », en « una importante hoja de ruta ». Por su parte, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos publica el día siguiente, 22 de abril, una nota asegurando, por sugerencia desde luego colombiana, que « el Estado colombiano reconoce así los derechos que los pueblos indígenas ya tenían » aquí en Colombia <sup>(71)</sup>. Esto se afirma como si fuera una evidencia redonda. Hay por parte colombiana una operación constante de imagen que indudablemente funciona, lo que contribuye desde luego a incrementar un prestigio por Latinoamérica <sup>(72)</sup>.

---

(71) Tuve conocimiento temprano de la documentación por haberse presentado a continuación en la octava sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas del que era miembro. La comunicación a los Estados notifica que el cambio de posición se ha participado el mismo día al Secretario General de Naciones Unidas. En la misión referida a Colombia en julio del año siguiente, 2010, comprobamos que se había eludido la comunicación interna del cambio de postura respecto a la Declaración. El giro parece haberse debido a la aspiración colombiana de volver a ser miembro del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, lo que efectivamente consiguió para el periodo 2011-2012. A continuación Colombia baja su perfil en el escenario internacional: Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/EMRIP/2014/4, *Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resumen final de las respuestas al cuestionario en que se recababa la opinión de los Estados y los pueblos indígenas acerca de las mejores prácticas relativas a posibles medidas y estrategias de aplicación apropiadas para lograr los objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, brillando Colombia por su desentendimiento.

(72) En el Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos que Colombia ha pasado en abril de 2013, no se ha topado con mucha contradicción de parte de esta instancia al presentarse como « pionera en la garantía del derecho a la consulta previa ». El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas está formado por representantes de Estados, no por expertos o expertas independientes. En el sitio del Alto Comisionado puede encontrarse un informe sobre ulterior documentación, precedente ni del Estado ni del Consejo, que ofrece justo contraste, aunque paliado por la mediación de la relatoría. Las instancias de derechos humanos formadas por expertos y expertas independientes siguen la mejor práctica de hacer públicos íntegros los informes procedentes de la sociedad civil o, en su caso, de parte indígena.

Por cuanto interesa a la consulta, a sus principios y a sus reglas, importa la afirmación más inequívoca entre los circunloquios de Colombia: la Declaración « no constituye un instrumento jurídicamente vinculante ». En efecto, como ya está dicho, no es un tratado al que los Estados, mediante ratificación y consiguiente supervisión internacional, puedan vincularse, pero la vinculación de los mismos se contiene en el propio texto: « Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración » (art. 38); « Las Naciones Unidas, [...] así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia » (art. 42).

A la luz de tales pronunciamientos, Colombia, pretenda lo que pretenda, se ha comprometido con el cumplimiento de este instrumento internacional de derechos humanos, « en consulta y cooperación con los pueblos indígenas », al manifestar formalmente su adhesión, « su respaldo unilateral » como ha dicho, pues no lo hizo en su momento, ante la Asamblea General de Naciones Unidas, multilateralmente. Adviértase también que la Declaración se caracteriza porque, aun no siendo tratado, cuenta con instancias de supervisión específicas en las Naciones Unidas <sup>(73)</sup>. Por regla general, una declaración de derechos humanos necesita de convención o tratado que la desarrolle para vincular a los Estados mediante ratificación, mas el caso es excepción.

Respecto a la consulta, hay coincidencia de fondo, pero también diferencias entre la Declaración de una parte y el Convenio 169 de otra, comenzando por la ubicación en lo que ya se van perfilando como las bases normativas de un sistema de derecho internacional

---

<sup>(73)</sup> B. CLAVERO, *Instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas*, en « Artículo Primero. Revista de Debate Social y Jurídico », 20 (2010), *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Nueva Constitución Boliviana*, pp. 106-121; *La consulta previa a pueblos indígenas*, C. Rodríguez Garavito y M. Morris (eds.), cit., pp. 16-30: « Estándares de los órganos del sistema de las Naciones Unidas »; a continuación, pp. 31-35, se abordan los del derecho interamericano.

de los derechos de los pueblos indígenas (74). En el Convenio la consulta constituye la principal garantía para los pueblos indígenas mientras que en la Declaración esa posición la ocupa la autonomía, una autonomía que es además ahora expresión del derecho a la libre determinación de estos pueblos (arts. 3 y 4). Ahora es cuando entra en el derecho internacional la palabra de *autonomía* indígena. En el Convenio, como vimos, el concepto sólo comparece en cambio por implicación, bien que en un momento clave, al hacerse referencia a las *instituciones representativas* de los pueblos indígenas como parte del proceso consultivo. En la Declaración, en todo caso, la consulta, junto a la autonomía, no se debilita en absoluto, sino que se fortalece notablemente. También es manifestación ahora del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y garantía suya. Se tiene autonomía para decidir el pueblo por sí mismo y se tiene la consulta para lo propio cuando la decisión final es ajena.

Hemos visto un índice del fortalecimiento de la consulta, el del uso del sintagma de *consulta y cooperación con los pueblos indígenas*, el modo como han de proceder los Estados *para alcanzar los fines de la presente Declaración* (art. 38). Se emplea en más ocasiones (arts. 15, 17 y 36, además de, con énfasis de entrada, en el preámbulo: « Alentando a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas [...] »). Consulta y cooperación son ya referencias reiteradas del Convenio 169, pero la conjugación de la fórmula fortalece sin duda.

Hay otro índice todavía más fortalecedor. La Declaración

---

(74) S. James ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005 (primera ed. en inglés, OUP, 1996); Patrick THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002; J. GILBERT, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*, Ardsley, Transnational-Brill, 2006; A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, CUP, 2007; Amelia ALVA ARÉVALO, *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2014. Añádase ahora C. DOYLE, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The transformative role of free prior and informed consent*, Abingdon, Routledge, 2015.

acuña otro sintagma, el de *consentimiento libre, previo e informado*, cuyo uso también reitera respecto al objetivo de la consulta como requisito para emprenderse los proyectos o implantarse las medidas que afecten a los pueblos indígenas o para legitimarse los que les hayan afectado en el pasado, reconociéndoseles en otro caso el derecho a la reparación (arts. 11, 19, 28, 29 y 32). El artículo décimo noveno ofrece la formulación sintética: « Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado ». Si se le repasa se confirmará lo de que la coincidencia con el Convenio no quita las diferencias. *Consentimiento libre, previo e informado* se requiere ahora. Y la afectación de unas medidas ya no ha de ser *directa*. Basta que pueda preverse en cualquier grado.

Que el requerimiento del consentimiento tiene un alcance general para toda consulta se deduce de la lógica de su registro en la Declaración si no cabía ya inferirlo del Convenio. La primera lo asume más claramente cuando se refiere a las consecuencias de que no haya mediado: « Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado » (art. 28.1). Insisto en este extremo porque ahora, tras la Declaración, prevalece en los ámbitos internacionales una interpretación restrictiva a la que le basta la celebración de la consulta excusando el consentimiento salvo en casos cualificados (75).

---

(75) Es postura que ya se anunciaba en vísperas de la Declaración: S.J. ANAYA, *¿Por qué no debería existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?*, en *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Natalia Álvarez, J. Daniel Oliva y Nieves Zúñiga (eds.), Madrid, La Catarata, 2009, pp. 37-50. James Anaya es autor de la obra canónica recién citada *Indigenous Peoples in International Law*; en su condición de Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que ha sido hasta 2014, participó en la operación reactiva referida

La sintonía de fondo entre Convenio y Declaración hace que sea válido para ésta lo dicho para aquel en el sentido de que la Constitución de Colombia perfila un escenario en el que el actual derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas podría acogerse sin mayores problemas de orden constitucional. Ahí está la autonomía que vendría ahora a reforzarse como expresión del derecho a la libre determinación. También se tienen en la Constitución un registro de derechos de *grupos étnicos* y unas previsiones de participación de los pueblos indígenas como tales pueblos, y no sólo como parte de la ciudadanía, entre las que encajaría a la perfección el mecanismo de consulta y consentimiento si hubiera determinación política y capacidad cultural de parte no indígena, la que suele presumirse a sí misma como resuelta y hábil. Por lo que hemos visto, el desenvolvimiento del propio constitucionalismo colombiano desde 1991 no es que venga avanzando en tal dirección.

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

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

---

frente a la Declaración de las Naciones Unidas (B. CLAVERO, *Derecho Global*, cap. 3 ya también citado).

también y sobre todo de que registra los derechos principales del Convenio, salvo el de libre determinación, lo cual implica que, por su virtud, el Convenio se convierte en un tratado de derechos humanos que, como tal, debe integrarse en el orden de la Constitución prevaleciendo sobre ella en orden a su interpretación conforme. En Colombia, el Convenio 169 ha ido elevándose del rango legislativo, por su promulgación mediante ley, al convencional, al cumplirse el año del depósito de la ratificación, al de tratado de derechos humanos, esto por virtud de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El efecto de conversión del Convenio en tratado de derechos humanos, hoy indudable, puede utilizarse de un modo perverso. Recordemos cómo se alegaba dicha condición en los Decretos de Autonomía Indígena de 2014 precisamente para cancelarse la existencia de la Declaración, como si el Convenio pudiera sustituirla. La Organización Internacional del Trabajo no ayuda en esta coyuntura, pues ahora mantiene la postura ambivalente de realzar el Convenio como verdadero y único tratado sobre derechos de los pueblos indígenas y por otra parte lo degrada al no incluirlo entre sus normas referentes a derechos fundamentales. En todo caso, la piedra de toque está hoy en la suma entre Convenio y Declaración pues se potencian mutuamente <sup>(76)</sup>.

