

**EL PROCEDIMIENTO DE LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO
FUNDAMENTAL EN COLOMBIA: RELACIÓN COMUNIDADES AFROS, INDÍGENAS-
EMPRESA-ESTADO**

Jonhny Alexander Caicedo Ayala



Universidad de Medellín

Maestría en Derecho Procesal

Medellín, Colombia

2019

**EL PROCEDIMIENTO DE LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO
FUNDAMENTAL EN COLOMBIA: RELACIÓN COMUNIDADES AFROS, INDÍGENAS-
EMPRESA-ESTADO**

INFORME FINAL

Jonhny Alexander Caicedo Ayala

Directora:

Mónica María Bustamante Rúa

Universidad de Medellín

Maestría en Derecho Procesal

Medellín, Colombia

2019

TABLA DE CONTENIDO

1. TÍTULO	8
2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	9
3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	12
4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	16
5. MARCO TEÓRICO.....	17
5.1. CAPÍTULO 1: LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA DESDE LA NORMATIVA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	17
5.1.1. DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA	25
5.1.2. ¿QUÉ ES LA CONSULTA PREVIA?.....	29
5.1.2.1. DESCRIPCIÓN DE LA CONSULTA PREVIA.....	29
5.1.2.2. CARACTERÍSTICAS DE LA CONSULTA PREVIA	36
5.1.2.3. LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL	41
5.1.2.4. LA CONSULTA PREVIA COMO MECANISMO CONSTITUCIONAL	47
5.1.3. LA CONSULTA PREVIA EN EL DERECHO COMPARADO	58
5.1.3.1. CONSULTA PREVIA EN BRASIL.....	59
5.1.3.2. CONSULTA PREVIA EN BOLIVIA.....	62
5.1.3.3. LA CONSULTA PREVIA EN ECUADOR.....	64
5.1.3.4. LA CONSULTA PREVIA EN VENEZUELA	65
5.1.3.5. LA CONSULTA PREVIA EN PERÚ	71
5.1.4. LA CONSULTA PREVIA EN LA LEGISLACIÓN INTERNA	75

5.1.5. ¿QUÉ Y A QUIÉNES BUSCA PROTEGER LA CONSULTA PREVIA?	82
5.1.6. LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	84
5.2. CAPÍTULO II: LA CONSULTA PREVIA EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 100	
5.2.1. ORGANISMOS INTERNACIONALES Y LA CONSULTA PREVIA	100
5.2.1.1. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS	101
5.2.1.2. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.....	104
5.2.1.3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH).....	104
5.2.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y CONSULTA PREVIA.....	105
5.2.2.1. CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.....	105
5.2.2.2. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	106
5.2.2.3. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (PIDCP) (1966) 107	
5.2.3. LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	108
5.3. CAPÍTULO III: PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA CON INTEGRACIÓN DE COMUNIDAD- EMPRESA-ESTADO.....	117
5.3.1. DESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO EXISTENTE Y SUS DEBILIDADES	117
5.3.1.1. CONDICIONES O REQUISITOS	118
5.3.1.2. CERTIFICACIÓN DE PRESENCIA DE COMUNIDADES ÉTNICAS	126

5.3.1.3.	PRECONSULTA.....	128
5.3.1.4.	CONSULTA PREVIA	129
5.3.1.5.	SEGUIMIENTO.....	129
5.3.2.	IMPORTANCIA DE LA INTEGRACIÓN DE LA COMUNIDAD-EMPRESA-ESTADO EN EL PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA	130
5.3.3.	PROPUESTA DE PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA EN INTEGRACIÓN COMUNIDAD-EMPRESA- ESTADO	133
6.	OBJETIVOS.....	141
6.1.	OBJETIVO GENERAL.....	141
6.2.	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	141
7.	PROPÓSITO.....	142
8.	HIPÓTESIS.....	143
9.	METODOLOGÍA.....	144
9.1.	TIPO DE ESTUDIO	144
9.2.	POBLACIÓN	144
9.3.	PLAN DE DATOS.....	144
9.4.	PLAN DE ANÁLISIS	145
10.	RESULTADOS Y DISCUSIÓN	147
11.	CONCLUSIONES.....	155
12.	RECOMENDACIONES	158
13.	ÉTICA.....	160

14. BIBLIOGRAFÍA161

LISTA DE TABLAS

Tabla 1: Comunidades étnicas de Colombia	12
Tabla 2: Población desplazada por grupos étnicos	21
Tabla 3: Pasos propuestos por MinInterior para la realización de la consulta previa	118

1. TÍTULO

El procedimiento de la consulta previa como derecho fundamental en Colombia: relación comunidades afro, indígenas-Estado-empresa.

2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Colombia se caracteriza por ser un país heterogéneo en su geografía, con diferentes niveles de desarrollo regional y condiciones culturales y sociales diversas (Departamento Nacional de Planeación, 2010, p. 27); cuenta con una población de 48 424 483 habitantes **(DANE, 2015)**; y ha sido reconocido oficialmente como un Estado pluriétnico o multicompuesto, resultado de la mezcla entre los conquistadores españoles y los grupos humanos que habitaban el territorio, a los que se sumaron luego los negros, esclavizados después de la conquista. También hubo mezclas con migrantes vascos, alemanes, británicos, holandeses, jamaquinos e italianos, entre otros. El grupo más numeroso fue, sin embargo, el de los árabes (cerca de 2,5 millones de descendientes), principalmente católicos, provenientes de Palestina y de los actuales Siria y Líbano, que en ese entonces estaban bajo el poder del Imperio otomano.

La mayor parte de estas migraciones se concentraron en el Caribe colombiano, particularmente en Barranquilla, principal puerto de entrada al país; aunque se estima que una cuarta parte de estas migraciones también se estableció en los departamentos de Antioquia y Santander **(Herrera, 2013)**.

Para el periodo de la conquista española, los grupos indígenas que habitaban el territorio se habían establecido 12 000 años antes; en tanto, los africanos fueron traídos por los conquistadores como esclavos, con el objetivo de ejecutar diversas actividades económicas, entre las que destacan la explotación de la tierra y las minas con fines comerciales. De esta forma, la historia de Colombia formó una estrecha relación con la historia de España.

Aunque este recuento histórico explica la diversa composición poblacional de Colombia es menester ahondar en el término “grupos étnicos” para efectos de mayor comprensión de nuestro tema principal.

¿Qué es una *etnia*?

El término etnia alude a un pueblo o comunidad. Denota a un grupo humano que comparte una cultura, una historia y unas costumbres, y a sus miembros los une una conciencia de identidad (**Aguirre, 1982**). La etnia, entonces, implica un grupo étnico.

En la literatura antropológica el término grupo étnico en general se utiliza para designar una comunidad que: 1) en gran medida se autoperpetúa biológicamente, 2) comparte valores culturales fundamentales realizados con unidad manifiesta en formas culturales, 3) integra un campo de comunicación e interacción, 4) cuenta con unos miembros que se identifican a sí mismos y son identificados por otros y que constituyen una categoría distinguible de otras categorías del mismo orden (Naroll, 1964). Esta definición, que es de tipo ideal, no se aleja en contenido de la proposición tradicional que afirma que una raza = una cultura = un lenguaje, y que una sociedad = una unidad que rechaza o discrimina a otra (**Barth, 1969**).

Por grupo étnico se entiende una comunidad que no solo comparte una ascendencia común, sino también costumbres, territorio, creencias, cosmovisión, noción idiomática o dialectal y simbólica. Sin embargo, un grupo étnico comprendido en estos términos no supone homogeneidad de clases o política y económica, ya que el término solo permite una redefinición de la identidad colectiva. Es decir, un grupo étnico o una etnia de sí tiene sus propias diferenciaciones sociales, económicas y políticas, pero a su vez mantiene una fortaleza como grupo cultural, tanto hacia adentro como hacia afuera (Antón, Bello, Del Popolo, Paixão y Rangel, 2009).

De forma similar, la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C. considera como grupo étnico a las aquellas comunidades que están determinadas por una historia común y una ancestralidad, en donde sus integrantes se reconocen como tal y comparten rituales, gastronomía, música, danza y lengua; es decir, tiene rasgos propios distintivos que hacen recaer una carga simbólica entre sus miembros (**Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte, Alcaldía Mayor de Bogotá, 2013**).

La afirmación contenida en esta proposición se evidencia en el último censo general de Colombia, realizado en del 2005, donde se representan los diversos grupos étnicos

conformados el país se representan como: afrocolombianos, el 10,6 % de la población; mestizos, el 49 %; blancos, el 37 %; e indígenas, el 3,4 %. Esto corresponde a 1 378 884 habitantes, que están distribuidos entre más de 80 etnias, de las cuales, las más numerosas son: wayúu, nasa, zenú y emberá. Los departamentos con mayor población nativa son, en su orden: la Guajira, el Cauca, Nariño, Córdoba, Sucre y Tolima; y los de mayor porcentaje de población indígena son: Vaupés (66 %), Guainía (65 %), la Guajira (45 %), Vichada (44 %), Amazonas (43 %), Cauca (22 %) y Putumayo (18 %).

Asimismo, se han contabilizado 4 261 996 afrocolombianos, es decir el 10,6 % de la población total del país, quienes, en su mayoría habitan los departamentos del Chocó (83 %), Bolívar (28 %), Valle del Cauca y Cauca (22 %), y las islas de San Andrés y Providencia (57 %).

También fueron censados 4 832 rom (gitanos), principalmente en Atlántico, Bolívar, Valle, Bogotá y los Santanderes (DANE, 2005).

Al considerar los datos expuestos, obtenidos por el DANE, se puede inferir que los grupos poblacionales menores dentro del país son los indígenas y los afrocolombianos, quienes, paradójicamente, presentan un atraso económico, educativo y social mayor, pero también son grupos humanos con unas características disímiles propias de cada uno de los asentamientos en donde están ubicados, con una idiosincrasia particular y, sobre todo, con unas costumbres autóctonas representadas en su cultura, religión, arte, lengua, apego y respeto por la tierra y los animales, entre otros. Son poblaciones asentadas en territorios que presentan grandes brechas en su desarrollo respecto al resto del país, las cuales, a su vez, son el reflejo, entre otros aspectos, de las trampas de la pobreza, de la complejidad de las relaciones territoriales y de las condiciones históricas estructurales **(Departamento Nacional de Planeación, 2010)**.

Así pues, los grupos afrocolombianos están asentados en la cuenca del Pacífico, mientras que las comunidades indígenas se pueden encontrar en diferentes regiones del país, que, en general, cuentan con abundantes riquezas naturales de las que no pueden disfrutar.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el entendido que

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, (Artículo 1, Constitución Política),

la nación ha desarrollado, además, un amplio despliegue legislativo y jurisprudencial en el que se reconocen los derechos de los grupos étnicos de la nación, entre los cuales, la consulta previa que, además de presentarse como un derecho fundamental para estas comunidades, contiene uno de los beneficios más importantes, el cual es el reconocimiento a la posesión de las tierras en las que están asentadas. También se incluyen en él sus ritos y costumbres.

En este sentido, veamos cómo, estadísticamente, se han titulado tierras según la cantidad de habitantes de las comunidades étnicas del país.

Tabla 1: Comunidades étnicas de Colombia

Comunidades	Población	Tierras tituladas
Pueblos indígenas	1 378 884 habitantes 3,3 %	34 000 000 ha 29,8 % ha (equivalente)
Negras o afrocolombianas	4 377 996 habitantes (autorreconocimiento) 10,5 %	5 198 967 ha 4,56 %
Rom o gitanos	4800 habitantes 0,01 % del total de la Población	156 títulos

Fuente: Ministerios del Interior y de Justicia

Como se muestra en la tabla 1, es evidente que el país debe brindarle a la comunidad negra el reconocimiento de Estado diverso, multicultural y pluriétnico, a nivel internacional, y en aras de materializar este reconocimiento, pues este, por medio de la

Constitución Política de 1991 y sus diversas normas tiene obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la nación, brindando a la población diversa las posibilidades de gozar de ellas (**Asamblea Nacional Constituyente, 1991**).

De esta forma, para hacer efectiva la protección de los grupos étnicos, se ha establecido la Consulta Previa, que ha sido definida por el Ministerio del Interior como un diálogo intercultural que busca garantizar la participación real, oportuna y efectiva de los grupos étnicos en la toma de decisiones de proyectos, obras o actividades que los afecten, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural (**Ministerio del Interior, 2013**). Sin embargo, la aceptación no es obligante para la comunidad; es decir, solo es vinculante, lo cual deja un vacío normativo, pues a la fecha no existe un comportamiento o un procedimiento que establezca de manera obligante y jurídicamente a los actores-comunidades-Estado-empresa, para que luego de que se realice la Consulta Previa surta un procedimiento que defina los criterios a respetar a la comunidad, al Estado y que consecuentemente permita el desarrollo económico, social y cultural a través de la acción que vaya a realizar la empresa. Así pues, es imprescindible determinar un procedimiento claro, como una necesidad transversal que requiere ser estructurada.

El carácter vinculante que se extrae del convenio 169 de la OIT acogido por nuestra Constitución Política de 1991, se refiere a la obligación de realizar una consulta previa a la comunidad en la que se vaya a ejecutar una actividad en su territorio, vale decir que los ejecutantes de la actividad solo están obligados a una especie de información a la comunidad sin la obligación de respetar costumbres, derechos, tradiciones y territorio en el que la comunidad está asentada.

Si bien el Estado muestra su interés para garantizar el derecho a la consulta previa que tienen los grupos étnicos y la obligatoriedad de su aplicación en los casos que la ley lo determina, existen vacíos jurídicos frente al procedimiento y los efectos resultantes de este procedimiento, lo cual ha generado, en el caso específico de las comunidades afrodescendientes, que esta sea entendida como un mero requisito formal sin ninguna incidencia en las decisiones que toman el gobierno y el sector empresarial con posterioridad a la consulta previa.

Pese a que se han generado acciones a favor de su cumplimiento, como la Sentencia C-366 del 2011 (**Corte Constitucional, 2011**), en la que se declara la inconstitucionalidad de la Ley 1382 del 2010 (reforma del Código de Minas), pues se constató que su trámite no garantizaba la efectiva ejecución a este derecho fundamental, el panorama jurídico frente al tema de la consulta previa resulta confuso, en tanto no se ha dictado un procedimiento claro y riguroso que indique una ruta de acción, ni sus consideraciones o las implicaciones con respecto de esta.

En la actualidad, la realización de consulta previa en Colombia no implica el cumplimiento de la voluntad de la comunidad; esto es, los pueblos son consultados cuando se busca adelantar acciones que puedan atentar contra su libre desarrollo sociocultural en el territorio, pero el Estado y el sector empresarial no contraen con ello la obligación de actuar conforme a la voluntad expresada por las comunidades.

Inclusive en la Sentencia C-366 del 2011 (Corte Constitucional, 2011), se hace un énfasis especial en este sentido y por eso exige un comportamiento más expedito cuando manifiesta:

En tal sentido, el trámite de consulta previa no conlleva un poder de veto de las medidas legislativas y administrativas por parte de los pueblos indígenas y tribales con lo que se ratifica lo expresado en la guía de aplicación del Convenio 169 de la OIT, en el que se deduce que ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo (Tomei y Swepston, 1997), y luego aclara que el artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones, ello significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. (Tomei y Swepston, 1997)

A partir de estas consideraciones y las confusiones que dichas premisas han generado, se observa la necesidad de que nazca a la vida jurídica un mandato procedimental que acoja todos los frentes jurídicos (comunidades, Estado y empresa), ponga en diálogo sus intereses y ofrezca como resultado una clara ruta procedimental que garantice el justo equilibrio entre las actividades de desarrollo del país y los derechos de las comunidades

a ser consultadas y tenidas en cuenta en la toma de decisiones, con ello ubica los efectos de la consulta previa en un punto intermedio entre la consulta y el consentimiento de las comunidades.

4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál debe ser la estructura y el contenido de la norma procesal que regule el procedimiento para la consulta previa en Colombia como derecho fundamental y que integre a los actores comunidad, empresa y Estado?

5. MARCO TEÓRICO

5.1. CAPÍTULO 1: LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA DESDE LA NORMATIVA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Organización de Naciones Unidas (ONU) preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas, en el año 2007 decidió pronunciarse por medio de una declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, la cual se constituyó como el instrumento internacional por excelencia para la defensa de los derechos de las comunidades étnicas, especialmente en los países que han suscrito tal declaración.

Este reconocimiento realizado por la ONU surgió después de un amplio análisis sobre la situación actual y los antecedentes generales en diferentes países y Estados internacionales, que demostraron que la precariedad de las condiciones de los grupos indígenas y tribales del mundo fueron resultado de la colonización, en medio de la cual fueron desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo cual ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo, de conformidad con sus propias necesidades e intereses **(ONU, 2007)**. Es así como, al tenor del artículo 26 de la declaración en mención, se señala:

Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido.

Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate. **(ONU, 2007)**

El mecanismo de la consulta previa se encuentra legalmente establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991. En este convenio se garantizan los derechos de los pueblos indígenas y tribales a su territorio y a la protección de su autonomía cultural. Al ratificar el convenio, el Estado colombiano se ha obligado a moldear la legislación y a implementar los mecanismos necesarios a partir de las disposiciones del convenio, pero, hasta hoy no ha sido ejecutada en su totalidad.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 8, establece que será obligación del Estado y, en general, de todas las personas, proteger las riquezas culturales y naturales de la nación, lo que da a las comunidades indígenas y afrodescendientes una garantía de protección, no solo para su autonomía cultural sino también al respeto de su territorio, puesto que en general las veces estas comunidades están asentadas en territorios de abundante riqueza natural. El derecho a la consulta previa no se menciona expresamente en el texto constitucional, sin embargo ha sido configurado bajo el derecho a la participación, consagrado en el artículo 40 de la Carta Magna (**Asamblea Nacional Constituyente, 1991**).

La legislación colombiana ha desarrollado una amplia normatividad jurisprudencial y doctrinaria para explicar la consulta previa, pero ha dejado en el aire el procedimiento. Esta es una situación que debe corregirse en aras de garantizar una efectiva protección de los derechos de las minorías étnicas.

De otro lado, en cuanto a la materialización de los derechos de las comunidades étnicas en el país respecto a los temas territoriales y la aplicación de la consulta previa y sus implicaciones, esta también se ha incluido en los planes de desarrollo que deben presentar cada uno de los presidentes de la república en su plan de gobierno, ya que el Plan Nacional de Desarrollo (PND) es el instrumento formal y legal por medio del cual se trazan los objetivos y se determinan las acciones de gobierno, que además, permite la evaluación de su gestión. El PND se constituye, entonces, en una herramienta de gestión que facilita administrar con pertinencia y orden un ente territorial determinado. De acuerdo con la Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 339, del Título

XII del Régimen Económico y de la Hacienda Pública, Capítulo II de los planes de desarrollo, el PND se compone de una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional (**Departamento Nacional de Planeación, 2010**), inversiones dirigidas al desarrollo y crecimiento social, económico y educativo del país y de sus habitantes.

En el marco de la vigencia de 2010-2014, de la presidencia de Juan Manuel Santos Calderón, denominado “Prosperidad para todos”, se declaró como política de gobierno la protección y el reconocimiento de las comunidades indígenas y tribales (grupos étnicos) (DNP, 2010), de la siguiente forma:

Colombia se caracteriza por ser una nación pluriétnica y multicultural, lo cual constituye una riqueza nacional y regional, y en un reto para la formulación de políticas públicas que promuevan la igualdad de oportunidades de acceso a los beneficios del desarrollo para los grupos étnicos y la supervivencia de sus culturas.

[...] Los grupos étnicos poseen gran variedad de manifestaciones culturales relacionadas con la cosmovisión, lingüística, organización social y política, relaciones económicas, manejo adecuado del ambiente, relacionamiento con el territorio, talentos, etc. Dicha diversidad étnica y cultural genera derechos especiales [...] claramente reconocidas en la legislación colombiana [...]. (Departamento Nacional de Planeación, 2010, p. 463)

A la luz de las políticas diferenciadas para la inclusión social en materia de grupos étnicos, en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, se identificaron los departamentos donde habitan estos grupos humanos; así este PND se constituyó en un instrumento esencial para focalizar la atención en marco al desarrollo territorial y la consulta previa originadas en estos territorios, en donde nos revela:

Si bien, la población de grupos étnicos se encuentra distribuida en todo el país, la población indígena se concentra especialmente en los departamentos de la Guajira, Cauca, Nariño, Córdoba y Sucre, donde se concentra el 65 % del total de la población indígena del país. Así mismo, los departamentos del Valle, Antioquia, Bolívar, Chocó,

Nariño y Cauca concentran cerca del 70 % de la población negra, afrocolombiana, palenquera y raizal a nivel nacional.

Las ciudades que concentran en mayor medida a la población afrocolombiana son las Cali (13 %), Cartagena (7 %), Buenaventura (6 %), Medellín (3 %) y Bogotá (2 %). Por su parte, el pueblo rom, o gitano, está ubicado fundamentalmente en ciudades como Barranquilla, Cartagena, Cali, Bogotá, Cúcuta y Girón (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, 2011).

Con base en estas cifras, la titularidad de las tierras por parte de la población indígena está concentrada en 735 resguardos, ubicados en 235 municipios, con una extensión de 1 042 579 323 hectáreas; mientras las comunidades negras tienen asignados 162 títulos colectivos en un área de 5 218 024 hectáreas, que benefician a 63 440 familias, principalmente del Pacífico colombiano (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, 2011). En estos territorios se desenvuelve el desarrollo comunitario de estas poblaciones; aun así no han sido plenamente usufructuados por estas, ya que factores como el desplazamiento forzado, el reclutamiento, las masacres y el asesinato de líderes comunitarios, entre otras violaciones a los derechos humanos, se han evidenciado como resultado de la ola de violencia que sumió al país en más de 50 años de guerra interna, donde las principales víctimas de este conflicto han sido los grupos étnicos. Como se dijo antes, estos factores han impedido el goce pleno de las poblaciones étnicas sobre sus derechos territoriales, pues se han visto obligados una y otra vez a subsistir como individuos y no como grupo humano diferenciado en ambientes diferentes, que no responden a su cosmovisión, ancestralidad y cultura. Dichas conclusiones se pueden desprender de las cifras que arroja el Registro Único de Población Desplazada (RUPD) y que se muestran en la tabla 2.

Tabla 2: Población desplazada por grupos étnicos

Grupo étnico	Número de personas
Gitano (rooms)	22 291
Indígena	84 053
Negro o afrocolombiano	292 529
Raizal del archipiélago de San Andrés y Providencia	4 140
Total población grupos étnicos desplazados	403 013
Total población desplazada	3 486 305
Porcentaje de desplazados de grupos étnicos- Total población desplazada	12

Fuente: RUPD (31 de julio del 2010).

Como se puede observar en la tabla anterior, el desplazamiento forzado ha afectado la tenencia y la seguridad jurídica de los territorios comunitarios.

El desalojo de las familias de las comunidades de sus zonas de origen (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014) le ha servido a los grupos armados para el desarrollo y la explotación de cultivos ilícitos. Esta información tiene respaldo en el informe presentado por el Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos (SIMCI, 2006), según el cual en los territorios indígenas había 4 995 hectáreas de cultivos de coca, con incrementos en los años 2007-2008 (5 357 y 6 049 hectáreas respectivamente) y una reducción en el 2009 (4 549 hectáreas) (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Tomo I, 2011, p. 466).

La tierra es el elemento fundamental y primario para la conservación cultural y la supervivencia de los pueblos, al constituirse como el espacio físico y simbólico donde se tejen las relaciones sociales y se afianzan las prácticas culturales.

Para contrarrestar esto el Gobierno del presidente Santos estableció como lineamiento estratégico y como política de Estado para los periodos mencionados, el enfoque diferencial y la implementación de acciones afirmativas orientadas a generar las condiciones para la igualdad de oportunidades y el desarrollo social integral, de tal forma que pudiera garantizarse la supervivencia de las culturas y la atención oportuna, eficiente y pertinente del Estado a los grupos minoritarios del país.

De igual forma, para prevenir y proteger los derechos humanos de los grupos étnicos, diseñó planes, programas y estrategias para la población afrocolombiana desplazada con enfoque diferencial y reconocimiento de sistemas propios de protección y derecho

especial (guardia cimarrona en San Basilio de Palenque). Además, estableció metas para la titulación colectiva que, en el marco del Plan Nacional de Tierras, mostrara avances significativos en beneficio de las comunidades negras.

En materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, el Estado colombiano y el Gobierno nacional darán cumplimiento a las responsabilidades, competencias y funciones en cuanto al reconocimiento, garantía, protección y restablecimiento de los derechos de los pueblos indígenas de Colombia. Para ello, se formulará un programa nacional para la constitución, ampliación y saneamiento de resguardos Indígenas, que tendrá metas e indicadores definidos por regiones y por pueblos, el cual será elaborado y ejecutado por el Gobierno nacional en concertación con las autoridades y organizaciones indígenas. Para la formulación, implementación y desarrollo de este programa, el Ministerio de Agricultura y las entidades adscritas habilitarán los recursos económicos, técnicos y logísticos necesarios para su cumplimiento. (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014)

En cuanto a la consulta previa, en el Plan Nacional de Desarrollo se presentaron unas acciones o rutas que adelantarían el Ministerio del Interior y los delegados a la Mesa Nacional de Concertación con Pueblos Indígenas, la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras y la Comisión Nacional de Diálogo con el Pueblo Gitano o Rom, en donde esta se protocolizó (Programa presidencial para la formulación de estrategias y acciones para el desarrollo, 2012) mediante tareas y acciones concretas como las formuladas por:

- Los Ministerios del Interior y de Justicia

Quienes consultarían y concertarían a los pueblos, autoridades y organizaciones indígenas los lineamientos adecuados, así como la ruta jurídica propicia para la aplicación de la consulta previa. Así mismo, el Gobierno se comprometía a cumplir los requisitos que establece la Corte Constitucional en materia de consulta previa.