Los Decretos de Autonomía Indígena también hemos visto que, para resaltar aparentemente el valor del Convenio, lo consideran como norma de valor constitucional con la fórmula de entenderlo comprendido en un *bloque de constitucionalidad*, como si se

---

<sup>(76)</sup> La ambivalencia de la OIT se aprecia con la comparación entre sus dos sitios citados, el general *Normlex* y el específico *Pro169*. En el primero los convenios se organizan ahora jerárquicamente entre *Fundamentales*, *De Gobernanza (prioritarios)* y *Técnicos*, figurando el 169 entre estos últimos, ello en virtud de una declaración de 1998 sobre *principios y derechos fundamentales en el trabajo* que no había tenido en su momento este efecto. Ha de añadirse que el Alto Comisionado para los Derechos Humanos tampoco ayuda en el estricto punto del valor de la Declaración, pues la presentación en su sitio de las principales normas de derechos humanos la incluye, no en un apartado sobre *derecho de libre determinación*, sino en otro que refunde pueblos y minorías como en los tiempos anteriores a la misma Declaración: *Derechos de los pueblos indígenas y las minorías*. En vano insistió tras 2007 el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en que se rectificase.

integrase el canon constitucional con más normas que la Constitución. La propia Corte Constitucional tiene adoptada tal expresión, pero con tendencia a imprimirle un sentido restrictivo, no extensible al juego normativo de Declaración y Convenio o de derecho internacional de los pueblos indígenas en general (Sentencia de Constitucionalidad 582/1999) de forma que ahora se pudiera hacer valer el tratado internacional frente a los propios Decretos. Es posibilidad no permitida por éstos ni avalada jurisprudencialmente. Muy al contrario, el Convenio sólo juega para la legitimación del derecho interno. La Corte ha abierto también una posibilidad, la dicha de apreciar *estado de cosas inconstitucional*, para proveer una sistemática tutela de oficio de derechos conculcados. Es un expediente que igualmente se cuida de no activar en beneficio de la garantía indígena de consulta por derecho más internacional que constitucional (77).

Respecto al tándem de Convenio y Declaración, al coincidir sustancialmente en el registro de derechos y las formas de garantía, deja claro la segunda, en un grado que el primero no podía, algo tan neurálgico como que los derechos de los pueblos indígenas tienen la categoría de derechos humanos porque no son derechos privativos o excluyentes, sino los mismos que los del resto de la humanidad, derechos a territorio, a recursos, a cultura propia... La autonomía y la consulta son las formas de garantizarlos una vez que el derecho a la libre determinación ha de ejercerse, según el orden internacional, con admisión de contadas excepciones, y la propia Declaración (art. 46), en el interior de los Estados constituidos. Ahora se tiene la lógica de derechos que no ofrecía el Convenio, aunque pudiera desde luego ya deducirse del mismo (78). No cabe que su fundamento fuese otro. Mas la lógica subyacente a las posiciones constitucionales incluso favora-

---

(77) G.A. RODRÍGUEZ, *De la consulta previa al consentimiento libre*, cit., pp. 51-52 y 215-219. Advirtamos que en todo caso tal declaración de estados de cosas inconstitucionales requeriría algo improbable a la luz de lo visto, la constatación por la Corte de que las consultas habidas no lo son en rigor.

(78) B. CLAVERO, *Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío*, en « Revista Internacional de Estudios Vascos », 47 (2002), pp. 35-62, con consideración del Convenio 169.

bles a la consulta sigue siendo adversa (79). A la hora de la verdad, al menos por cuanto afecta a pueblos indígenas, el peso paleoconstitucional de la soberanía y sus corolarios sigue prevaleciendo por encima de los derechos y sus garantías (80).

Ahora, con la Declaración y su lógica, unas palabras cobran mayor sentido. Las palabras son importantes para el derecho. Decir, por ejemplo, *genocidio* es decir un delito tipificado por el derecho internacional, lo que no ocurre si es *etnocidio* lo que se dice (81). Ahora, tras la Declaración, decir *pueblo indígena* es decir un sujeto de derechos en el orden internacional, lo que no ocurre si es *grupo étnico* lo que se dice; asimismo, decir *consulta* en relación a pueblos indígenas es decir un mecanismo conforme a los requisitos contemplados por la Declaración, lo que no ocurre si, como hace la Constitución de Colombia, la palabra no se utiliza. Una función positiva, como vimos, de la terminología constitucional colombiana

---

(79) Federación Iberoamericana del Ombudsman, *El Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas*, Lima, 25-26 de abril, 2013, intervención de Humberto Sierra Porto, ex-magistrado constitucional colombiano y presidente luego de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, palabras finales: « Un reconocimiento extremo de la consulta previa puede terminar paradójicamente en entregar unos elementos que irían en contra del propósito de unidad nacional que fue el que originó la entrega de este tipo de derechos », con ese doble uso de la palabra más sintomática, la de *entrega* para derechos. La grabación de la reunión se tiene en ocho entregas de youtube; cita en la séptima, 56.38''-56.56''.

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

(81) Como resultado y evidencia de una historia, B. CLAVERO, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake, and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008. Malinterpreta mi distinción, entendiendo que excluyo en vez de incluir en el tipo penal de genocidio el supuesto del *etnocidio* no significativo en cambio de delito en el derecho internacional, Elisa NOVIC, *Physical-biological or socio-cultural 'destruction' in genocide? Unravelling the legal underpinnings of conflicting interpretations*, en « Journal of Genocide Studies », 17 (2015), 1, pp. 63-82. Luego me referiré a la cuestión vejada del genocidio indígena en las Américas y a la incidencia del carácter no jurídico del término de etnocidio.

ha declinado hasta resultar negativa tras la Declaración y después especialmente de que la jurisprudencia constitucional se haya resistido a vincularla a las categorías de derecho internacional.

A estas alturas, con Convenio y con Declaración, la resistencia de la Corte Constitucional a fundamentar la consulta en el derecho internacional, considerándola un derecho fundamental implícito en la Constitución, produce un efecto perverso. En el planteamiento internacional, la consulta, más que derecho, constituye garantía de derechos, de unos derechos tan sustantivos como al territorio propio o a la cultura propia<sup>(82)</sup>. Es garantía fundamental de derechos fundamentales, forma de ejercer la libre determinación. Convertida en derecho exento, como no sólo hace la Corte Constitucional colombiana, se le reduce a un expediente sin conexión con los derechos que debe garantizar. La consulta deja ser garantía de derecho para convertirse en trámite de acceso a territorio o, si prefiere decirse, de asalto a recursos. Eludir relativamente Convenio y absolutamente Declaración a favor, en apariencia, de Constitución, acaba debilitando incluso el registro constitucional de derechos de los *grupos étnicos*. Bienvenida sean entonces categorías como la de *bloque de constitucionalidad* y prácticas como la de *control de convencionalidad* si para lo que sirven es para reforzar derechos integrando ordenamientos, entre comunidades locales y comunidad internacional pasando por el Estado<sup>(83)</sup>.

---

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

(83) La categoría de *bloque de constitucionalidad* llega a Colombia desde Francia a través de España metaforseándose en cada estación. Nace para resolver el problema francés de carencia de registro de derechos en la Constitución, incorporándose los de la propia tradición desde 1789; se recibe en España para integrar los ordenamientos territoriales con el ordenamiento constitucional sin especial consideración de derechos; se adopta en Colombia para incorporar derechos de procedencia interamericana e internacional a los derechos constitucionales. Añádase que sólo en Francia, en su sentido estricto, alcanza un valor netamente normativo. Para la estación de paso, LOUIS FAVOREU, FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *El bloque de la constitucionalidad* (Simposio Franco-Español de Derecho Constitucional), presentación de Javier Pérez Royo, Madrid, Civitas, 1991. Para constancia colombiana de las metamorfosis en las recepciones, D. LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004; *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, C. Rodríguez Garavito (coord.), introducción del coordinador, pp. 11-22.

La presencia del Convenio en el ordenamiento colombiano ya la conocemos no sólo por la jurisprudencia, sino también, a falta de ley, por normas procedentes del ejecutivo, como decretos y directivas. Los Decretos de Autonomía Indígena de 2014 que ya conocemos son un último testimonio de lo más expresivo, al reducir el Convenio a mera referencia de autoridad privada de contenido normativo propio. Esta misma disposición es también elocuente de la forma de presencia de la Declaración, esta norma internacional que Colombia primero repudia y luego acepta sólo de cara al exterior. Los Decretos de Autonomía Indígena ni la mencionan, pero alguna presencia alcanza pues hacen mención de la « libre determinación » indígena como « derecho fundamental » y « principio general », lo que procede, no desde luego ni de la Constitución ni del Convenio, sino de la Declaración. Su funcionamiento es similar al del Convenio, pues también se queda en referencia vacía sin el contenido que le presta la Declaración. A continuación de registrarse la libre determinación como derecho, la autonomía se presenta en términos de concesión o delegación por parte del Estado <sup>(84)</sup>.

El planteamiento del derecho internacional de derechos humanos se encuentra ya en las antípodas de esa posición de soberanía del Estado respecto a los pueblos indígenas. Digo estrictamente el cuerpo normativo de los derechos humanos, pues no todo el derecho internacional. La prueba más palpable la tenemos ahora, setiembre de 2014, en la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que constituye el Documento Final de la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas, un documento realmente ambivalente. Por una parte, enfatiza el valor vinculante para los Estados de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos

---

(84) Preámbulo: « con el fin de proteger, reconocer, respetar y garantizar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas al territorio, autonomía, gobierno propio, libre determinación, educación indígena propia, salud propia, y al agua potable y saneamiento básico, en el marco constitucional de respeto y protección a la diversidad étnica y cultural. En virtud de lo anterior, el presente Decreto dispone las condiciones generales con sujeción a las cuales los Territorios Indígenas, en los términos aquí señalados, ejercerán las funciones públicas que les son atribuidas »; art. 10: « Principios generales. La interpretación del presente Decreto tendrá como fundamento los siguientes principios: a.- Autonomía y libre auto-determinación ».

Indígenas como norma fundamental del orden internacional o, mejor dicho, supraestatal. Por otra, emplaza al cumplimiento de « los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para *Proteger, Respetar y Remediar* », un documento respaldado por el Consejo de Derechos Humanos en 2011, pero no acordado por los procedimientos de adopción de las normas de derechos humanos y que, en particular, ignora los derechos de los pueblos indígenas, tanto Declaración como Convenio, en un extremo tan sensible como este de la actividad empresarial de cara a sus territorios y recursos <sup>(85)</sup>. He ahí la ambivalencia. Tras la Declaración, la misma Organización Internacional del Trabajo ha pasado a rebajar su perfil <sup>(86)</sup>. En todo caso, no se olvide que es ahora ella, la Declaración, la norma principal del derecho internacional de derechos humanos sobre pueblos indígenas <sup>(87)</sup>.

---

<sup>(85)</sup> A/69/L.1: *Documento final de la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General conocida como Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas*, párrafos 3, 7, 8 y (la remisión a dichos Principios Rectores) 24; A/HRC/17/31: *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. El Documento Final de la Conferencia Mundial también (par. 2) acoge « con beneplácito los procesos preparatorios de los pueblos indígenas para la Conferencia Mundial, incluida la Conferencia Preparatoria Mundial de los Pueblos Indígenas que se celebró en Alta (Noruega) en junio de 2013 », cuyo respectivo Documento Final (A/67/994, anexo) ignora los Principios Rectores y reclama representación indígena en Naciones Unidas para hacer efectiva la Declaración. Hay actualmente mecanismos naciounitenses especializados con presencia indígena (Foro Permanente del Consejo Económico y Social para las Cuestiones Indígenas, Mecanismo de Expertos del Consejo de Derechos Humanos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas), pero ninguno representativo de los pueblos indígenas. El Documento Final de la Conferencia Mundial no se hace eco de la reclamación.

<sup>(86)</sup> *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009. La legislación de consulta apadrinada por la OIT (ej., Perú, Ley 29785, 2011, *del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*) se sitúa por debajo de los requerimientos marcados por el propio Convenio.

<sup>(87)</sup> B. CLAVERO, *Derecho global*, cit., pp. 210-213, respecto a posiciones de instancias de derechos humanos de las mismas Naciones Unidas más favorables a la Declaración que a los Principios Rectores.

Aunque con tal ambivalencia actual, la evolución normativa internacional es definitivamente la contraria de la que hemos visto en la deriva del caso colombiano. No es algo que se advierta cuando se mira directamente al derecho internacional desde la perspectiva de Colombia <sup>(88)</sup>. Observemos el extremo que puede resultar más ilustrativo dado el punto al que la evolución colombiana ha llegado. Si la Declaración, como sabemos, registra el derecho a la reparación por falta de consentimiento libre, previo e informado en el pasado, ¿cómo puede ni siquiera considerarse, según hemos visto que hace la jurisprudencia constitucional colombiana, la posibilidad de tenerse por irretroactivo el requisito de la consulta, aparte la arbitrariedad en la fijación del término temporal para su exigencia? Una vez que estamos en antecedentes, hay preguntas que se responden por sí solas. Aunque es detalle pueda modificarse en el futuro, por sólo haberse concebido resulta sintomático de reflejo colonial frente a la consulta indígena.

Colombia traza una parábola que no es excepcional, sino sumamente representativa. Análogo en sus resultados es incluso un caso de reciente incorporación constitucional masiva de los derechos humanos, en 2011, tras haberse reconocido el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas en la propia Constitución, en 2001, con anterioridad a que se hiciera por el derecho internacional como hemos visto. Se trata de México, de los Estados Unidos Mexicanos <sup>(89)</sup>. En un corto espacio de tiempo, ya se ha repuesto

---

<sup>(88)</sup> Luz Ángela PATIÑO, *Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas*, en «Anuario Colombiano de Derecho Internacional», 7 (2014), pp. 69-111, como muestra entre tantas otras ya citadas.

<sup>(89)</sup> M. APARICIO, *La libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas. El caso de México*, en «Boletín Mexicano de Derecho Comparado», 124 (2009), pp. 13-38; B. CLAVERO, *Constitucionalización mexicana de los derechos humanos, inclusive los derechos de los pueblos indígenas*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 97 (2013), pp. 181-199; E. FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), México DF, UNAM, 2011, pp. 339-429 (y en «Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile», 9 (2011), 2, pp. 531-622); el mismo E. FERRER MAC-GREGOR, *Panorama del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid-México, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas Sociales, 2013; M. GÓMEZ RIVERA, *Los*

jurisprudencialmente la supremacía de la Constitución sobre el cuerpo internacional de los derechos humanos en general y, muy en particular, en cuanto afecta a los derechos de los pueblos indígenas<sup>(90)</sup>. En México, la incorporación constitucional de los derechos humanos ha supuesto la elevación de la consulta indígena a derecho amparable judicialmente del mismo modo que, por otra vía, en Colombia, sólo que igualmente se le somete a restricciones constitucionales y jurisprudenciales internas<sup>(91)</sup>.

La Constitución mexicana data de 1917. Reforma tras reforma, hoy es un palimpsesto histórico difícil de integrar a los efectos normativos. La incorporación de los derechos humanos plantea el mayor reto, sobre todo porque se mantiene intocada la fórmula de primacía de la Constitución y de la ley. Esto ayuda ahora a la operación jurisprudencial de subordinación del derecho internacio-

---

*derechos permitidos a una década de la contrarreforma indígena: problemario*, en *Movimiento indígena en América Latina: resistencia y transformación social*, Fabiola Escárzaga y otros (coors.), México, Universidad Autónoma Metropolitana y otras, vol. III, pp. 637-666.

(90) México no es el primer Estado latinoamericano que constitucionaliza a efectos de tutela el derecho internacional de los derechos humanos: Carolina LEÓN BASTOS, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Madrid, Reus, 2010, sin incidencia especial en el caso costarricense sobre derechos de pueblos indígenas: *Costa Rica: Resoluciones sobre Pueblos Indígenas, 2000-2006. Sala Constitucional. Procuraduría General de la República. Defensoría de los Habitantes*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007. Ahora compararemos con España.

(91) Reflejándolo, A. HERRERA, *El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte mexicana con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tras las reformas constitucionales de 2011*, en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, E. Ferrer Mac-Gregor y A. Herrera (eds.), México DF, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 859-888; Víctor M. COLLÍ EK, *Derechos humanos en México 2011-2013, el surgimiento de un nuevo paradigma constitucional*, en «Revista Catalana de Dret Públic», 48 (2014), pp. 169-186; Ramón ORTEGA, *La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México (a la luz de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011)*, en «Revista General de Derecho Constitucional» (revista online), 19 (2014), art. 7, y en «Ex Legibus» (Poder Judicial del Estado de México), número cero, 2014, pp. 29-56. Por lo general está descuidándose la significación de la incorporación constitucional de los derechos humanos para los pueblos indígenas: *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, M. Carbonell y P. Salazar (eds.), cit.

nal de los pueblos indígenas al orden constitucional. La Constitución incluso asigna a los Estados de la Federación el propio reconocimiento de los pueblos titulares de un derecho a la libre determinación tan supeditado que su ejercicio se circunscribe a comunidades locales dentro además del ámbito municipal conforme siempre a ley. La asunción constitucional de los derechos humanos no ha servido por ahora para cuestionar ninguno de estos extremos ni parece que, en el marco jurisprudencial que está perfilándose, vaya a servir a medio plazo <sup>(92)</sup>.

El caso colombiano goza de más recorrido temporal, pero no sólo por esto se le tiene por más representativo. Mirándose a asuntos distintos al de los derechos de los pueblos indígenas, suele hoy considerársele como expresión eminente y pionera de todo un neoconstitucionalismo latinoamericano, práctico y teórico, aunque los interrogantes al respecto sean tantos como las evidencias <sup>(93)</sup>. A

---

<sup>(92)</sup> Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, art. 2: « El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas »; art. 115.III: « Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley »; art. 133: « Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión ». Lo primero y lo segundo se deben a reforma de 2001, anterior a la incorporación de derechos humanos; el tercero es prácticamente original, de 1917, con retoque por una reforma de 1934. Una edición en Internet que señala los estratos de las reformas la ofrece la Cámara de Diputados federal: [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx). El texto constitucional original se puede encontrar en el sitio de la Universidad Nacional Autónoma de México: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Sobre el punto de arranque, E.V. NIEMEYER Jr., *Revolution at Querétaro: The Mexican Constitutional Convention of 1916-1917*, Austin, University of Texas Press, 1974 (rep. 2014).