Además, garantizarían el derecho a la consulta previa y la concertación de las medidas legislativas y administrativas que pudieran afectar la integridad de la vida, la cultura y el territorio de los pueblos indígenas a partir de las sentencias de la Corte Constitucional,

procurando que esta fuese rápida, práctica, incluyente, efectiva y respetuosa de los sistemas y espacios indígenas de decisión.

- La Vicepresidencia de la República-Programa Presidencial de DD. HH. y DIH

La Comisión Intersectorial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, a cargo de la Vicepresidencia de la República, en coordinación con los ministerios del Interior y de Justicia y la Comisión Nacional de Derechos Humanos para los Pueblos Indígenas lideraría el Programa de sensibilización, protección, prevención y garantía de los derechos humanos individuales, colectivos y territoriales en el marco del Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario; esta iniciativa incluiría la participación permanente de los representantes de los pueblos indígenas.

- El Ministerio de Transporte

El Ministerio de Transporte, a través del INVÍAS y la Aerocivil, debería adelantar convenios interadministrativos con los cabildos, autoridades y sus organizaciones, con el fin de garantizar el mantenimiento y construcción de vías de comunicación, con recursos de la nación y de los entes territoriales.

- El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (MADR)

En materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, el Estado colombiano y el Gobierno nacional darían cumplimiento a las responsabilidades, competencias y funciones en cuanto al reconocimiento, garantía, protección y restablecimiento de los derechos de los pueblos indígenas de Colombia, contenidos en el bloque de constitucionalidad, en la Ley 21 de 1991 (Convenio 169 de la OIT) y en la Constitución Política Nacional, marco legal vigente y Autos 004 y 008 de la Corte Constitucional.

- El Ministerio de Defensa Nacional

En cuanto a la erradicación de cultivos de uso ilícito, el Gobierno nacional se comprometería a garantizar los procesos de consulta previa y participación, de conformidad con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la Constitución Política

Nacional y la Sentencia SU-383 de 2003. Así mismo, el Ministerio de Defensa garantizaría los procesos de reparación y compensación por daños causados en el ejercicio de cualquier medio de erradicación de cultivos de uso ilícitos (Programa presidencial para la formulación de estrategias y acciones para el desarrollo, 2012).

- El Ministerio de Educación Nacional (MEN)

Esta entidad manifestó su disposición para avanzar de manera articulada con otras entidades del Gobierno en la definición de una ruta jurídica, en el marco de la consulta previa, con la aprobación de la Mesa Nacional de Concertación. Como muestra en el avance de este proceso se expidió el Decreto 2500 del 2010. Así mismo estableció que en un término no mayor a seis meses desde la aprobación del PND se definiría la ruta jurídica del SEIP.

Por último, el Plan de Desarrollo 2014-2019, debido a que aún no existía la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Negritudes, adoptó lo concertado en el Plan de Desarrollo 2010-2014 (Plan de Desarrollo de 2014-2019).

El reconocimiento dado en los planes de desarrollo del país, en estos dos periodos, contrasta con el énfasis puesto en ellos a la explotación y aprovechamiento de los recursos naturales como motor de la economía del país. Si se tiene en cuenta que gran parte de la riqueza de suelo y de los recursos naturales en Colombia está ubicado donde estos pueblos se asientan, y cuya posesión les ha sido otorgada por ley, se entiende la necesidad de un marco de acción que posibilite el desarrollo del país sin perjuicio y sin controvertir del derecho de los grupos étnicos.

Ahora bien, en cuanto al derecho fundamental a la consulta previa, el Consejo de Estado, como modalidad especial del derecho a la participación de las comunidades, cobró relevancia normativa en Colombia después de la incorporación al derecho interno del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por parte del Congreso de la República, mediante la Ley 21 de 1991.

Este instrumento internacional fue adoptado por la 76.^a reunión de la Conferencia General de la OIT, que tuvo lugar en Ginebra en el año de 1989, y en él se regulan

diferentes aspectos relacionados con los pueblos indígenas y tribales en los países que la integran.

Específicamente, en el artículo sexto, el convenio dispuso que, al aplicar sus disposiciones, los gobiernos deberían consultar a los pueblos mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas, cada vez que sean previstas medidas de naturaleza legislativa o administrativa susceptibles de afectarlos directamente.

Entonces, cada vez que el Estado, a través de sus distintas instituciones o entidades, fuese a adoptar una decisión o a poner en marcha un programa que pudiera afectar una determinada comunidad que, conforme a sus características culturales, sociales o históricas sea un grupo de especial protección (indígenas, afrodescendientes, rom, etc.), estaría obligado a surtir un trámite de consulta previa con el objeto de concertar y poner en conocimiento de tales colectividades las respectivas medidas a adoptarse en su territorio, para que ellos puedan participar de las mismas, en desarrollo el principio de participación como manifestación de la democracia.

5.1.1. (COLOMBIA, 2016) DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

Es sabido que la conquista y la colonización del continente americano trajo aparejada la coexistencia de personas de distintas latitudes del planeta: indígenas, africanos y europeos, todos con características fenotípicas, creencias, costumbres e idiomas marcadamente diferentes. A ese cúmulo de rasgos lingüísticos, culturales, religiosos, etcétera, que caracterizan a determinado grupo humano es a lo que comúnmente se le denomina etnia. De ahí que, al conjunto de personas de la misma etnia se le llame grupo étnico o comunidad étnica.

Ahora, si bien el término grupo étnico no alude específicamente a los grupos minoritarios (como se dijo, en sentido estricto el término hace referencia al conjunto de personas de la misma etnia), lo cierto es que la jurisprudencia nacional ha utilizado dicha expresión preferentemente para referirse a comunidades históricamente discriminadas,

comunidades que, por cuenta de la imposición de una visión del mundo mayoritariamente aceptada y del acceso restringido a instancias de decisión, han visto debilitadas sus prácticas culturales, sociales y espirituales. Los grupos étnicos asentados en territorio colombiano son los indígenas, los negros, los raizales, los palenqueros y los rom o gitanos (OIT, 1989).

Ese contexto de debilitamiento sistemático de los valores y costumbres de los grupos étnicos, sumado a

las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven,

explica la adopción, en el seno de la OIT, del Convenio 169 sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes.

En Colombia, el Convenio 169 de la OIT fue ratificado mediante la Ley 21 de 1991, y fue la primera respuesta efectiva del Estado frente a las voces inconformes que empezaban a exigir cambios profundos en el sistema político-normativo imperante del país, que no propendía por la protección de la diversidad étnica y cultural. Vale decir que dicha ley también fue el prelude del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica. El artículo 7 de la Constitución Política, por ejemplo, hace alusión al reconocimiento y la protección de la diversidad étnica de la nación colombiana por parte del Estado. No es casualidad, entonces, que uno de los aspectos centrales del Convenio 169 de la OIT sea el de la consulta previa.

La consulta previa es, pues, el derecho fundamental de los grupos étnicos a ser informados y consultados sobre la adopción de las medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos directamente. *Grosso modo*, el objetivo principal de la consulta previa es establecer un diálogo con el respectivo grupo étnico, que favorezca la adopción de las medidas administrativas o legislativas y al mismo tiempo mantener incólume su integridad étnica y cultural.

Sobre la finalidad de la consulta previa, en sentido más amplio, la Corte Constitucional ha manifestado que:

[...] la consulta previa tiene la finalidad de i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto [...].
(Sentencia SU-039, 1997)

Dicho de otro modo, la consulta previa es el espacio propicio para que, por una parte, las autoridades expliquen detalladamente en qué consisten las medidas administrativas o legislativas que planean implementar y determinen de qué manera tales medidas pueden afectar directamente al grupo étnico consultado. Es la oportunidad para que las comunidades étnicas formulen los reparos que tengan sobre estas medidas y, de ser posible, lleguen a un acuerdo con las autoridades respecto de la forma de resolverlos y de garantizar la preservación de la identidad etnocultural.

La consulta previa es, pues, el mecanismo que materializa el derecho que las comunidades étnicas tienen para proteger su identidad cultural, social y económica. De los presupuestos para solicitar el amparo del derecho fundamental a la consulta previa son la legitimación por activa y la certificación sobre la presencia de comunidades étnicas en un determinado territorio.

En los términos del artículo 86 de la Constitución Política, es titular de la acción de tutela toda persona cuyos derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que la acción de tutela puede ejercerse directamente por el titular del derecho fundamental o a través de su representante. Dicha norma también prevé que cuando el titular de los derechos fundamentales no esté en condiciones de promover su propia defensa, otra persona los puede agenciar, siempre que esa circunstancia se manifieste en la solicitud de tutela. Es lo que comúnmente se denomina agencia oficiosa.

De lo anteriormente expuesto podría inferirse que solo las personas individualmente consideradas son titulares de derechos fundamentales y que, por ende, aparecen como las únicas habilitadas para comparecer al proceso de tutela en calidad de demandantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia T-380 de 1993, ha reiterado en las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998 y SU-383 del 2003 y T-769 del 2009, entre otras) que, en virtud del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, las comunidades étnicas indígenas, negros, raizales, palenqueros y rom son titulares de derechos fundamentales, lo cual las faculta para instaurar acciones de tutela cuando hayan sido vulnerados los derechos que enmarca la consulta previa.

En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia (Sentencia T, 1993)

La consulta previa —derecho cuyo amparo se solicita principalmente en el *sub examine*— es uno de esos derechos fundamentales de las comunidades étnicas que puede ser vulnerado o amenazado.

En lo que concierne a la consulta previa se precisa que, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1320 de 1998 y en el Decreto Ley 2893 del 2011, el Ministerio del Interior es la entidad competente para certificar sobre la existencia y representación de un grupo étnico en determinado territorio.

En ejercicio de la autonomía que se deriva de la Constitución Política, las comunidades étnicas tienen derecho a establecer sus propias formas de organización y sus sistemas de autoridad, gobierno y representación. En tal virtud, las comunidades indígenas conforman cabildos y las comunidades negras hacen lo propio mediante los llamados consejos comunitarios. En todo caso, para cada una de esas formas de organización la comunidad elige una o varias personas, según el caso, a fin de que representen sus intereses.

De manera que cuando se reclama la protección de un derecho fundamental cuyo titular es un determinado grupo étnico, como la consulta previa, es necesario i) que el Ministerio del Interior certifique sobre la existencia y representación de la comunidad étnica y ii) que la solicitud de tutela sea presentada por el representante de la respectiva comunidad étnica. De esa forma el juez de tutela no solo adquiere certeza sobre la presencia de un grupo étnico en determinado territorio, sino que también se asegura de que la persona que presenta la solicitud de amparo esté legitimada para hacerlo, esto es, que esté habilitado para pedir la protección de los derechos fundamentales en representación de toda la comunidad (Sentencia 2016-00079, 2016).

¿QUÉ ES LA CONSULTA PREVIA?

5.1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

La consulta previa es el derecho fundamental que tienen todos los grupos étnicos para decidir, de manera libre e informada, cuando se pretenda realizar un proyecto, una actividad o alguna obra dentro de sus territorios, así como cuando se tomen medidas

legislativas o administrativas que los afecten, si dichas acciones puedan o no realizarse. Su propósito principal es proteger las formas de vida propias de estos grupos, su identidad cultural, valores, principios orientadores y prácticas tradicionales y responde, por tanto, al respeto a la diversidad étnica y cultural.

La información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales, por consiguiente, no tiene el valor de consulta previa. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente esta se manifieste a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera cómo se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica, en caso de que ello fuese a ocurrir (Sentencia SU 039, 1997).

Por tanto se contempla que, lo que se debe consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de las instituciones que los representan, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (OIT, 1989). De esto se desprende que, toda actividad económica de extracción, explotación del suelo o de los recursos naturales que se encuentren en los territorios de asentamiento de las comunidades indígenas, negras o rom ha de ser consultada previamente con ellas, entendiendo que su territorio es uno de los ejes articuladores más importante de su identidad social y cultural.

Si bien, como proceso específicamente reglamentado, la consulta previa es joven, cuenta con una serie de antecedentes sociales, políticos y jurídicos que condujeron a su establecimiento tal y como se conoce hoy. Puede considerarse que el primero de ellos es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que contempla el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos sin distinción de etnia, sexo, ni filiación política o religiosa, al igual que el derecho a la propiedad individual y colectiva, así como a la libre circulación y establecimiento en el territorio. La importancia de esta declaración en relación con la consulta previa radica en el hecho de que por primera vez se reconoce

oficialmente y para todas las naciones democráticas el derecho a la diversidad cultural y su libre ejercicio sin desmedro de la ciudadanía.

Una década después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, o sea en 1957, la OIT suscribió el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas, tribales y semitribales, el cual promueve la responsabilidad del Estado de cada país miembro con su población indígena y tribal, y señala que se deben adelantar todas las acciones necesarias para su desarrollo y para el disfrute de los bienes y oportunidades del país al que pertenecen, sin menoscabar sus propios sistemas de vida, creencias y cosmovisiones. Frente al tema de tierras en la consulta previa, este Convenio, en su artículo 11, dispone que se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas. Así mismo, en los artículos 12 y 13, se apunta a que las poblaciones indígenas, tribales y semitribales no deberán ser trasladadas de su territorio sin su libre consentimiento, y añade que, de ser ello necesario, se reparará a las comunidades con tierras iguales o similares e indemnizarlas por las afectaciones que dicho desplazamiento pudiere causar. De igual modo, se reconoce la validez de los sistemas tradicionales propios que reglamentan la tenencia, goce y transmisión de los derechos sobre la tierra en cada población. Este Convenio, acogido por 27 países, se constituyó en el primero en reglamentar los derechos y las relaciones de los pueblos indígenas y tribales del mundo con los Estados bajo cuya jurisdicción se encuentran.

Dicho convenio se propuso una reorientación de lo dispuesto en el Convenio 107 de 1957 al considerar que la forma en que este se venía comprendiendo no daba cuenta del espíritu con que fuere creado y, en consecuencia, reconoce que: la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.

En esta nueva disposición se ratifican los aspectos relacionados con el respeto de las formas de vida propias de los pueblos indígenas y tribales, su jurisdicción y ciudadanía; sin embargo, se hace

evidente un cambio en la mirada a estos pueblos, pues se reconoció que su desarrollo social se encuentra en una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y por tanto el trato debe ser entre iguales. Entendiendo la OIT las circunstancias que afrontan estos grupos sociales, considero en virtud de lograr la equidad y mejores condiciones humanas de estos grupos poblacionales, dirigir la aplicación del Convenio 169 a reconocer que se trata de pueblos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad Nacional (**International Labour Organizatio, 1996-2017**). Así, la visión según la cual se trata de pueblos menos desarrollados da paso a aquella que plantea que son pueblos diferentes, pero en igualdad ante la institucionalidad.

Este cambio supone el primer paso para hablar de consulta previa, entendiéndola como un Diálogo entre iguales que negocian sus intereses de cara a una decisión justa para todos. Justamente en marco de esta nueva concepción, el Convenio 169 sienta las bases de la consulta previa en los artículos 6 y 7:

Artículo 6

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

- a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y

de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7

1. 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 este 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. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medioambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medioambiente de los territorios que habitan.

Pero, además, la Corte Constitucional dejó claro en esta jurisprudencia, que la consulta previa se constituye en un derecho fundamental al manifestar que:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación (Sentencia U 039, 1997).

[...] De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.

Sobre esta base hace necesario considerar que:

La consulta previa es un derecho de carácter colectivo que debe responder al principio de buena fe y debe ser realizada antes de la toma de la decisión.

Se realiza a través de un proceso de carácter público, especial y obligatorio en el cual se garantiza el debido proceso (principio de oportunidad, comunicación intercultural y bilingüismo).

Se hace de manera previa a la adopción de medidas administrativas, legislativas o a la decisión sobre proyectos que puedan afectarles.

Durante todo el proceso se garantiza el acceso a la información, la cual debe ser dada de manera clara, veraz y, sobre todo, oportuna.

Uno de los temas más complejos que denota la existencia de múltiples intereses, que además ha generado debates no solo políticos, sino jurídicos, y que ha ocasionado en los últimos tiempos mayor divergencia entre los grupos étnicos de Colombia y el Gobierno nacional, es el de la consulta previa. A ello debemos los múltiples pronunciamientos de las altas Cortes sobre el particular, tras resaltar su importancia en la protección de la integridad étnica y cultural de la nación colombiana, como un instrumento garantizador del derecho fundamental a la participación en las decisiones que afecten a los pueblos indígenas y tribales (Rodríguez, Albán Domínguez, & Moncayo, 2015).

La consulta previa es un derecho fundamental, que se convierte en un trámite obligatorio que debe ejecutarse de acuerdo con los usos y costumbres de cada etnia, cada vez que se pretendan tomar decisiones que afecten a las comunidades, las cuales pueden ser:

Medidas administrativas como la expedición de una licencia ambiental para la explotación de recursos naturales. Medidas legislativas como la expedición de normas que involucren o afecten a estos pueblos (Sentencia T-382, 2006).

Actualmente, existen muchas preocupaciones sobre la aplicación de la consulta previa, sus bondades y el cumplimiento de su objetivo de proteger la integridad social, cultural y económica de los pueblos. Por ello es importante establecer y discutir sobre el ámbito de aplicación de la consulta previa, su procedimiento, alcances, etc., con el fin de aportar herramientas para su ejecución.

5.1.1.2. CARACTERÍSTICAS DE LA CONSULTA PREVIA

La consulta previa tiene cuatro características, a saber:

La consulta es libre: esta característica implica que no debe haber presiones de ninguno de los actores para su realización y debe responder a la expresa y consciente voluntad de hacerla, se les debe brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto presentado (Sentencia SU-039, 1997).

La consulta es previa: esta característica señala que la consulta debe realizarse antes de la toma de cualquier decisión o puesta en marcha de cualquier proyecto que afecte a los grupos étnicos. Implica que los primeros que deben conocer los proyectos que puedan afectar su vida comunitaria y su territorio deben ser los grupos étnicos y no solo deben conocerlos, ya que no se trata de informarle a la comunidad meramente, sino que deben existir espacios donde se escuche a la comunidad en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto, además del respeto a sus costumbres y ancestralidad.

El carácter previo de la consulta exige que las comunidades sean consultadas sobre los proyectos (**en ejecución o ya culminados**), garantizando con ello de cierta manera su derecho a controlar las condiciones de su desarrollo sociocultural y económico.

La consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que se comience el proyecto de explotación (incluso desde la formulación del proyecto y antes del inicio de las actividades de prospección) o se tome la decisión normativa que concierne a las comunidades directamente. Lo precisó en la sentencia SU-039 de 1997, que actuaciones posteriores a la

adopción de la decisión no pueden subsanar el vicio que se genera por la ausencia de consulta previa. En el mismo sentido se manifestó en la Sentencia C-702 del 2010, en la que afirmó que la omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier medida legislativa. (Sentencia T-693, 2011)

La consulta es informada: esta característica apunta a que los grupos étnicos conozcan de forma amplia y suficiente las características del proyecto o la medida legislativa o administrativa que se quiere implementar en su territorio. Es, por tanto, indispensable llevar a cabo las acciones tendientes a lograr la plena comprensión de las características y alcances del proyecto o medida en cuestión. Ello implica la adopción de medidas que permitan la comunicación entre las partes, tales como la utilización de equipos de traducción, la contratación de expertos y la realización de jornadas informativas, entre otros mecanismos.

La consulta previa cumple con esta característica cuando se dota a la comunidad del conocimiento pleno, conociendo en detalle en qué medida los proyectos pueden afectar su cohesión social, cultural, económica y política, es decir su subsistencia; esto es conocer, ilustrar y comprender los mecanismos, procedimientos y las actividades que se ejecutarían para materializar el proyecto en cuestión.

La consulta opera bajo el principio de buena fe: si bien es cierto que no hay una ley o jurisprudencia que obligue a la aplicación de este principio, se considera una condición inherente a la consulta misma, dado que las partes establecen un diálogo horizontal en el que todas son escuchadas y valoradas en igualdad de condiciones. La consulta no se desarrolla a partir de intenciones negativas entre las partes sino como una vía ciudadana de encuentro de posturas.

En este punto es preciso aclarar que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el instrumento y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de buena fe.

Corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar (Sentencia T -800, 2014).

En tanto que la (Sentencia T-1080, 2012), afirma:

La consulta previa se encuentra fundamentada sobre este principio y el mutuo respeto, lo que implica que las partes deberán dialogar con una sincera disposición para llegar a acuerdos, no se trata entonces de una pugna sino de un proceso de entendimiento entre las partes que ha de conducir a la decisión más justa para todos.

El principio de buena fe significa que los procesos de consulta no deben ser manipulados y que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, para lo cual es necesario que las comunidades sean dotadas de información suficiente y oportuna.

Por otro lado, también, la Corte Constitucional ha recordado la importancia de que en la consulta previa debe tenerse en cuenta la decisión a adoptar. La efectividad de la consulta se refiere entonces al deber de las autoridades de dar valor a la palabra de las comunidades.

Así las cosas, para que la consulta previa cumpla con su finalidad y sea un mecanismo eficaz y útil de participación, es necesario que en su realización se adopten procedimientos apropiados que permitan la creación de espacios de negociación y de intervención de las instituciones representativas indígenas, que contribuya al desarrollo y a la resolución efectiva de los diferentes desafíos asociados con el respeto de los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de estos pueblos. (Sentencia C-175, 2009)

Finalmente, la Corte establece mediante la (Sentencia T-129, 2011) que todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en los territorios de las comunidades étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas:

- (i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.
- (ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.
- (iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.
- (iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.
- (v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En

especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

- (vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.
- (vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.
- (viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.

- (ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.
- (x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.
- (xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

Si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación de los grupos étnicos respete de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos. No obstante, es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los grupos afectados por una actuación u autorización administrativa de entidades del Estado o particulares. Circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional.

5.1.1.3. LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En Colombia la base del reconocimiento de la Consulta Previa como derecho Fundamental es la Constitución Política de Colombia, ya que en su artículo séptimo reza que “**el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana**” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). El país es considerado desde entonces como pluriétnico y multicultural, es decir, este fue el primer paso hacia el reconocimiento de Colombia como una nación multicompuesta. Esta consideración ha permitido derivar todas las acciones legales posibles para la conservación, equilibrio y salvaguarda de los pueblos indígenas y tribales (afros y rom).

La introducción del concepto “democracia y soberanía popular” es quizás una de las razones por las cuales hoy hablamos de consulta previa, ya que estos conceptos imponen a los Estados obtener el consentimiento claro, expreso y voluntario de los ciudadanos, en donde todos los individuos que conforman la sociedad son libres e iguales ante la ley y tienen voz y voto frente a los temas que les afectan directa o indirectamente. En el caso colombiano, la nacionalidad cobija por igual a las comunidades étnicas minoritarias, lo que les permite hacer un ejercicio pleno de ciudadanía y de derechos, tales como la consulta previa, donde las comunidades étnicas por cultura, ancestralidad e identidad deben ser escuchadas; y tanto el Estado como la empresa privada están llamados a respetar sus decisiones frente a proyectos o actividades que los afectan.

Ahora bien, se entiende como fundamental el derecho a la nacionalidad del que gozan todos los ciudadanos; en tal sentido, al definir a Colombia como un Estado social de derecho, además de ser una nación pluriétnica y multicultural, se reconoce la diversidad de maneras de ejercer la nacionalidad colombiana, diversidad que en el caso de muchas comunidades minoritarias se encuentra marcada por el uso de la tierra y la relación que los pueblos establecen con ella. De este modo, garantizar el derecho a la consulta previa de las comunidades es, a su vez, garantizar el pleno ejercicio de la ciudadanía colombiana en condiciones de diversidad al permitirle a cada

grupo cultural definir su destino, conservar sus tradiciones y su comprensión de lo que es el territorio y la propia cosmovisión.

De esta forma, la Sentencia SU-039/97 nos expresa que:

DERECHOS FUNDAMENTALES DE COMUNIDAD INDIGENA-Titularidad

La Corte había considerado que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicán de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace "a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana".

De otro lado la (Sentencia C-175, 2009) dice que:

El carácter de derecho fundamental que tiene esta actuación deviene de que a través suyo se actúa y protegen elementos básicos de las minorías étnicas dentro de un Estado pluralista, como pueden ser la propiedad, la participación en las decisiones estatales y el respeto de su cosmovisión al momento de determinar políticas públicas o tomar decisiones administrativas.

La consulta previa se constituye como un derecho fundamental de los pueblos minoritarios por ser un mecanismo que garantiza que estos toman decisiones sobre sus formas de vida, que se encuentran constituidas por elementos que van más allá de las relaciones materiales con el entorno.

Los pueblos indígenas tienen un arraigo con el territorio que va más allá de la concepción material de las cosas, sus principios están basados en el pensamiento de la cosmovisión, la relación del hombre con la tierra, el bien y el mal, el cielo y el infierno, la luz y la oscuridad, dos componentes unidos, inherentes al ser, lo espiritual y lo material. [...]