<sup>(93)</sup> Para evidencias en la perspectiva neoconstitucional, Carlos BERNAL PULIDO, *Le Droit des Droits. De l'application des droits fondamentaux en Colombie au prisme du droit comparé*, París, L'Harmattan, 2015 (*El derecho de los derechos*, Universidad Externado, 2007<sup>4</sup>). Mas lo que suele presentarse hoy como *neoconstitucionalismo* por Latinoamérica y España (*El canon neoconstitucional*, M. Carbonell y Leonardo García Jaramillo, eds., Bogotá, Universidad Externado, 2010, y Madrid, Trotta, 2010) recupera claves no tan nuevas, como el valor normativo de los derechos y la habilitación jurisdiccional en función de garantía, más que se hace cargo de los realmente renova-

lo que aquí importa, esto es la vertiente indígena, si de veras hubiese un nuevo constitucionalismo, estaríamos asistiendo a la confrontación que se necesita con el fondo todavía colonial del viejo constitucionalismo en las Américas, algo a lo que Colombia, con la recepción de derecho interamericano e internacional de derechos humanos y todo, ni siquiera se ha asomado. Y no es una excepción en absoluto, como tampoco México.

Entre derecho internacional y derecho constitucional, también, no se olvide, entre constitucionalismo y colonialismo, la historia queda abierta. Siempre lo está. Colombia resulta ciertamente caso paradigmático, puede decirse que para lo bueno y para lo malo, más bien para esto segundo en lo que respecta a derechos fundamentales o humanos de pueblos indígenas, pese a la imagen en otro sentido que ha venido forjándose gracias en particular a la llamativa apariencia de la jurisprudencia constitucional colombiana, imagen comparativamente potenciada por la propia tradición de control de constitucionalidad en manos de más instancias jurisdiccionales<sup>(94)</sup>. La historia prosigue, incluso con posibilidades de regresión en el horizonte por lo que estrictamente interesa a la autonomía y la consulta indígenas<sup>(95)</sup>.

---

dores, como el reconocimiento de pueblos no constitutivos de Estados con la consiguiente dotación de mecanismos garantistas de sus derechos, y esto en el contexto no sólo constitucional, sino también en el novedoso, que en cambio se aprecia a efectos más generales, del valor normativo del derecho internacional de los derechos humanos (R. ÁVILA, *El neoconstitucionalismo transformador*, cit.).

<sup>(94)</sup> Jorge GONZÁLEZ JÁCOME, *Entre la Ley y la Constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007; Mario Alberto CAJAS, *La Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. El control constitucional en una perspectiva histórica y política*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012 (algunos caps. en ed. electrónica).

<sup>(95)</sup> Actualmente, tras el Marco Jurídico para la Paz sentado por el Acto Legislativo 1/2012 que efectúa una reforma constitucional a favor de la justicia transicional en el sentido de justicia mediada para la superación de conflicto armado, está amagándose en Colombia un secuestro de Estado y de Constitución por intereses no siempre enfrentados en el curso de las conversaciones de paz entre guerrilla y gobierno adoptándose decisiones sobre asuntos que afectan neurálgicamente a pueblos indígenas bajo fuego cruzado (W. VILLA, Juan HOUGHTON, *Violencia política contra los pueblos indígenas en Colombia, 1974-2004*, Bogotá, CECOIN-IWGIA, 2004). El 24 de setiembre de 2014 se ha publicado el acuerdo ya alcanzado en materia de reforma agraria con

En todo caso, en unas latitudes en las que se avanza hacia el tranconstitucionalismo a diversos niveles, lo decisivo a largo plazo no tiene por qué determinarlo la evolución en el interior de los Estados. En el escenario americano, no puede ignorarse en particular el desarrollo de la jurisprudencia interamericana. Dicho sea de paso, aunque el reflejo colonial aún vivo de la cultura de raíz europea dificulte la constatación, en materia de derechos de pueblos y de control de constitucionalidad el sistema interamericano de derechos humanos por delante del congénere europeo <sup>(96)</sup>.

5. *Epílogo: ¿Hay Estados coloniales hoy? ¿Pueden descolonizarse a sí mismos? ¿Lo hace al menos en las Américas Bolivia?*

Reflejos coloniales hemos visto revelarse en un momento clave como el de la adhesión colombiana a la Declaración sobre los

---

consideración de la presencia indígena, pero sin registro alguno para la consulta. Sobre la problemática validación jurisdiccional de dicho Marco para la Paz, *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, K. Ambos (ed.), Bogotá, CEDPAL-Themis, 2014. Habrá también de atenderse a un proceso sobrenenido de concertación interna entre el Gobierno y la Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular institucionalizada en una Mesa Única Nacional (Decreto 870 de 2014). Para el año entrante, 2015, se espera el informe de una Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas constituida por acuerdo de las partes en las negociaciones de paz. Para antecedentes, Jefferson JARAMILLO, *Pasados y presentes de la violencia en Colombia. Estudio sobre las Comisiones de Investigación, 1958-2011*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2014.

<sup>(96)</sup> *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalised Individuals and Minorities in National Context*, Dia Anagnostou y Evangelia Psycogiopoulou (eds.), Leiden, Martinus Nijhoff, 2010; Timo KOIVUROVA, *Jurisprudence of the European Court of Human Rights regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects*, en «International Journal on Minority and Group Rights», 18 (2011), pp. 1-37. En términos más generales, intentan relativizar el evidente contraste Kai AMBOS y María Laura BÖHM, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?*, en *Dialogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, E. Ferrer MacGregor y Alfonso Herrera (eds.), cit., pp. 1057-1088, cuestionando particularmente a A. VON BOGDANDY, *Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales*, en *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Griselda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico (eds.), Buenos Aires, Eudeba, 2012, pp. 21-40.

Derechos de los Pueblos Indígenas y manifestarse en la misma Colombia mediante el uso jurisprudencial de la antropología o por la evolución en general de la Corte Constitucional. Se llega oficialmente a pretender que la nación colombiana, toda ella, es producto de la inmigración y el mestizaje, como si el territorio hubiera estado despoblado y como si no hubiese presencia indígena. Hemos visto además cómo pueden funcionar, reproduciendo privación o degradación de derecho indígena, categorías tenidas por constitucionales como el principio de legalidad, la seguridad jurídica, la irretroactividad normativa o las mismas de nación, soberanía y primacía de la norma de Estado, no sólo Constitución, sino también ley y hasta decreto. Todo lo visto no se explica sino sobre la base de la continuidad colonial en tiempo constitucional por el sometimiento persistente de pueblos indígenas y la consiguiente discriminación sistemática y masiva de las personas que se identifican con ellos (97).

Estamos en suma ante indicios no sólo de mentalidad colonial, sino también de colonialismo subyacente; no sólo de secuelas culturales, sino también de persistencias reales. Mas esto ni siquiera se advierte por paleo ni por neoconstitucionalistas respecto ni al pasado ni al presente, cómo va entonces a tomarse en consideración como objeto de estudio. Puede esto entenderse como una manifestación más de la secuela cultural. Hoy en día, el colonialismo, igual que el racismo, no se reconoce como tal a sí mismo (98). Ni siquiera

---

(97) La colección editorial viva más desarrollada y solvente sobre pueblos indígenas y muy particularmente sobre los de América Latina la ofrece IWGIA (International Work Group on Indigenous Affairs), con algunos de sus volúmenes en acceso libre: [www.iwgia.org/esp](http://www.iwgia.org/esp); entre ellos, durante este año, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado*, Copenhague, IWGIA-Observatorio Ciudadano, 2014, en especial sobre Chile; *Convenio 169 de la OIT: Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación*, Copenhague, IWGIA, 2014, con capítulo éste sobre Colombia.

(98) Últimamente, para una vasta literatura, con la limitación usual en Estados Unidos de reducirse el racismo al que afecta a afrodescendientes postergando el que, con más clara implicación colonial, lo hace a indígenas, *White Self-Criticality beyond Anti-racism: How Does it Feel to Be a White Problem?*, George Yancy (ed.), Lanham, Rowman and Littlefield, 2015. Para Latinoamérica, *white* conviene que se traduzca por *mestizo*: ¿Cómo sienta que el problema sea, por su racismo ahora inconsciente, el mestizo y no el indígena? Robert A. WILLIAMS JR., *Like a Loaded Weapon: The Rehnquist Court, Indian Rights, and the Legal History of Racism in America*, Minneapolis, Univer-

lo hace en el ámbito del derecho internacional cuando precisamente ha venido por fin a afrontar en términos de derechos y además humanos la situación de los pueblos indígenas.

« Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado », he aquí un precepto del ordenamiento internacional de derechos humanos, el artículo 19 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, que, aunque así no lo articule, está en efecto afrontando una descolonización pendiente, la de pueblos comprendidos, sin su consentimiento, por fronteras de Estados de cultura y economía ajenas. Entre derechos internacionales de los pueblos indígenas y descolonización hay una conexión en todo caso, conexión precisamente normativa <sup>(99)</sup>. Reiterar la cita de ese precepto no está de más. Nos sitúa ante la evidencia de que el colonialismo interiorizado por Estados no se cancela ni con la descolonización ni con sólo la proclamación de derechos de los pueblos indígenas por parte del derecho internacional <sup>(100)</sup>.

---

sity of Minnesota Press, 2005, para el racismo jurídico respecto a indígenas en Estados Unidos. Al fondo colonial del constitucionalismo estadounidense me referiré enseguida.

<sup>(99)</sup> Pronunciamiento de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (1960) que se convierte en artículo primero de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966): « Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural »; art. 3 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007): « Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural ». La misma Declaración contiene en su preámbulo referencia peculiar al colonialismo (cita capitular de este trabajo; en inglés: « Concerned [UN General Assembly] that indigenous peoples have suffered from historic injustices as a result of, inter alia, their colonization and dispossession of their lands, territories and resources »; obsérvese que, en un último intento de resistir a la evidencia, se dice *colonization-colonización* en vez de *colonialism-colonialismo*).

<sup>(100)</sup> L. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *El Código Colonial: La Organización Internacional del Trabajo y los 'trabajadores indígenas'*, cit., ap. 7: *Epílogo postcolonial: del derecho colonial a los derechos indígenas*, anticipando el efecto al giro de la Organización

El cuerpo de derecho internacional sobre pueblos indígenas en cuyo seno se comprende el mecanismo de la consulta lo que está afrontando es una persistente situación colonial no tan solapada a estas alturas como pudiera parecer por la usual ceguera o, al menos, el consueto estrabismo tanto de la historiografía como del constitucionalismo. La historia constitucional se muestra especialmente ciega del propio contexto colonial <sup>(101)</sup>. Aunque Naciones Unidas no haga uso de este lenguaje, autonomía y consulta son mecanismos de descolonización. No sólo desde luego por Colombia a todo lo ancho y largo de las Américas, el arraigo y la persistencia del colonialismo mantiene una situación que pudo y puede llegar al punto de tener un alcance literal y estrictamente genocida <sup>(102)</sup>. Colonialismo es caldo de cultivo de genocidio, así como genocidio es signo de colonialismo, no sólo a través de las Américas. El caso

---

Internacional del Trabajo que conduce al Convenio 169 y considerando menos relevante, en la línea vista de James Anaya, el entonces proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos indígenas que ya respondía en lo sustancial al texto definitivo.

<sup>(101)</sup> Para testimonio último en términos precisamente de historia comparada o, más aún, común, en un caso que mira a la vertiente hispana del arranque constitucional, M.C. MIROW, *The Age of Constitutions in the Americas*, en « Law and History Review », 32 (2014), 2, pp. 229-235. Confróntese, entre lo que desconoce, José María PORTILLO, *Crisis atlántica. Crisis e independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Madrid, Fundación Carolina-Marcial Pons, 2006; B. CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.

<sup>(102)</sup> Alfred A. CAVE, *Genocide in the Americas*, en *The Historiography of Genocide*, Dan Stone (ed.), Londres, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 273-295; Brenden RENSINK, *Genocide of Native Americans: Historical Facts and Historiographic Debates*, en *Genocide of Indigenous Peoples (Genocide: A Critical Historiographic Review, vol. VIII)*, Samuel Totten y Robert K. Hitchcock (eds.), New Brunswick, Transaction, 2011, pp. 15-36; P.I. BACCA, *Estudio sobre genocidio y crímenes de lesa humanidad en curso: el caso de los pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, ONIC, 2014 (ed. electrónica). Para ejemplo, respecto a los Estados Unidos, de las exposiciones que aún prevalecen, uniendo prejuicio cultural y sesgo narrativo a un concepto prácticamente imposible de genocidio estricto, junto con la presuposición de que los Estados nacieron por las Américas con título para apropiarse de los territorios indígenas a cualquier costo humano, Alex ÁLVAREZ, *Native America and the Question of Genocide*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2014. Confróntese, sobre el doble rasero entre guerra y guerra con indígenas, Helen M. KINSELLA, *The Image before the Weapon: A Critical History of the Distinction between Combatant and Civilian*, Ithaca, Cornell University Press, 2011, caps. 3 y 4; John Fabian WITT, *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, New York, Free Press, 2013, cap. 11(1).

americano fue el que sentó precedente <sup>(103)</sup>. Ahora, todavía, de lo primero que vienen a proteger garantías internacionales como la consulta es de riesgos genocidas, como no deja de registrarse en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas <sup>(104)</sup>.

En Latinoamérica, tratando de revertirse la persistencia colonial con la asunción de los preceptos internacionales de autonomía y consulta indígenas, destaca ahora un caso por haber venido a la formulación constitucional en términos explícitos de descolonización a través de un proceso constituyente de fuerte empuje indígena <sup>(105)</sup>. Se trata de la Constitución de Bolivia, tan reciente en esta historia como de 2009: « Son fines y funciones esenciales del Estado

---

<sup>(103)</sup> Isabel V. HULL, *Absolute Destruction: Military Culture and the Practices of War in Imperial Germany*, Ithaca, Cornell University Press, 2005, cap. 1 (p. 30: el racismo genocida europeo en África hace un siglo pone expresamente el precedente americano como ejemplo a seguir); Ben KIERNAN, *Blood and Soil: A World History of Genocide and Extermination from Sparta to Darfur*, New Haven, Yale University Press, 2007, part II: *Settler Colonialism; Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in World History*, A. Dirk Moses (ed.), Cambridge, CUP, 2008; Carroll P. KAKEL III, *The American West and the Nazi East: A Comparative and Interpretative Perspective*, Londres, Palgrave Macmillan, 2011, con su secuela: *The Holocaust as Colonial Genocide: Hitler's 'Indian Wars' in the 'Wild East'*, Londres, Palgrave Macmillan, 2013.

<sup>(104)</sup> Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 7.2: « Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo »; art. 8.1: « Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura ». El proyecto se refería en este segundo artículo a *etnocidio*, término que se suprimió por no serlo de delito tipificado en el derecho internacional. Por sus efectos letales del pueblo como sujeto, cabe incluir los atentados graves contra el *derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura* entre los supuestos del genocidio: B. CLAVERO, *Derecho Penal Internacional y Defensa Judicial de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, informe al Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 2011 (E/C.19/2011/4), versión completa (el apartado precisamente colombiano fue eliminado en la edición oficial) en *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras complejidades sobre América indígena*, Copenhague, IWGIA, 2011, pp. 250-262.

<sup>(105)</sup> Salvador SCHAVALZON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz, Plural-CLACSO-CEJIS-IWGIA, 2013. No conozco un estudio semejante para el Ecuador, para su respectiva Asamblea Constituyente, la que elaboró la Constitución de 2008 apuntando en la misma dirección aun sin formularse en términos textuales de descolonización. Sobre ambos casos, con

[...]: Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales », las de los pueblos indígenas ante todo, plurales como entre sí también son (art. 9.1); « los delitos de genocidio, de lesa humanidad [...] son imprescriptibles » (art. 111). Conectemos artículos, pues conexión hay <sup>(106)</sup>. Sobre pueblos indígenas, Bolivia además no sólo tiene ratificado el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, sino que también ha incorporado la Declaración de Naciones Unidas a su ordenamiento jurídico de Estado mediante una ley que prefiguró el contenido de la Constitución al respecto <sup>(107)</sup>.

---

mucho en común, Alejandro M. MEDICI, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador*, en « Derecho y Ciencia Sociales » (revista online), 3 (2010), pp. 3-23; Katu ARKONADA, Raúl PRADA, Jesús GONZÁLEZ PAZOS, Alberto ACOSTA, *Un estado, muchos pueblos. La construcción de la plurinacionalidad en Bolivia y Ecuador*, Barcelona, Icaria, 2012; B. CLAVERO, *Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano*, cit.; Felipe BURBANO DE LARA, *La revuelta de las periferias. Movimientos regionales y autonomías políticas en Bolivia y Ecuador*, Quito, FLACSO, 2014.

<sup>(106)</sup> En el Preámbulo: « El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial [...] », « dejamos en el pasado el Estado colonial [...] »; en art. 2: « Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación [...] »; art. 3: « La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano »; parte I, tít. II, cap. IV: « Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos »; art. 179.III: « La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía »; parte II, tít. III, cap. IV: « Jurisdicción indígena originario campesina »; parte III, tít. I, cap. VII: « Autonomía indígena originario campesina ».

<sup>(107)</sup> Para encuadramiento previo entre ordenamientos concurrentes, B. CLAVERO. *Geografía Jurídica de América Latina. Pueblos Indígenas entre Constituciones mestizas*, México D.F., Siglo XXI, 2008, cap. 2: *Derecho agrario entre código francés, costumbre aymara, orden internacional y constitución boliviana*. Tras la Constitución, la articulación entre el ordenamiento internacional y el constitucional no se facilita porque la Declaración fue incorporada por mera ley ordinaria (ley 3760/2007) sin revalidación explícita por la Constitución y porque ésta se cerró no muy regularmente entre circunstancias en extremo conflictivas: B. CLAVERO, *Apunte para la ubicación de la Constitución de Bolivia*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 89 (2010), pp. 195-217; S. SCHAPELSON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia*, cit., caps.

Despejemos ante todo un equívoco todavía y sintomáticamente bastante usual por las Américas tanto como por Europa. Hay descolonizaciones y descolonizaciones, mejor y peor llamadas tales. Salvo para el caso singular de Haití, la descolonización americana de entre la segunda mitad del siglo XVIII y primera del XIX fue una descolonización en falso; no una descolonización a medias, sino una prosecución del colonialismo con el dominio sobre los pueblos indígenas, como poderes ahora del Estado, más legitimados, por vocacionalmente constitucionales, y también, por lo mismo, más fortalecidos. No menos en falso suele entenderse que las Américas entraron desde entonces en unos tiempos poscoloniales identificándoseles así con los constitucionales, como si el constitucionalismo y el colonialismo fuesen realidades extrañas entre sí y sólo hubieran podido contaminarse mutuamente en una presunta secuencia histórica. Incluso para los imperios históricos, el colonialismo sigue vivo. La historiografía latinoamericana de formación decimonónica oscurece al máximo la historia al entender *la colonia* — el periodo y el estilo coloniales — como un descriptor que no se refiere a dominio sobre pueblos indígenas, sino a vinculación con Europa <sup>(108)</sup>.