Para los pueblos indígenas el significado de territorio se basa en su principio de autonomía, no como una situación de dominio sobre un lugar, sino que implica y requiere la posibilidad de la toma de decisiones sobre lo que les pertenece por naturaleza propia. Para ellos sencillamente no puede existir la demarcación, comarca, zona, faja o franja, debido a que ellos se consideran uno con el universo. (Cardona, 2006)

Si bien, tanto a nivel nacional como internacional, la normatividad y la jurisprudencia son prolíficas en reconocer a los pueblos indígenas como comunidades objeto de consulta, el Estado en Colombia ha trabajado y legislado para cobijar con este reconocimiento a las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras, con lo cual estas también gozan del derecho fundamental a la consulta previa, en tanto que son un grupo étnico minoritario con unas relaciones complejas con el territorio, las cuales determinan en gran medida sus modos de vida y visión de desarrollo. En consecuencia, son titulares de los mismos derechos que otorga el Convenio 169 de la OIT a los pueblos indígenas, tales como el derecho a ser consultados cuando se trate de obras o proyectos legislativos o administrativos que impliquen una afectación a su vida comunitaria. Así pues, el Estado colombiano ha ido reconociendo estos derechos a los negros, mediante la Constitución, la ley y la jurisprudencia; y así mismo la Corte Constitucional en algunas sentencias, entre las que se encuentra la C-169 del 2001, que indica, en cuanto al carácter de grupo étnico llamado comunidades negras, lo siguiente:

Las comunidades negras como grupos étnicos. Las comunidades afrodescendientes son un sector importante de la población colombiana que, en sucesivas oportunidades, ha sido reconocido por el legislador como un grupo étnico especial. En efecto, tanto la Ley 70 de 1993 (que desarrolla el artículo transitorio 55 de la Carta), como la Ley 99 del mismo año (sobre protección del medioambiente), así como la Ley 199 de 1995 (que organiza el

Ministerio del Interior), parten de tal reconocimiento para otorgar una serie de derechos a las mencionadas colectividades, definidas en el artículo 2-5 de la Ley 70 de 1993 como “conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

Es importante destacar que esta sentencia aclara que el reconocimiento hecho a las comunidades negras no se hace en razón a su “raza”, sino de su cultura, su idiosincrasia y a las características comunes que como colectivo representan y han mantenido, dejando un claro precedente sobre los criterios que se deben tener en cuenta a la hora reconocer como grupos étnicos a un grupo poblacional que así se considere; es decir, ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún “razas puras”, lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quienes se deben considerar de “raza negra” y quienes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Es más, no solo es un hecho reconocido que la categoría “raza” ha sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales, sino que una clasificación semejante de los ciudadanos colombianos no podría ser objeto de una circunscripción electoral como la que se examina, ya que el artículo 176 de la Carta solo hace referencia a grupos étnicos, y no a grupos raciales. Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su

estatus en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realizada, y no del color de la piel de sus integrantes.

Para los efectos del proyecto bajo revisión, el término “comunidades negras”, como lo indica el artículo 1 de la Ley 70 de 1993 en consonancia con el artículo transitorio 55 de la Constitución, se refiere tanto a aquellas que habitan en la cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplen con los dos elementos reseñados. Asimismo, a falta de una mención expresa, se deben entender incluidas dentro de las dichas “comunidades negras”, para todo lo relacionado con la circunscripción especial que se estudia, a las agrupaciones raizales del archipiélago de San Andrés y Providencia, las cuales no solo comparten con las primeras un origen histórico común en las raíces africanas que fueron trasplantadas a América, sino que han sido reconocidas por esta corporación, en consonancia con el artículo 310 de la Carta, como un grupo étnico titular de derechos especiales (Parra, 2014); por lo mismo, no pueden ser razonablemente excluidas de la participación en la Cámara de Representantes por esta circunscripción (Corte constitucional, 2011).

El derecho a la consulta previa se fundamenta en el reconocimiento de la naturaleza colectiva de los derechos humanos, el reconocimiento de la capacidad jurídica de los pueblos indígenas y la conformación de una ciudadanía multicultural (Arévalo, 2014). A su vez, se fundamenta en el reconocimiento de la propiedad colectiva que tienen estas comunidades sobre su territorio, con el objeto de que permita la supervivencia física y cultural de los pueblos étnicos (Rodríguez, Albán Domínguez, & Moncayo, 2015, pág. 16)

En virtud de la exigencia sobre el reconocimiento jurídico de estos grupos étnicos y el carácter de derecho fundamental de la consulta previa, la Constitución Colombiana, máxima entidad

judicial encargada de velar por la integridad y la supremacía de la Constitución, se ha pronunciado de esta forma:

La Corte ha considerado que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que estos no solo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. (Sentencia SU-039, 1997)

Es claro entonces comprender que la democracia, la igualdad, la pluriétnia, la multiculturalidad, la libertad de cultos, la autonomía, la libre determinación de los pueblos, la idiosincrasia, la tierra, el arraigo y la ancestralidad, entre otros conceptos han permitido que nacional e internacionalmente las comunidades étnicas sean reconocidas desde su naturaleza colectiva, obteniendo por consiguiente mayores garantías en el cumplimiento de sus derechos, que es, en últimas, la afirmación de su capacidad legal, participando de todos los asuntos públicos y en el ejercicio de una defensa apropiada de tales derechos concedidos en el ordenamiento interno.

En este sentido, además de que la Corte Constitucional, mediante sus decisiones, ha garantizado en diferentes momentos el derecho fundamental a la consulta previa, el Estado colombiano ha regulado la Consulta Previa mediante el Decreto 1320 de 1998, el cual la reglamenta con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio (**Ministerio del Interior, 1998**), y cuyo objeto es analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio. Así pues, este decreto ha determinado en qué casos opera la consulta previa y como debe ser la participación de las comunidades étnicas cuando de ella se trate.

5.1.1.4. LA CONSULTA PREVIA COMO MECANISMO CONSTITUCIONAL

En la Constitución Política de 1991, en su artículo transitorio 55, y en la posterior promulgación de la Ley 70 de 1993, también conocida como “Ley de negritudes” a las comunidades se les dio el carácter de comunidades étnicas; igualmente se les reconocieron sus derechos colectivos, la titularidad de sus tierras ancestrales y el uso de los recursos naturales de los territorios en los que se encuentren asentados. Es así como se expresa en el artículo 1 de la Ley 70 de 1993:

Artículo 1. La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

De acuerdo con lo previsto en el párrafo 1.º del artículo transitorio 55 de la Constitución Política, esta ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley. (Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C., 1995, p. 1)

Este reconocimiento genera, como consecuencia inmediata, el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Lo que es

más importante, se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la OIT, cuyo artículo 1 dice:

El presente convenio se aplica:

A los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio.

[...] Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: i) un elemento 'objetivo', a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y ii) un elemento 'subjetivo', esto es la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70 de 1993 se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del convenio mencionado. Esta definición, así como el establecimiento de un régimen

especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades constituye tan solo el reconocimiento jurídico de un proceso social que ha cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina “negro”, a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria. Se trata, así, entonces, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época —puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los palenques, pueblos de esclavos fugitivos o cimarrones, y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia—, sino en cuanto se trata de un grupo que solo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional. En ese orden de ideas, el reconocimiento de estas comunidades, a nivel nacional, en tanto grupo étnico, es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país. Por esa misma razón, su doble representación en la Cámara de Representantes es una medida de diferenciación que haya una sólida razón de ser en sus condiciones materiales de existencia, que respeta así el artículo 13 de la Carta, y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la OIT.

El Decreto 1320 de 1998 en su artículo 2 aclara que la consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras, así la consulta previa constituya tanto un derecho como un proceso; en este último sentido debe realizarse antes de la ejecución de proyectos, obras o actividades que afecten a las comunidades. Es por ello que la consulta previa

ha de ser un diálogo intercultural que conduzca a la toma de decisiones en las que se encuentren representados los intereses de los grupos étnicos protegidos. En ella participan las comunidades, la empresa privada (según sea el caso) y el Estado quienes, amparados en el principio de buena fe, desarrollan el proceso en procura de la garantía del derecho de las minorías étnicas.

Mediante su realización se garantiza, además, el derecho de los grupos étnicos a la participación efectiva, tal como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia SU-039 de 1997:

El derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. (Sentencia SU-039, 1997)

Se puede afirmar entonces que la consulta previa tiene dos dimensiones:

La de mecanismo de participación democrática cuando se trata de decisiones generales del Estado que atañen a los intereses de los pueblos indígenas, y la de procedimiento para recabar la decisión del sujeto colectivo en un asunto de su exclusiva competencia de acuerdo con el marco de sus derechos generales a la autonomía y a la propiedad territorial. (Betancur, 2014, p. 26)

Es así como encontramos que, las dimensiones para desarrollar la consulta previa, son, específicamente: i) un mecanismo de participación democrática: este es quizás uno de los puntos

fundamentales de la consulta previa; ya que las políticas estatales, las decisiones legislativas y demás implican una deliberación amplia que sirvan de garantía como canales efectivos y adecuados para expresar la participación de los agentes sociales (**Sentencia C-366, 2011**): en esta dimensión la consulta debe realizarse cumpliendo los requisitos que indica el Convenio 169: de buena fe, a través de las instituciones representativas de los pueblos y mediante procedimientos apropiados, es decir, las comunidades étnicas deben participar activamente en todas las decisiones que les afecten, esto en el marco de su reconocimiento como ciudadanos y por la autonomía que como pueblos étnicos están legitimados nacional e internacionalmente de allí que en amplias consideraciones la ha determinado.

La importancia del derecho a la participación ha sido resaltada por la Constitución, por ejemplo, en la sentencia C-180 de 1994 advirtió que el principio de participación democrática implica un modelo de comportamiento social y político de los ciudadanos en la definición del destino colectivo. Además, señaló que:

No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga

iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho.

(Sentencia T-348, 2012)

En concordancia con lo expuesto, la Corte Constitucional ha establecido que:

La intención que anima a los mecanismos de participación democrática es el aseguramiento

de una interacción efectiva y constante entre los ciudadanos y la actividad del Estado. En

este sentido, se parte de la base que el reconocimiento del principio de soberanía popular

implica que las decisiones que adoptan las diferentes instituciones públicas, solo es

legítima cuando ha estado precedida de un proceso deliberativo, en que los interesados en

las medidas correspondientes logran espacios concretos y efectivos de participación.

Conforme a esta perspectiva el artículo 40 Superior reconoce el derecho fundamental a

todo ciudadano de participar en la conformación y ejercicio del poder político, derecho que

se efectiviza a través de múltiples instrumentos, entre ellos la posibilidad de tomar parte en

los mecanismos de participación democrática antes señalados. (Sentencia C-175, 2009)

La consulta como mecanismo cualificado de participación de los pueblos indígenas en los

asuntos de su interés es expresión de sus derechos generales a mantener su identidad

cultural y a su autonomía para decidir su futuro, asumiendo que ellos son parte del Estado

y que este es poder superior, por lo cual no se considera requisito indispensable el llegar a

acuerdo en cada caso (Betancur, 2014).

De las normas constitucionales se desprenden dos modalidades definidas de participación a favor de los pueblos indígenas y afrodescendientes. La primera, de carácter general, según la cual las comunidades diferenciadas tienen el derecho a participar en la definición de las políticas estatales en el mismo grado que los demás ciudadanos, resultando por ende inadmisibles las diferenciaciones que impongan barreras para el acceso al debate democrático. No obstante,

también se ha considerado que la equidad en la participación opera sin perjuicio del reconocimiento de la identidad diferenciada de dichas comunidades, lo que obliga que su participación se realice a través de mecanismos concretos y adecuados, que resulten compatibles con las particularidades de esa identidad. Dentro de esas medidas se encuentra la asignación de curules especiales en las corporaciones públicas. Así lo ha previsto la Corte Constitucional en la Sentencia C-030 del 2008, ya citada, que sobre el particular indicó: Adicionalmente, tal como se puso de presente en la Sentencia SU-383 de 2003, el ordenamiento constitucional ha abierto a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, como los que resultan de la previsión conforme a la cual aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional; o de la disposición a cuyo tenor la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes; o de la decisión de erigir los territorios indígenas como entidades territoriales, que estarán gobernadas por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y con funciones muy amplias en ámbitos tales como la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, el diseño de las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, la colaboración con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno nacional o la representación de los territorios ante el Gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren; o de la consagración del derecho de estos pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República. De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos

indígenas y tribales: 1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; 2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias y 3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales. Tratándose de medidas generales que, de alguna manera, correspondan a estas comunidades, este es el escenario apropiado de participación, sin perjuicio de la mayor o menor actividad que puedan desplegar, a través de sus distintas organizaciones, en la discusión pública de los asuntos que sean objeto de consideración en el Congreso de la República y de la gestión que dichas organizaciones puedan adelantar ante las diferentes instancias administrativas y legislativas.

Queda entonces claro que la participación política y democrática de los grupos étnicos no es un capricho estatal sino que esta surge como una necesidad latente de que como minorías étnicas, con características marcadamente diferenciales no pudiesen verse representadas en personas que no conozcan y no se apropien de su cultura, y ¿quién mejor que ellos mismos para decidir sobre los temas que les afectan directa e indirectamente? Esto, además de contar con un amplio respaldo de muchos países que han comprobado que dicha participación permite un mayor desarrollo de las comunidades étnicas y que para cada comunidad debe tratarse respecto a sus propias dinámicas.

La segunda dimensión para desarrollar la consulta previa se establece en el marco de los derechos territoriales, la importancia y apego hacia la tierra, el concepto que los grupos

indígenas y afrodescendientes del país tienen sobre este elemento, así como las medidas sobre los derechos territoriales. Esto, en cuanto a la afectación directa de los grupos étnicos sobre las decisiones que se toman en torno al uso de la tierra y las consideraciones emitidas por la Corte Constitucional y los elementos internacionales. En consonancia con estos argumentos, se retoma un aparte de la (SENTENCIA C 366, 2011), en donde se establece que el segundo ámbito de participación es el relativo a la instauración de medidas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

La consulta previa es imperativa respecto de aquellas medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

La identificación de las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes la ha adelantado la jurisprudencia constitucional en cada caso concreto.

Sin embargo, en cada uno de ellos se observa un patrón común, conforme al cual esta afectación se evalúa en términos de qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico. En ese orden de ideas, las decisiones de la jurisprudencia han concluido, aunque sin ningún propósito de exhaustividad, que materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas son asuntos que deben ser objeto de consulta previa.

Este pronunciamiento tiene sustento en sentencias como la 030 del 2008, de la cual vale la pena rescatar que, en relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, y que cuando procede ese deber de consulta surge para las

comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a su importancia política, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.

Siendo esta la esencia de la cosmovisión de los pueblos étnicos, la consulta previa se convierte en la herramienta más eficaz para su protección, más cuando se trate de explotación de recursos naturales, construcción de obras y demás proyectos que alteran o transforman el territorio donde estos se encuentran asentados, por lo que resulta imperioso y sumamente loable que la comunidad internacional haya determinado mediante diversas normas las pautas que en dichos casos se debe seguir para consultar a las comunidades étnicas, dado el carácter inalienable en el caso de la propiedad indígena y afrodescendiente, en el caso de Colombia.

Por lo que se debe informar plenamente a la comunidad las implicaciones que acarrea la transformación de su territorio en el futuro y que estos decidan o no ceder total o parcialmente, respetando así el derecho a la titularidad colectiva de los territorios étnicos, puesto que aunque se ha determinado que el uso del subsuelo es propiedad del Estado y se ha descubierto que en gran medida los territorios en donde están asentadas las comunidades étnicas son ricos en minerales que atraen las miradas de los sectores privado y público del país con el fin de extraer tal riqueza, también ha ganado preponderancia el daño que puede ser infligido a las comunidades, en medio de tal explotación o extracción de recursos. Por ello se ha determinado que si el pueblo o comunidad no ceden su territorio para la obra o proyecto, y no obstante la obra se realice, el Estado incurre en una expropiación de hecho, que vulnera las garantías fundamentales a su existencia (Betancur, 2014, p. 41).

Así, pues, la consulta previa debe ser no solo un derecho sino un mecanismo constitucional de protección de los derechos de las comunidades étnicas en Colombia, un espacio de encuentro justo

entre Estado, empresa y comunidades que principalmente ha sido tratado por la honorable Corte Constitucional en aras de proteger a las comunidades y su soberanía sociocultural, debido al vacío normativo en cuanto al procedimiento, generándose la necesidad de establecer una norma que establezca el procedimiento en el cual se estatuya claramente cuando se concedería el permiso o cuando operaría la negación del uso o explotación del suelo.

5.1.2. LA CONSULTA PREVIA EN EL DERECHO COMPARADO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exigido a los Estados miembros el reconocimiento jurídico de los grupos indígenas y tribales que se encuentran en sus territorios, tal cual como ellos lo hicieron a nivel internacional, pues consideran que el derecho a la personalidad jurídica colectiva mitigaría o eliminaría violaciones de derechos humanos a los grupos indígenas y tribales; por ello la importancia de que estos pueblos étnicos gocen de capacidad jurídica colectiva, del derecho a la propiedad y a reclamar la consolidación de estos según sus tradiciones.

Además de Colombia, en Suramérica hay otros países con alta presencia de grupos indígenas y comunidades con características propias y singulares que han sido reconocidos como grupos étnicos. Para ser más exactos, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado son parte de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en Colombia y 14 países más de América Latina a través del Convenio 169 de la OIT, por ello es menester que, en aras de mayor profundización, conozcamos *grosso modo* cómo se trata en estos países latinos el derecho de estas comunidades a la consulta previa.

La cuenca amazónica se constituye como la zona donde se concentran los mayores niveles de diversidad étnica y lingüística en la región, asimismo es compartida por nueve países (Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Brasil, Guyana, Surinam y Guyana Francesa). Su población estimada es de 44 millones de personas, dentro de la cual hay aproximadamente 2,6 millones de

habitantes indígenas, agrupados en más de 390 pueblos y entre ellos más de 60 pueblos que viven en aislamiento voluntario (Mott, 2016).

En Bolivia, por ejemplo, existen 114 pueblos indígenas que hablan 33 lenguas nativas, incluido el español; en Brasil son 241, con 186 lenguas; en Colombia 83, con 65 lenguas, que incluyen el español; en Ecuador, 32 con 13 lenguas de uso regional. Mientras que en Perú existen 55 pueblos indígenas con 47 lenguas nativas de uso regional. Incluso, en algunos casos, el porcentaje de identificación indígena es mayor al de personas que hablan una lengua indígena (Banco Mundial, 2015).

En América Latina la consulta previa ha tenido el mayor desarrollo constitucional y legal, debido a que es la región con mayor número de Estados parte del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en cuanto a pueblos indígenas y tribales en países independientes. Actualmente, la consulta previa es el único instrumento internacional de carácter convencional que contiene obligaciones específicas en materia de participación. Igualmente, se debe destacar el carácter multicultural de los países de América Latina, que han reconocido constitucionalmente su diversidad étnica.

Un número significativo de países incluye la identificación étnica, particularmente desde el año 2000: entre ellos el Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay. Todos ellos captan a la población indígena, y con excepción de Bolivia, Chile, El Salvador, Panamá y Paraguay, también a los afrodescendientes (Antón, Bello, Del Popolo, Paixão y Rangel, 2009, p. 24).

5.1.2.1. CONSULTA PREVIA EN BRASIL

Entre los países suramericanos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Venezuela y Perú, Brasil fue el último en ratificar el Convenio 169 de la OIT, el 25 de mayo del 2002, a través del Decreto

Legislativo 143, en el que, además, amplió la protección a los pueblos tribales que en su caso son los pueblos quilombolas (Coica, 2016, p.13). Dicho decreto fue promulgado a través del Decreto 5051 del 19 de abril del 2004.

El caso de Brasil es particular, pues su actual Constitución (1988) es anterior al propio Convenio 169 (1989). De una lectura a esta se encuentra con que destina un capítulo (VIII) para referirse a los derechos de los ‘indios’ (denominación usada textualmente), en donde reconoce su organización social, costumbres, lengua, creencias, tradiciones, derechos originarios y señala que ante casos concretos como el aprovechamiento de recursos hidráulicos, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas, se prevé que solo puedan ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, una vez oídas las comunidades afectadas y quedando asegurada su participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley. (Coica, 2016, p. 12)

Pese a lo establecido en el convenio citado y al reconocimiento que hace Brasil sobre las comunidades étnicas que habitan en sus territorios, se deja claro que solo el Congreso de esa nación puede o no decidir sobre las obras o proyectos que afecten a sus comunidades étnicas. Aunque estas tiene voz como garantía de su participación dentro del proceso, al final la decisión es exclusiva del Gobierno, por lo que a los pueblos indígenas y quilombolas se les ha negado ese derecho de decidir por sí mismos a través de un proceso de consulta previa, libre e informada, sobre su presente y futuro, es decir, a su subsistencia como grupo humano con singulares características.

A pesar de que no existe una legislación que reglamente la consulta previa se desatacan algunos decretos: a) Decreto 4887 del 20 de noviembre del 2003, que reglamenta los derechos territoriales de las quilombolas que define los remanentes de tales comunidades como grupos étnico-raciales,

con base al criterio de autoidentificación, dotados de relaciones territoriales específicas, con presunción de ancestralidad negra (Presidência da República, 2003). b) Decreto 6040 del 7 de febrero del 2007, que dispone sobre la política nacional de desarrollo sostenible de los pueblos y comunidades tradicionales, reconoce el criterio de autoidentificación para la definición de territorios tradicionales (art. 3, I y II), promoviendo asimismo la “efectiva participación de los pueblos y comunidades tradicionales en los procesos decisorios relacionados con sus derechos e intereses” (art. 1º, X) como un principio rector para la administración pública. (Presidência da República, 2007). c) El Decreto 7747 del 5 de junio del 2012 dispone sobre la política nacional de gestión territorial y ambiental de tierras indígenas (Presidência da República, 2012).

En adición a la normativa federal, algunos estados brasileiros han buscado regular ciertos aspectos de la consulta previa. A modo de ejemplo, el Decreto 261 del 22 de noviembre del 2011, complementado por la Instrucción Normativa IDESP 001 del 6 de agosto del 2013, ambos del estado de Pará, establece la competencia del Instituto de Desarrollo Económico, Social y Ambiental de Pará para realizar el proceso de consulta del Plan de utilización y de desarrollo socioeconómico, ambiental y sostenible.

Pese a esta amplia normatividad, la Fundación para el Debido Proceso (Due Process of Law Foundation-DPLF) considera que la consulta previa es un derecho que se les ha violado a las comunidades étnicas de este país y así lo declara en su libro *Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais (Derecho a la consulta y consentimiento de los pueblos indígenas, quilombolas y comunidades tradicionales)* (DPLF y Rede de Cooperação Amazônica, 2016). El texto además señala:

En Brasil y en el mundo sigue siendo un desafío garantizar la participación efectiva de

pueblos indígenas, quilombolas y comunidades tradicionales en los procesos de toma de

decisiones del Estado que los afecta directamente. El derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado está previsto en el Convenio 169 de la OIT, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en la Declaración de los Estados Americanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como ha sido ampliamente reafirmado en jurisprudencias internacionales. Este libro demuestra que, sin embargo, ese derecho está siendo continuamente violado en Brasil por los poderes Ejecutivo y Legislativo y también encuentra serios obstáculos en el Poder Judicial. Los desafíos para la implementación del derecho a la consulta y consentimiento implican interpretaciones equivocadas e incluso desconocimiento de dicho derecho de consulta en lo que se refiere a los sujetos del derecho, al objeto de aplicación, a la oportunidad de su aplicación, al modo ya los efectos esperados de un proceso de consulta previa, libre e informada. Por eso, medidas, decisiones, proyectos y programas gubernamentales, así como leyes e iniciativas legislativas son aprobados sin la debida información, escucha y consideración a los pueblos y comunidades afectados.

5.1.2.2. CONSULTA PREVIA EN BOLIVIA

En el año 1991 mediante la Ley 1257, Bolivia ratificó el Convenio 169 de la OIT, con lo cual abrió las puertas de la consulta previa y el reconocimiento de los derechos colectivos y étnicos en este país. La consulta previa como derecho tiene rango constitucional en Bolivia y está consagrado en los artículos 30, 352 y 403. El artículo 30 establece:

En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución, las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos gozan de los siguientes derechos: a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles

de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan (Constitución Política del Estado, 2009, p. 10).

Además de ser desarrollada por la Ley 222 de Consulta a los Pueblos Indígenas del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore-Tipnis, sumado a esta disposición legal, también encontramos que en la Ley 3058 de Hidrocarburos, el artículo 115 establece los principios de la consulta, que se efectuará de buena fe, con principios de veracidad, transparencia, información y oportunidad (Observatorio Boliviano de los Recursos CEADL-OBRN, 2010, p. 9); los encargados de efectuar dicho proceso y establecer la consulta con un carácter de obligatoriedad, están facultados para respetar las decisiones de los grupos étnicos del país.

Como mecanismo de participación, la consulta previa es tratada como un instrumento cuya finalidad básica consiste en el resguardo de la integridad étnica, los derechos colectivos de los indígenas, promover el diálogo intercultural, prevenir conflictos sociales y de esta forma otorga seguridad a las inversiones que puedan efectuarse en los territorios indígenas (Congreso Nacional, 1991).

El Tribunal Constitucional Boliviano a pesar de conocer la posición que tiene el Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico como parte del bloque de constitucionalidad declaró inconstitucional el artículo 115 de la Ley 3058 del 2005 (Ley de Hidrocarburos) en la frase “o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios”, al sostener que los hidrocarburos son del Estado y por tal razón la consulta no puede limitar su explotación (Sentencias de inconstitucionalidad 0045, 2006).

Si bien, en Bolivia se adopta la consulta previa, se destaca la preponderancia del consentimiento, considerado este como la finalidad de la consulta, o que significa que en el caso de megaproyectos que puedan afectar el modo de vida de los pueblos, el Estado está obligado a obtener el consentimiento del grupo étnico consultado, de lo contrario no podrá realizarlo, pues estaría vulnerando los derechos ya reconocidos a estos grupos.

Contrario a esto la OIT ha determinado que los Estados pueden actuar en contra de los deseos de los pueblos, por ejemplo, en casos de traslados poblacionales, aun cuando se trate frente a actividades militares o desechos tóxicos en territorios indígenas (Observatorio Boliviano de los Recursos CEADL-OBRN, 2010, p. 9).