Entre Europa y las Américas, si colonia o colonialismo indica un tiempo de dominio directo de la primera, su prosecución de otra forma necesita un calificativo propio, sea constitucional o también estatal <sup>(109)</sup>. A nuestros efectos, toda la historia actual de la consulta

---

4 y 5. El desarrollo legislativo y jurisprudencial viene acentuando más que resolviendo la relativa falta de articulación. Un ejemplo de ésta se tiene en el mismo pronunciamiento sobre el genocidio al asimilársele el delito político de *traición*: « Los delitos de genocidio, de lesa humanidad, de traición a la patria, crímenes de guerra son imprescriptibles » (art. 111 parcialmente citado). Genocidio aún innominado y *traición a la patria*, la soviética en el caso, ya se habían equiparado en el primer juicio de atrocidades nazis (Ucrania, finales de 1943): Michael J. BAZYLER, Frank M. TUEKHEIMER, *Forgotten Trials of the Holocaust*, New York, New York University Press, 2014, cap. 1.

<sup>(108)</sup> B. CLAVERO, *Europa entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, en estos « Quaderni fiorentini », 33-34 (2004-2005), *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale tra Otto e Novecento*, pp. 509-607; ap. 3.2: *Quintaesencia del colonialismo en las Indias: el derecho indiano como derecho europeo*; Jennifer PITTS, *Political Theory of Empire and Imperialism*, en « Annual Reviews of Political Science » (revista online), 13 (2010), pp. 211-235.

<sup>(109)</sup> Interesando también al efecto, B. CLAVERO, *Bioko, 1837-1876. Constitucionalismo de Europa en África derecho consuetudinario del trabajo mediante*, en estos

indígena y de su suerte azarosa por América Latina que Colombia nos ha ilustrado mal se entiende si no se le sitúa en el tiempo consecutivo de un colonialismo constitucional, constitucionalismo colonial o neocolonialismo sin más, tanto monta. Difícil resulta cuando la misma consideración del constitucionalismo como forma de dominación se hace sin consideración de su vertiente colonial <sup>(110)</sup>.

Respecto a descolonización constitucional, la boliviana aún no ha contado con tiempo para resultar tan elocuente como la fallida colombiana, pero desde temprano apunta hacia una similar frustración. De confirmarse, Bolivia pasaría a incorporarse a todo un grupo de Estados latinoamericanos que han procedido al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sin afrontar la descolonización que habría entonces de comenzar por la del propio constitucionalismo <sup>(111)</sup>. ¿Cómo se explica tal deriva?

Puede por supuesto hablarse de falta tanto de determinación política como de sensibilidad cultural en los medios de los poderes

---

« Quaderni fiorentini », 35 (2006), pp. 429-556. Para constancia del poscolonialismo en falso, *Decolonizing Native Histories: Collaboration, Knowledge, and Language in the Americas*, Florencia E. Mallon (ed.), Durham, DUP, 2012. Para una historia de caso de la continuidad colonial sobre el terreno, la misma F.E. MALLON, *La sangre del copibue. La comunidad mapuche de Nicolás Ailío y el Estado chileno, 1906-2001*, Santiago de Chile, LOM, 2004 (trad. *Courage Tastes of Blood*, DUP, 2005).

<sup>(110)</sup> Santiago LEÓN GÓMEZ, *El constitucionalismo colombiano en el siglo XX. ¿Modelo de organización o elemento de dominación?*, en « Historia Constitucional » (revista online), 14 (2013), pp. 467-488, con repaso bibliográfico, a la contra de la segunda visión y expresivo de la ceguera por sí mismo.

<sup>(111)</sup> *Lecciones aprendidas sobre consulta indígena*, Iván Bascopé (ed.), La Paz, CEJIS, 2010; Caroline COTTA DE MELLO FREITAS, *Entre wiphalas, polleras e ponchos. Embates entre os discursos de CONAMAQ, do Estado Plurinacional da Bolívia e do Direito Internacional*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2013 (ed. electrónica); CONAMAQ = Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu, representativo de comunidades de los pueblos aymara y quechua en Bolivia); Paul J. HILBORN, *Can a State Decolonize Itself? A Critical Analysis of Bolivia's State-led Decolonization Process*, Halifax, Dalhousie University, 2014 (ed. electrónica); Jason TOCKMAN, John CAMERON, *Indigenous Autonomy and the Contradictions of Plurinationalism in Bolivia*, en « Latin America Politics and Society », 56 (2014), 3, pp. 46-69. Para un caso aún más fallido de raíz, Elisabeth SALMON, *The Struggle for Laws of Free, Prior and Informed Consultation in Peru: Lessons and Ambiguities in the Recognition of Indigenous Peoples*, en « Pacific Rim Law and Policy Journal », 22 (2013), 1, pp. 353-390.

constitucionales y ello no sólo además por las Américas, sino también por Europa. Cabe igualmente referirse a la conversión interesada del derecho internacional de los derechos humanos y del propio derecho constitucional en cobertura para el mantenimiento de estructuras coloniales y en coartada de las políticas correspondientes domésticas e internacionales, así como cabe atribuirse a presión de intereses económicos para el acceso más expedito a recursos sitios en territorios indígenas. Todo ello ciertamente opera, pero no parece que resulte suficiente para explicar un fenómeno tan generalizado que no conoce de momento excepciones. El problema último radica a mi entender en la falta de conciencia sobre la envergadura del reto de la descolonización pendiente incluso cuando se proclaman con determinación y empeño los derechos de los pueblos indígenas en sede tanto internacional como constitucional, lo que, ya de por sí, eviscera posibilidades. Unos instrumentos nacen incapaces por el medio cultural donde se producen y se mueven. La parábola colombiana desde la inconsciencia sobre el alcance del derecho internacional que se adopta hasta la neutralización de los derechos que implica, esto por obra de una jurisprudencia dizque constitucional, resulta de lo más elocuente <sup>(112)</sup>.

Que el constitucionalismo de las Américas se funda en el mantenimiento interno, cuando no todavía expansivo, de unas estructuras coloniales heredadas de los imperialismos europeos, así como en la continuidad y adaptación de las políticas correspondientes, no es ningún secreto para quienes no se ensimisman en la historiografía imperante <sup>(113)</sup>. Pero hay más, algo que sólo recientemente se está trayendo a la vista por una historiografía no menos

---

<sup>(112)</sup> La preterición del Convenio 169 durante el proceso constituyente colombiano fue compartida por la participación indígena: D.M<sup>a</sup> CARRILLO, *Jurisdicción especial indígena*, cap. I-3: «*Siendo delegatario de la Asamblea Nacional Constituyente — según la normativa salvaje*». Fuera de determinados sectores indígenas, por venir finalmente el derecho internacional a sintonizar con aspiraciones propias, la experiencia habida no ha sido, como ha podido comprobarse, para cobrar conciencia. La salvedad indígena no la presumo pues pude advertirla durante la misión referida de Naciones Unidas a Colombia.

<sup>(113)</sup> Respecto a los Estados Unidos, a los que enseguida acudo, B. CLAVERO, *Why American Constitutional History is not Written*, en estos «*Quaderni fiorentini*», 36 (2007), pp. 1445-1547.

constitucional por nada servicial hacia el propio constitucionalismo. Hay lo que justamente se está llamando la *doble cara de la libertad* por las Américas, una cara vistosa, la constitucional estricta, y una cara oscura, la colonial de fondo que no sólo afecta a pueblos indígenas. Resulta que son caras de un mismo astro en la constelación multiforme del colonialismo <sup>(114)</sup>.

La evidencia se tiene ahora particularmente respecto a los Estados Unidos. Resulta que la motivación de la independencia de unas colonias británicas en América se debió ante todo al rechazo frente a un dominio imperial que acomodaba a los pueblos indígenas en una posición de derecho, posición que, aun subordinada y todo, dificultaba seriamente el proyecto colonial de expansión territorial a costa de tales pueblos. Los propios poderes constitucionales tanto estatales como federales se diseñaron y establecieron con dicho designio a la vista sin necesidad de que cómo tal se proclamase paladinamente en las respectivas Constituciones. En suma, un constitucionalismo de poderes antes que de derechos, y de unos derechos funcionales a poderes, aparece históricamente en las Américas con el factor decisivo del proyecto colonial, un proyecto triunfante por medio, precisamente, del constitucionalismo, no a su margen ni en sus márgenes <sup>(115)</sup>. Desde unos orígenes se conjugan libertad de una

---

<sup>(114)</sup> A la evidencia, limitándose a los Estados Unidos, responde el título de Aziz RANA, *The Two Faces of American Freedom*, Cambridge, Harvard College, 2010, quien con razón subraya que la historiografía usual sobre la cara oscura, comenzando por la que se ocupa de los pueblos indígenas, eclipsa la faceta constitucional estricta de las libertades, siendo su libro pionero en el intento de aprehender y explicar el fenómeno en su compleja integridad. Y no se piense que se trata de dos compartimentos estancos, pues la contaminación en cuanto a poderes persistente hasta hoy ya estaba a la vista: Sarah H. CLEVELAND, *Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, en «Texas Law Review», 81 (2002), 1, pp. 1-284; añádase ahora Susan Bibler COUTIN, Justin RICHLAND, Véronique FORTIN, *Routine Exceptionality: The Plenary Power Doctrine, Immigrants, and the Indigenous Under U.S. Law*, en «UC Irvine Law Review», 4 (2014), 1, "Law As...". II, *History As Interface for the Interdisciplinary Study of Law*, pp. 97-120.