5.1.2.3. LA CONSULTA PREVIA EN ECUADOR

En la Constitución del 2008 se reconoce a los pueblos como sujetos colectivos y su derecho a ser consultados:

dicha consulta no solo es a pueblos indígenas, sino a comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades y además de los casos de extracción de recursos no renovables, también previa adopción de medidas legislativas que puedan afectar cualquiera de sus derechos colectivos. (Carrión, 2012)

A pesar de reconocer el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas con nacionalidades o naciones, Ecuador es el país con menor avance en materia de consulta previa. El desarrollo de esta vino acompañado de la descentralización administrativa y en las posibles autonomías indígenas con la Ley del Código Orgánico Territorial, Autonomía y Descentralización y un aplazamiento hasta el 2012 del derecho a la consulta previa con la sentencia de la Corte Constitucional N001-10-SIN-CC y el Decreto ejecutivo 1247, fuertemente criticado por la

confederación de nacionalidades indígenas del Ecuador (Rodríguez, Albán Dominguez, & Moncayo, 2015).

5.1.2.4. LA CONSULTA PREVIA EN VENEZUELA

En mayo de 2002, Venezuela ratificó el Convenio 169 de la OIT, atendiendo a esto su Constitución incluyó preceptos sobre la consulta previa en los artículos 59 y 120.

El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley, prioriza en el hecho de garantizar la integridad cultural de los pueblos y comunidades indígenas, como condición previa de la actividad que se pretenda en los hábitats indígenas (**Naciona, 1999**)

Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación y en el caso de Venezuela, son varias las dimensiones de la libre determinación previstas en el capítulo VIII de la Constitución. Sin embargo, podemos clasificar los derechos fundamentales indígenas de la siguiente manera: derecho al territorio (art. 119); derecho a la consulta libre, previa en informada (art. 120); derecho a la identidad cultural (art. 121); derecho a la salud tradicional (art. 122); derecho a sus prácticas económicas (art. 123); derecho a la propiedad intelectual colectiva (art. 124); derecho a la participación política (art. 125); carácter de pueblos (art. 126). A partir de ello, las dimensiones de la libre determinación de los derechos indígenas en Venezuela son: dimensión territorial (art. 119); dimensión política (autogobierno) (art. 119); dimensión participativa (consulta previa) (art. 120); dimensión cultural (identidad cultural) (art. 121); dimensión económica (economía propia) (art. 123); dimensión jurídica (derecho propio) (art. 260).

La consulta previa está desarrollada por la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI), la cual reconoce y protege los pueblos y comunidades indígenas del país, expresando en

sus disposiciones finales cuáles son los pueblos y las comunidades indígenas que habitan en el país.

Los pueblos indígenas existentes e identificados son: baniva, baré, cubeo, jivi (guajibo), hoti (hodi), kurripaco, piapoco, puinave, sáliva, sanemá, wotjuja (piaroa), yanomami, warekena, yabarana, yekuana, mako, ñengatú (yeral), kariña, cumanagoto, pumé (yaruro), kuiba, uruak (arutani), akawayo, arawako, eñepá (panare), pemón, sape, wanai (mapoyo), warao, chaima, wayúu, añú (paraujano), barí, yukpa, japréria, ayaman, inga, amorua, timoto-cuicas (timotes) y guanono. La enunciación de los pueblos indígenas señalados no implica la negación de los derechos y garantías, ni menoscabo de los derechos que tengan otros pueblos indígenas no identificados en la presente ley. **(Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, 2005)**

Además, dispuso como prohibición en su artículo décimo segundo: la ejecución de actividades en el hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas que afecten grave o irreparablemente la integridad cultural, social, económica, ambiental o de cualquier otra índole de dichos pueblos o comunidades (Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, 2005).

Para desarrollar el proceso de consulta previa, se debe someter el proyecto a la aprobación en asamblea, además, a la etapa de presentación, le deben seguir las reuniones previas, las asambleas y, por último, los acuerdos, tal como señala la ley en mención desde el artículo 13 hasta el 17.

De la aprobación en asamblea

Artículo 13. Toda actividad o proyecto que se pretenda desarrollar o ejecutar dentro del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas deberá presentarse mediante un proyecto a los pueblos o comunidades indígenas involucrados, para que reunidos en asamblea decidan en qué medida sus intereses puedan ser perjudicados y los mecanismos necesarios que deben adoptarse para garantizar su protección. La decisión se tomará conforme a sus usos y costumbres. En los casos que se pretenda iniciar una nueva fase del

proyecto o extender su ámbito a nuevas áreas, la propuesta deberá ser sometida a los pueblos y comunidades involucrados, cumpliendo nuevamente con el procedimiento establecido en el presente capítulo.

De la presentación

Artículo 14. Los proyectos serán presentados con no menos de noventa días de anticipación a su consideración por parte de los pueblos y comunidades indígenas respectivos, reunidos en asamblea. Estos deberán contener toda la información necesaria sobre la naturaleza, objetivos y alcance de los mismos, así como los beneficios que percibirán los pueblos y comunidades indígenas involucrados y los posibles daños ambientales, sociales, culturales o de cualquier índole y sus condiciones de reparación, a los fines de que puedan ser evaluados y analizados previamente por el pueblo o la comunidad respectiva. Así mismo, los pueblos y comunidades indígenas involucrados contarán con el apoyo técnico del ente ejecutor de la política indígena del país y demás instituciones del Estado al igual que de las organizaciones indígenas nacionales, regionales o locales.

De las reuniones previas

Artículo 15. Los pueblos y comunidades indígenas involucrados deberán fijar reuniones con los proponentes del proyecto, a los fines de aclarar dudas sobre el contenido o alcance del mismo o de las actividades propuestas, así como para presentar las observaciones y modificaciones correspondientes. Estas reuniones deberán ser anteriores a la asamblea a la que se refiere el artículo 13 de esta ley, y podrán ser asistidos técnica y jurídicamente por representantes del ente rector de la política indígena del país u otro órgano del Estado, de igual manera que por las organizaciones indígenas locales, regionales o nacionales. En las

reuniones previas podrán participar libremente los miembros del pueblo o comunidad indígena involucrados.

De las asambleas

Artículo 16. Las asambleas a que se refiere el artículo 13 de esta ley deberán efectuarse conforme a los usos y costumbres de cada uno de los pueblos o comunidades indígenas involucrados. En aquellos casos en que el proyecto deba ser aprobado por dos o más comunidades indígenas, estas podrán tomar la decisión conjunta o separadamente, no pudiéndose en ningún caso obligar a los pueblos o comunidades indígenas a implementar mecanismos de toma de decisiones distintas a los propios. Los representantes del ente rector de la política indígena del país, así como de las organizaciones indígenas locales, regionales o nacionales, a solicitud de la comunidad indígena involucrada, podrán apoyar logísticamente la realización de estas asambleas, pero en ningún caso podrán tener injerencia en la toma de decisiones. Los proponentes del proyecto solo podrán estar presentes en las asambleas si así lo acordare previamente la comunidad indígena respectiva.

De los acuerdos

Artículo 17. Los proyectos que sean sometidos a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas se establecerán por escrito de mutuo acuerdo entre estos y los proponentes, las condiciones de su ejecución según el proyecto presentado. En caso de incumplimiento, los pueblos y comunidades indígenas podrán ejercer las acciones legales a que haya lugar ante los tribunales competentes. En caso de que los pueblos y comunidades indígenas involucrados expresen su oposición al proyecto referido, los proponentes podrán presentar las alternativas que consideren necesarias, continuando así el proceso de

discusión para lograr acuerdos justos que satisfagan a las partes. Queda prohibida la ejecución de cualquier tipo de proyecto en el hábitat y tierras indígenas por persona natural o jurídica de carácter público o privado que no hayan sido previamente aprobados por los pueblos o comunidades indígenas involucrados.

Sobre la consulta previa que se realiza en Venezuela, el autor del artículo «La consulta previa a los pueblos indígenas y el Arco Minero del Orinoco», frente a celebración del convenio realizado con la AMO, considerando que esta alianza permite que los pueblos indígenas y las organizaciones indígenas venezolanas puedan revisar las concesiones a otras empresas mineras extranjeras, a su criterio generará la promulgación de un reglamento para la realización de la consulta previa en el vecino país. Este artículo ha expresado que:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 120 establece el principio de consulta previa como un mecanismo de aprobación de los pueblos indígenas de los proyectos extractivistas que se realicen en su territorio. Esta disposición constitucional se ve ratificada en el capítulo II de la Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI) específicamente en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19; donde se consagra el mecanismo, forma e incluso la acción de amparo contra las concesiones sin previa autorización. (De Oca, 2016, p. 1)

Sin embargo, en el segundo párrafo del artículo 59 *ejusdem* se establece que:

[...] En caso de incumplimiento de las condiciones de la consulta y participación en la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales y en la ejecución de los proyectos de desarrollo, o de ocurrir cambios no previstos en el diseño del proyecto original conocido, hará nulo el contrato de concesión y sin lugar de indemnización [...]
(De Oca, 2016)

Pese a estas consideraciones, el Grupo de Trabajo de Asuntos Indígenas de la ULA (GTAI), el Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea) y el Laboratorio de Paz, en un informe conjunto sobre la situación de la consulta previa en Venezuela, determinaron que en los casos como convenio entre este país y la AMO, además de la militarización de La Guajira Venezolana, el Estado incumple las obligaciones constitucionales e internacionales en marco de la consulta previa.

El proyecto denominado Arco Minero del Orinoco (AMO) genera diversas preocupaciones debido a sus posibles impactos tanto en el medioambiente, así como a las comunidades indígenas que habitan en esos territorios. El Gobierno ha ignorado la obligación de la consulta establecida constitucionalmente e impone una comisión presidencial para la toma unilateral de decisiones. Los derechos indígenas se ponen así a la cola de la minería.

(Aguilar, Lopresti, Uzcátegui y Rendón, 2016, p. 34)

Las razones que tienen preocupadas a estas organizaciones en torno a la consulta previa y los derechos de los pueblos indígenas de Venezuela están enmarcadas en que este país además de ratificar el Convenio 169 de la OIT lo hizo también al derecho al consentimiento libre, previo e informado, contenido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por lo que en el vecino país se ha reglamentado tanto la consulta previa como el derecho al consentimiento, los cuales blindarían de garantías la libre determinación de los pueblos.

Lastimosamente, esto perdió peso cuando el 24 de febrero del 2016 apareció publicado, en la Gaceta Oficial 40 855, el Decreto 2248, con el cual se crea la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco (AMO). Mediante esta normativa el Ejecutivo nacional entrega en concesión para la explotación minera una extensión de 111.843 km², lo que comprende el 12,2 % del territorio nacional. Así el AMO no solo incumplió los requisitos establecidos en la

Carta Magna para promover proyectos extractivos de tal envergadura, sino que además contravino los estándares y pactos internacionales de derechos humanos suscritos por la República, y violó diferentes garantías constitucionales (Aguilar, Lopresti, Uzcátegui y Rendón, 2016, p. 34).

Esto sumado al aparente estado de confusión sobre el manejo de la consulta previa por parte de los funcionarios gubernamentales, en donde se ha hecho referencia al término de consulta previa como sinónimo de participación en el diseño de políticas públicas y hasta se ha tomado como una simple consulta (Aguilar, Lopresti, Uzcátegui y Rendón, 2016), situación que ha generado pocos insumos que enriquezcan la doctrina en cuanto a este tema.

5.1.2.5. LA CONSULTA PREVIA EN PERÚ

A pesar de que la Constitución de Perú no contempla la consulta previa, el tribunal constitucional ha reconocido el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT, el cual se encuentra en vigor para el Perú desde febrero de 1995. Hasta hace unos pocos años en el ordenamiento peruano no se contaba con un cuerpo legal específico e integral sobre el derecho a la consulta previa, más allá de algunas disposiciones puntuales y sectoriales.

En el año 2011 fue aprobada la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocida en el Convenio 169 de la OIT, Ley 29785, publicada el 7 de septiembre del 2011 —en adelante, Ley del Derecho a la Consulta Previa (Congreso de la República, 2011)—. Junto con su Decreto reglamentario 001-2012-MC, del 3 de abril del 2012, ambas figuras constituyen los dos cuerpos normativos más relevantes de este derecho en Perú. Además, estos buscan proteger la afectación directa de los derechos colectivos de los pueblos sobre su existencia física, identidad cultural y calidad de vida o desarrollo (Rodríguez, Albán Domínguez, & Moncayo, 2015)

Para Vallenas, Pautrat y Samaniego (2012), esta ley marco de consulta busca cumplir con dos propósitos: En primer lugar, dar pautas a las diversas instituciones del Estado para aplicar de manera adecuada su obligación de consulta; en segundo lugar, dicha ley cumplía con la función de devolverle credibilidad al Estado frente a la población indígena luego de un conflicto generado por la limitada transparencia y legitimidad en la aprobación de determinados decretos legislativos.

La Ley de Consulta Previa presenta aspectos positivos, como elementos que apuntan hacia la incorporación de un enfoque de género en la implementación de los procesos de consulta, con independencia de los cuestionamientos existentes; además, contiene instrumentos más específicos que intentan poner en práctica algunos aspectos sustanciales de la ley.