<sup>(115)</sup> A. RANA, *The Two Faces of American Freedom*, cit., cap. 1, *Settler Revolt and the Foundations of America Freedom*; respecto a los poderes federales, Gregory ABLAVSKY, *The Savage Constitution*, en «Duke Law Journal», 63 (2014), pp. 999-1089. Como ejemplo más reciente de historia constitucional ensimismada, propia no sólo de constitucionalistas, Aziz Rana expone a Gordon S. WOOD, *Empire of Liberty: A History*

comunidad solapadamente entendida en términos *étnicos*, por la impronta marcada de cultura europea, y la supeditación de todo el resto, lo que aún no se ha superado al menos en lo que atañe a pueblos indígenas. De otros capítulos ya sabemos que aquí no trato <sup>(116)</sup>.

No es el caso tan sólo de los Estados Unidos. Las independencias latinoamericanas y sus respectivos constitucionalismos no responden a otro impulso último. En el caso de las colonias españolas, el proyecto imperial de acomodamiento de los pueblos indígenas conquistados y por conquistar en una posición de derecho equivalente a la del proyecto británico se propone en 1812 por la Constitución de Cádiz, afrontando un similar rechazo sobre el terreno. Los planteamientos y los desarrollos constitucionales son bastante variados, pero con dicho fondo colonial común, un fondo inherente a los diversos constitucionalismos de poderes antes que de derechos por las Américas <sup>(117)</sup>. No se trata de que sufran alguna adherencia o hipoteca de signo colonial, sino de que se implantan y desenvuelven para el mantenimiento y la perpetuación del colonialismo respecto a pueblos indígenas. Incluso cuando se mantiene el planeamiento hispano, el gaditano, los poderes sobre los pueblos indígenas se fortalecen notablemente con la independencia constitucional <sup>(118)</sup>. A esto esencialmente se deben. Repito que hay

---

*of the Early Republic, 1789-1815*, New York, OUP, 2009. Por lo que toca a indígenas, ahora cobra una inusitada significación Woody HOLTON, *Forced Founders: Indians, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1999.

<sup>(116)</sup> Cedo a la tentación de referirme a un caso que hemos debido mencionar de paso, el del pueblo *rom* o gitano que, por asimilación con los pueblos indígenas privados del territorio propio, está hoy jurisprudencialmente reconocido como sujeto de derechos en Colombia. Pues bien, se cuenta ahora con una justa ubicación y apropiado tratamiento del caso en términos históricos y jurídicos: J. GILBERT, *Nomadic Peoples and Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2014, tratando también de nómadas compelidos a la sedentarización.

<sup>(117)</sup> Sobre Estados Unidos y México, en base a trabajos previamente editados en estos «Quaderni fiorentini» (30, 2001 y 32, 2003) B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005.

<sup>(118)</sup> B. CLAVERO, *Constitución de Cádiz y ciudadanía de México*, en *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Carlos Garriga (ed.), México DF,

variables importantes en el espacio y, aún más, en el tiempo, pero con una historia constitucional común a las Américas, no sólo a la latina, que interesa a la condición colonial de origen y fondo <sup>(119)</sup>. Desde los orígenes del constitucionalismo americano, nos situamos en un universo de constitucionalismo colonial todavía, con todas los cambios habidos, persistente. La cultura jurídica de raíz europea lo reproduce <sup>(120)</sup>.

Con dichas coordenadas constantes del constitucionalismo de las Américas, no es de extrañar que, aunque no se presente de este modo, bajo este lenguaje, un replanteamiento descolonizador llegue más claramente por vía, no de derecho constitucional de Estado, sino de derecho internacional o, mejor dicho, supraestatal, primero, en 1989, por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; luego, en 2007, mediante la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Se potencian en la medida en que sintonizan con resistencias y aspiraciones de estos pueblos <sup>(121)</sup>. El impacto en América Latina, bien que desigual, está resultando indudable, pero sin que en caso alguno se ofrezcan aún visos de que

---

Instituto Mora-CIDE, pp. 139-171; ID., "Multitud de Ayuntamientos". *Ciudadanía indígena entre la Nueva España y México, 1812 y 1824*, en *Los Indígenas en la Independencia y en la Revolución Mexicana*, Miguel León Portilla y Alicia Mayer (eds.), México DF, UNAM-INAH, 2010, pp. 433-456.

<sup>(119)</sup> Para la confrontación de otros dos casos, B. CLAVERO, *Reconocimiento Mapuche de Chile: Tratado ante Constitución*, en «Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina», 7 (2007), pp. 17-44, y *Nación y naciones en Colombia*, cit.

<sup>(120)</sup> E. Robert STATHAM JR., *Colonial Constitutionalism: The Tyranny of United States' Offshore Territorial Policy and Relations*, Oxford, Lexington Books, 2002, disocia terminantemente la problemática de los pueblos indígenas americanos como si ésta no fuera de *colonial constitutionalism*. Contrarresta bien ahora A. RANA, *The Two Faces of American Freedom*, cit., cap. 1. Para la cuestión en las coordenadas poscoloniales que no son las americanas, Ranabir SAMADDAR, *The Materiality of Politics*, vol. I, *The Technologies of Rule*, Londres, Anthem, 2007, cap. 1: *Colonial Constitutionalism*.

<sup>(121)</sup> *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), cit.; *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, S. Allen y A. Xanthaki (eds.), cit.; *Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration*, E. Pulitano (ed.), cit.; *Los derechos indígena tras la Declaración. El desafío de la implementación*, F. Gómez Isa y M. Berraondo (eds.), cit. Y no se olvide la pregunta del título de *¿Quién habla por quién?*, S. Speiser (ed.), cit.

esté realmente operando el replanteamiento necesario en línea decolonial del derecho que ha de conjugarse a un mismo tiempo como constitucional e internacional y así desbordar a los Estados. El propio constitucionalismo ya es más que estatal en una doble dirección conectada, la de derechos de pueblos y la de derecho internacional. Sólo en este contexto el imperativo de la descolonización es planteable. El Estado no parece que se baste.

La pregunta pertinente ya está formulada: *Can a State Decolonize Itself?* ¿Puede un Estado descolonizarse a sí mismo? ¿Cabe que lo haga sin la concurrencia normativa, con autoridad propia, de derecho internacional? ¿Basta con que el Estado lo constitucione? Hay base para la duda. En la línea de Colombia al fin y al cabo, Bolivia también está especializándose en crear imágenes exteriores, a partir ambas de sus respectivas Constituciones, que no se corresponden con sus políticas internas <sup>(122)</sup>. Si figurásemos que fuera de otro modo, ya entraríamos en una historia contrafactual difícil de manejar pues, aparte factores externos, habría de ampliarse el panorama interior por la transformación no sólo jurídica que Bolivia está atravesando <sup>(123)</sup>.

---

<sup>(122)</sup> P.J. HILBORN, *Can a State Decolonize Itself? A Critical Analysis of Bolivia's State-led Decolonization Process*, cit., no solo formula la cuestión, sino que también ofrece evidencias para la duda en lo que toca a la acción del Estado, cuyo « discourse and understanding of decolonization differs greatly from the view found in the *indígena* and *originario* indigenous organizations »; mientras que el primero « is attempting to promote indigenous culture as the foundation of a new state nationalism and is making use of invented indigenous traditions to solidify unity », las segundas entienden la descolonización en términos de « gaining territorial autonomy and self-determination, greater political representation, wider jurisdiction for the application of indigenous justice, and the right to a binding prior consultations process and free, informed prior consent for the exploitation of natural resources within their territories » (p. 105). Confirma estas conclusiones mi experiencia de frecuentes visitas en los últimos años a Bolivia, en calidad de miembro del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, de académico y de invitado tanto no-gubernamental como gubernamental, inclusive a la Asamblea Constituyente (puede verse en S. SCHAPELSON, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia*, cit., pp. 471-472).

<sup>(123)</sup> Nancy Grey PORTERO, *Now We Are Citizens: Indigenous Politics in Post-multicultural Bolivia*, Stanford, Stanford University Press, 2007 (trad., La Paz, Muela del Diablo, 2009); Bret GUSTAFSON, *New Languages of the State: Indigenous Resurgence and the Politics of Knowledge in Bolivia*, Durham, DUP, 2009; Brent Z. KAUP, *Market Justice: Political Economic Struggle in Bolivia*, Cambridge, CUP, 2013. Compárense experiencias

Al menos en Bolivia se tiene base constitucional para plantearse el imperativo de la descolonización frente a sus prácticas normativas y políticas, sociales y económicas. Para Colombia y otros Estados de las Américas, no puede decirse eso o sólo cabe que se diga muy a medias. Hagamos también, sobre base constitucional, la pregunta recíproca respecto a Estados de tracto colonialista. ¿Puede Europa descolonizarse, perdón, desimperializarse a sí misma, comenzando por cobrar conciencia del tracto colonial de la propia cultura? <sup>(124)</sup>

Con su amplia presencia indígena comunitariamente organizada, Bolivia ha sido, como es, laboratorio más vivo y observatorio menos opaco entre el conjunto variado de las Américas. Hablo de una amplitud demográfica que no puede decirse, por ejemplo, ni de Colombia ni de México, pero la cuestión de los derechos de pueblos indígenas no es cuantitativa, sino cualitativa, más aún ante las consecuencias de una historia de colonialismo y genocidio. Por esto no me he ocupado para nada de cifras. Para ubicar y evaluar el caso colombiano he amagado alguna comparación en el terreno siempre del derecho que tampoco es que dé mucho de sí por sí sola, sin la dimensión histórica del derecho mismo. Es el momento en el que la persistencia del colonialismo, tan a menudo negada, se hace patente con la subordinación de unos pueblos que implica exclusión o discriminación de individuos. El negacionismo que tanto se acusa de genocidios lo es antes del colonialismo de veste constitucional <sup>(125)</sup>.

La dimensión histórica resulta imprescindible no sólo para

---

anteriores de tiempo constitucional: Laura GOTKOWITZ, *A Revolution for Our Rights: Indigenous Struggles for Land and Justice in Bolivia, 1880-1952*, Durham, DUP, 2007 (trad. *La revolución antes de la Revolución*, La Paz, Plural-PIEB, 2011); Pilar MENDIETA, *Entre la alianza y la confrontación. Pablo Zárate Willka y la rebelión indígena de 1899 en Bolivia*, Lima, Plural-IFEPA, 2010.

<sup>(124)</sup> B. CLAVERO, *Europa entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, cit., ap. 6: *The darkest side of European legacy: historia y constitución culturalmente aún coloniales*.

<sup>(125)</sup> B. CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos?*, cit.; también, que no haya aún citado, *Delito de genocidio y pueblos indígenas en el orden internacional*, en *Los aché en Paraguay. Discusión de un genocidio*, Alejandro Perellada y Lourdes Beldi (eds.), Copenhagen, IWGIA, 2008, pp. 23-42. A ambos libros hay enlaces en mi sitio web: bartolomeclavero.net.

cobrarse perspectiva, sino también a efectos operativos. Para ubicar y evaluar el caso, no basta con derecho comparado por mucho que lo extendiésemos <sup>(126)</sup>. Se precisa historia. No conozco ninguna que relacione el orden actual de los derechos humanos con el enquistamiento constitucional del colonialismo e identifique en consecuencia la envergadura del reto reconstituye no sólo para los Estados <sup>(127)</sup>. Cabe también decirlo de la descolonización aún pendiente del mismo derecho internacional comenzándose por su historia <sup>(128)</sup>.

---

<sup>(126)</sup> La comparación podría alcanzar a España puesto que, sin política exterior consecuente ni práctica interna de control de convencionalidad, tiene suscrito el Convenio 169 y ha respaldado en Naciones Unidas la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: M. BERRAONDO, *La ratificación del Convenio n. 169 por España. Reflexiones en torno a sus implicaciones*, Madrid, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2009; Assier MARTÍNEZ DE BRINGAS, *La aplicación extraterritorial del Convenio 169 de la OIT ante la actuación de las Empresas Transnacionales españolas que afectan a los pueblos indígenas*, en « Revista Vasca de Administración Pública », 85 (2009), pp. 83-105; considerando la vigencia del Convenio en España, Sorily C. FIGUERA, *Autonomía de los pueblos indígenas latinoamericanos y autonomía de las Comunidades Autónomas españolas: un estudio comparado*, en « Revista General de Derecho Público Comparado » (revista online), 13 (2013), art. 14.

<sup>(127)</sup> Hay sugerencias que no se han ocupado del alcance virtual del mecanismo de consulta en la línea de descolonización del constitucionalismo, lo que sería en todo caso difícil por tenderse a situar las coordenadas de la *colonialidad* a ser superada, más que respecto a los pueblos indígenas, en relación a la desigualdad entre Angloamérica y Europa de una parte y América Latina, como un todo, de otra: Walter D. MIGNOLO, *Local Histories/Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges, and Border Thinking*, Princeton, Princeton University Press, 2000 (con nuevo prefacio, 2012; ed. española, Akal, 2003); *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Edgardo Lander (ed.), Buenos Aires, CLACSO-UNESCO, 2000; *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Santiago Gómez-Castro y Ramón Grosfoguel (eds.), Bogotá, Siglo del Hombre, 2007; *Coloniality at Large: Latin America and the Postcolonial Debate*, Mabel Moraña, Enrique Dussel y Carlos A. Jáuregui (eds.), Durham, DUP, 2008; *Escenarios (des)colonizadores*, Marcelo Sarzuri-Lima (coord.), La Paz, Instituto Internacional de Integración, 2012; Aníbal QUIJANO, *Cuestiones y horizontes. De la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Antología esencial*, ed. Danilo Assis Clímaco, Buenos Aires, CLACSO, 2014.

<sup>(128)</sup> Para la descolonización de la historiografía que, despejando ilusiones, puede asistir ciertamente a la del derecho, R.A. WILLIAMS JR., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Oxford, OUP, 1990; Paul KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, CUP, 2003; Anthony PAGDEN, *Human Rights, Natural*

Con perspectiva histórica, difícilmente puede decirse que, por los desarrollos habidos en las últimas décadas, estemos asistiendo al final de un ciclo <sup>(129)</sup>. La historia prosigue a todos los niveles. Si en el ámbito internacional o en el de Naciones Unidas más en concreto hay, como hemos constatado, un pulso entre intereses y poderes de una parte y, de otra, derechos y garantías, está lejos el mismo de haberse resuelto <sup>(130)</sup>.

El ciclo de esta historia es, en cualquier caso, de tiempo más largo, mucho más largo, que el de una serie de novedades constitucionales e internacionales encadenadas. Constitucionalismo e inter-

---

*Rights, and Europe's Imperial Legacy*, en « Political Theory », 31 (2003), 2, pp. 171-199; Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, CUP, 2005; *Colonialism and Genocide*, A.D. Moses y D. Stone (eds.), Abingdon, Routledge, 2007; Martti KOSKENNIEMI, *Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism*, en « Rechtsgeschichte - Legal History », 19 (2011), pp. 152-176; D. ARMITAGE, *Foundations of Modern International Thought*, Cambridge, CUP, 2013, cap. 2; Arnulf Becker LORCA, *Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933*, Cambridge, CUP, 2014; Andrew FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire, 1500-2000*, Cambridge, CUP, 2014.

<sup>(129)</sup> L. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La internacionalización de los derechos indígenas en América Latina: ¿el fin de un ciclo?*, en *Pueblos indígenas y política en América Latina. El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, Salvador Martí i Puig (ed.), Barcelona, Fundación CIDOB, 2007, pp. 181-100, no extendiendo en todo caso su pronóstico plausiblemente escéptico sobre nuevos desarrollos del derecho supraestatal de los derechos de los pueblos indígenas a otros niveles y espacios ni advirtiendo que el posible golpe de timón más bien responde a presión de intereses transnacionales como vendría a demostrarse poco después por los referidos Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos intentando contrarrestar Convenio y Declaración.

<sup>(130)</sup> A/HRC/26/L.22/Rev.1: Consejo de Derechos Humanos, 26 período de sesiones, 10-27 de junio de 2014, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, con la decisión de « establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos ». Puede interesar también al efecto E/C.19/2014/7: Consejo Económico y Social, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 13 período de sesiones, 12-23 de mayo de 2014, propuesta de *Protocolo Opcional a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Para más noticia, José AYLWIN, *Empresas y derechos humanos*, en « El Mundo Indígena », 2014, pp. 586-591.

nacionalismo coloniales son más, bastante más, que una herencia gravosa del colonialismo imperialista en Estados independientes por sí y en comandita, solos o en Naciones Unidas u otras instancias intergubernamentales. A estas alturas, ni normas constitucionales ni instrumentos internacionales acaban de mostrarse capaces de revertir el colonialismo persistente por las Américas.

He ahí una historia constitucional que habría de comenzar por abordarse en términos de historia colonial. Frente a lo que suele darse pacíficamente por sentado, el constitucionalismo no es poscolonial <sup>(131)</sup>. Los tramos cortos constitucionales como el de la consulta indígena contemplado en este trabajo cobran sentido solamente en una larga duración más dilatada que la del propio constitucionalismo. Sólo en la *longue durée* colonial cabe entender el reto actual de la consulta indígena, su *très courte durée* <sup>(132)</sup>.

En fin, la historia constitucional se comprende en la historia del colonialismo incluso hasta hoy. Tiempo constitucional, con sus libertades, puede que siga siendo contratiempo colonial, con sus servidumbres <sup>(133)</sup>. Mas para la ciencia histórica como para la jurídica ya sabemos que hay un problema de fondo y cuál es. ¿Lo recordamos? Hoy en día, el colonialismo, igual que el racismo, no se reconoce como tal a sí mismo. Es cultura enquistada en la presunción del constitucionalismo de historia absorta. Y es la antropología que hemos visto jurisprudencialmente operativa.

Una última observación. Si el constitucionalismo se identifica hoy con los derechos más que con los poderes, ¿qué mayor reto

---

<sup>(131)</sup> Como ha puesto bien de relieve A. RANA, *The Two Faces of American Freedom*, cit., la constatación no tiene por qué devaluar la vertiente libertaria del constitucionalismo que surgió ella misma precisamente en función del dominio colonial. Rana considera una evolución hasta hoy en la que la cuestión colonial pasa sin embargo a un segundo plano. Para unas recapitulaciones suyas, A. RANA, *The Two Faces of American Freedom: A Reply*, en « Cornell Journal of Law and Public Policy », 21 (2011), pp. 133-149, y, más centrado a nuestro efecto, *Colonialism and Constitutional Memory*, a publicarse en « UC Irvine Law Review », 2015, *draft* anticipado en la red, en la *Social Science Research Network* (papers.ssrn.com).

<sup>(132)</sup> Aun sin contemplar el asunto, para la referencia del juego de duraciones, J. GULDI, D. ARMITAGE, *The History Manifesto*, cit., pp. 36 y 119 citadas en el prólogo.

<sup>(133)</sup> B. CLAVERO, *Constitucionalismo colonial. Economía de Europa, Constitución de Cádiz y más acá*, a publicarse, Universidad Autónoma de Madrid, reuniendo trabajos sobre constitucionalismo y colonialismo, algunos aquí citados.

puede tener ante sí que el de una historia colonial que se le ha enquistado sobre el terreno y en sus entrañas? Por todo lo visto, la consulta indígena resulta una respuesta tan plausible como insuficiente.