Baquero (2015) afirma que la norma, aparte de establecer los criterios objetivos y subjetivos que están en la normatividad internacional, deben tener vínculo con la tierra ancestral y la lengua materna, lo que da como resultado que muchas comunidades que se autorreconocen como indígenas no sean reconocidas de esta manera por el Estado. Perú es un ejemplo del reconocimiento de los pueblos indígenas sujetos del derecho a la consulta previa.

La ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios fue modificada en su artículo segundo, recientemente, en el 2016, con la aprobación del Proyecto de Ley 213 suscrito por la congresista María Úrsula Letona. El artículo del discurso reza:

Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo.

También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la

que hace referencia la presente ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.

El grupo parlamentario Fuerza Popular que por medio de María Úrsula Letona suscribe este proyecto de ley ha considerado que la consulta previa en los términos en los que se estableció, es decir, sin modificar o derogar las normas sobre la participación ciudadana ni dejar sin efectos las medidas legislativas anteriores a la vigencia de la promulgación de la ley, se estaría cumpliendo como un mero proceso más, pues tanto el sector público como organizaciones y algunos particulares adelantan proyectos de inversión en marco de la consulta previa y en los términos señalados constitucionalmente en los artículos 59 y 62, en los cuales el Estado estimula la creación de la riqueza y garantiza la contratación mediante pactos válidos por las leyes, constituyéndose la consulta previa como un proceso para afianzar la confianza entre la comunidad y las empresas, en razón a que durante el proceso el proyecto irá recibiendo críticas y sugerencias y ganará aceptación, por lo que resulta dispendioso someterlo a un proceso de consulta. De modo que han propuesto modificar el artículo 2 de esta ley de la siguiente forma:

El efecto de la norma que se propone sobre la legislación nacional implica la incorporación de un párrafo en el artículo 2 de la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, precisando que cuando un pueblo indígena u originario haya autorizado expresamente la realización de cualquier tipo de actividad económica o productiva formal a través de contrato, convenio o acuerdo previo formal vigente y cuando se cuenta con autorización previa conforme a la ley, no procede la consulta previa, haciéndose extensiva a todas sus etapas.

De esta forma se incorporó en las disposiciones finales de este proyecto adecuación del

Decreto supremo 001-2012-MC-reglamento de la Ley 29785. Actualmente este reglamento

es el que rige en Perú todo lo concerniente a la consulta previa; en este sentido encontramos las etapas que la Ley de Consulta Previa establece, que son siete consecutivas y obligatorias para el ejercicio del derecho de consulta. Además, prevé reuniones preparatorias con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas a ser consultados. Las etapas son (Ministerio de Cultura de Perú, s. f.):

- Identificación de la medida a consultar, ya que podría afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas como, por ejemplo, la identidad cultural, la calidad de vida o el establecimiento de sus prioridades de desarrollo.
- Identificación de los pueblos indígenas u originarios que serán consultados, teniendo en cuenta los criterios previstos en la Ley de Consulta Previa, su reglamento y en el Convenio 169 de la OIT.
- Publicidad de la medida legislativa o administrativa. En esta etapa, la entidad promotora entrega a los representantes de los pueblos indígenas consultados el plan de consulta y la propuesta de medida.
- Información a los pueblos indígenas sobre el contenido, los motivos, alcances y consecuencias de la medida que se consulta.
- Evaluación interna de la medida por parte de los pueblos indígenas a través de sus organizaciones representativas.
- Diálogo intercultural entre representantes del Estado y de los pueblos indígenas. Los acuerdos que se adopten en esta etapa son de carácter obligatorio para ambas partes.
- Decisión, la cual es tomada por la entidad promotora de la medida y debe estar debidamente motivada, además de garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

A estas fases se suman las reuniones preparatorias, que, si bien no son propiamente una etapa del proceso de consulta previa, sí son contempladas por la legislación y deben ser realizadas por la entidad promotora con la finalidad de realizar el plan de consulta en conjunto con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.

De esta manera se surte el proceso de consulta previa en Perú, acompañado además por el Viceministerio de Interculturalidad que es el ente técnico y rector en materia de consulta previa y acompaña a los entes promotores y pueblos indígenas en el proceso de consulta brindando capacitación y asistencia técnica. La Defensoría del Pueblo ha desempeñado un papel central en la formulación de la Ley de Consulta Previa y ahora le corresponde el rol de supervisar su aplicación. El proyecto Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa apoya al Viceministerio de Interculturalidad y a la Defensoría del Pueblo en gestionar y defender el derecho a la consulta previa, así como acompañar y supervisar los procesos de su implementación (Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa, 2013).

De acuerdo con Sanborn, Hurtado y Ramirez (2016), la ley de consulta previa en este país se promulgó en el 2011 y en el 2012 fue reglamentada, pero no fue sino hasta el 2013 cuando se surtió el primer proceso oficial de consulta previa (el caso Maijuna-Kichwa); para el 2016 se registraron 24 de estos procesos.

5.1.3. LA CONSULTA PREVIA EN LA LEGISLACIÓN INTERNA

En Colombia se cuenta con una gran diversidad étnica y cultural, y esto es razón suficiente para que el Estado establezca los mecanismos e instrumentos que garanticen la protección de las comunidades asentadas en su territorio. La consulta previa representa uno de los principales avances y triunfos del Derecho Internacional Humanitario para la protección de los grupos étnicos, pues están vinculados aspectos como el principio democrático y el derecho a la participación, lo

que en teoría permite que las comunidades participen en la confección y ejecución de una decisión relacionada con ellos y que se convierte en una importante herramienta de protección.

La reivindicación de su territorio, de su autonomía política, administrativa y jurisdiccional es uno de los escenarios en que se puede evidenciar el ejercicio de esta figura democrática, la cual se ha erigido como un derecho en cabeza del colectivo indígena y su identidad cultural.

El Convenio 169 de la OIT establece como derecho que los pueblos indígenas han de ser reconocidos como pueblos de un Estado nacional, con identidad propia y con derechos que se derivan de su presencia histórica y contemporánea. El convenio dispone que la conciencia de su identidad indígena deberá ser considerada como criterio fundamental. Es decir, ningún Estado o grupo social tiene el derecho a negar la identidad que pueda afirmar un pueblo indígena y sus miembros; por otra parte, establece que, como responsabilidad, los gobiernos deberán asumir, con la participación de los pueblos indígenas, la responsabilidad de desarrollar acciones para proteger los derechos de estos pueblos y garantizar el respeto a su integridad.

De igual manera señala que los pueblos deben tener el derecho de decidir sus prioridades en lo que atañe al desarrollo, en la medida en que esto pueda afectar sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y a las tierras que ocupan, así como controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Entendido como el reconocimiento de la autonomía necesaria para decidir el presente y el futuro, dicha autonomía se fundamenta en lo territorial, la identidad y lo propio.

Adicionalmente, estos pueblos cuentan con el derecho a decidir sus propias prioridades en lo concerniente al proceso de desarrollo económico, social y cultural. En este sentido y dando cumplimiento al mencionado convenio, el Gobierno colombiano creó la Ley 21 de 1991 “por

medio del cual se adopta el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes, adoptado por la 76.^a reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989”.

En Colombia Convenio 169 se ratificó mediante la Ley 21 de marzo de 1991, a pocos meses de la promulgación de la actual Constitución Política de 1991, el 4 de julio de 1991, que en su artículo 7 proclama la protección de la diversidad étnica y cultural del país. Y en virtud del reconocimiento nacional que se les otorga a las comunidades étnicas, en este caso la población afrodescendiente de Colombia, nació en 1993 la Ley de las Comunidades Negras (Congreso de Colombia, 1993).

El objeto de esta última es:

Reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

En esta ley, el Estado delegó a los Consejos Comunitarios todo lo concerniente a la titulación colectiva de las tierras ancestralmente ocupadas por las poblaciones afrodescendientes del Pacífico colombiano, representar a las comunidades siempre que así se requiera y mediar en los conflictos que afecten a la comunidad tanto en sus relaciones internas como externas. De modo que son los Consejos Comunitarios, la representación de las comunidades negras para efectos de consulta previa en Colombia.

Años más tarde, en 1995, mediante el Decreto 1745, se reglamentó el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, en la cual se adoptó el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las tierras de las comunidades negras y se dictaron otras disposiciones (secretaría jurídica distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., 1995)

La Constitución Política de Colombia en sus artículos 2, 7, 40 y 330 garantiza los derechos de estas comunidades y su participación en las decisiones que los afecten en la vida económica, política, administrativa y cultural; reconoce y protege la diversidad étnica y cultural; reconoce el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y, por último, reconoce la autonomía de los pueblos indígenas. Estos derechos sociales y culturales consagrados en la Constitución son un gran avance para la protección de la diversidad étnica y cultural, la autodeterminación, la autonomía y la equidad.

Con la aparición de la Ley 99 de 1993 por la cual se crea el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y se dictan otras disposiciones. (Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., 1993). De esta forma se da un nuevo paso hacia la consolidación legal de la consulta previa, ya que en el artículo 76 se plantea que la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales, de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia que se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

De otra parte, los derechos sociales y culturales de las comunidades afrocolombianas se consagran en la Ley 70 de 1993:

El reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural; respeto a la integridad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras. Participación de estas comunidades y sus organizaciones, sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley. Protección de su ambiente atendiendo a las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza.

Consciente de que muchos de los grupos étnicos minoritarios se encuentran ancestralmente asentados en zonas de especial protección y riqueza natural, el Estado, mediante la Ley 165 de 1994, en el literal j del artículo 76 (Convenio de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica) expresa su abierta disposición al intercambio de saberes y prácticas tradicionales de protección y conservación del medioambiente al asumir que:

[...] Se respetará, preservará y mantendrán los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente. (Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C., 1994)

Esta disposición al intercambio de saberes opera en concordancia con el ya mencionado cambio de enfoque que se evidencia entre los convenios 107 de 1957 y el 169 de 1989 de la OIT, según el cual los grupos étnicos, pueblos indígenas y tribales son interlocutores que aportan a la consolidación de la sociedad y desarrollo de las naciones desde la diferencia cultural y la igualdad en la ciudadanía.

Todos los desarrollos legales anteriores condujeron a la formulación del Decreto 1320 de 1998, por medio del cual se reglamenta en Colombia la consulta previa a comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Este fue uno de los primeros instrumentos legales que reglamentó la consulta previa para los pueblos indígenas y las comunidades negras; sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-383 de 2003, afirmó que tal decreto no fue realizado en consulta ni con la participación de los pueblos indígenas, por lo que no se ajusta al contenido del Convenio 169 de la OIT. Aun así, sigue vigente hoy, después de que la misma Corte declaró que, no solo va en contravención de la Ley 21 de 1991, sino que también lo hace ante la Carta Política y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Este decreto tiene por objeto reglamentar que la consulta previa sea realizada con las comunidades indígenas y negras cuando se trate de la realización de actividades de explotación de los recursos naturales renovables y no renovables dentro de su territorio. En este sentido, es vital establecer un procedimiento mediante el cual las autoridades ambientales puedan ejercer su competencia en la materia y cumplir con la función que les ha otorgado el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, una norma que regule el procedimiento de la consulta previa; ya que este Decreto solo establece la obligación de realizar la consulta previa y con el objeto de analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a los pueblos indígenas o negros, con la explotación de recursos naturales. A su vez, establece un límite geográfico a la aplicación de las consultas, en la medida en que se refiere a aquellos proyectos que se llevarán a cabo en resguardos indígenas o en zonas que sean tierras colectivas y los que se llevarán a cabo en zonas no habilitadas o tituladas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras.

Dentro de este marco normativo de la consulta previa se aprueba el Decreto 200 del 2003 por el cual se determinan los objetivos y la estructura de los ministerios del Interior y de Justicia y se establece que le corresponde a la Dirección de Etnias coordinar interinstitucionalmente la realización de la consulta previa.

Finalmente la Directiva 001 del 2010 de la Presidencia de la República señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la consulta previa y establece los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de consulta previa, donde pide garantizar el derecho a la consulta previa y establecer su carácter obligatorio en los casos señalados y que contribuye a las funciones de los ministerios del Interior y de Justicia, relacionados con el apoyo al diseño y la ejecución de políticas referentes a los asuntos y derechos de los grupos étnicos.

Sin embargo, a pesar de toda la normatividad existente, unificando criterios en materia de fondo y forma que de cierta manera responden a una necesidad de los pueblos por un mayor desarrollo de la consulta previa y la Corte da respuesta al reconocimiento de esa autodeterminación de los pueblos. En ese sentido se encuentran sentencias donde la Corte Constitucional (2002) pone de presente que “la relevancia de la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios está directamente vinculada con el trascendental significado que ellos le dan al territorio”, y complementa:

[...] La noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que este ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo.

En tanto que Ramírez y Giraldo (2017) aclaran:

Cabe señalar que existe todo un andamiaje jurídico que va en la misma línea de la cosmovisión de las comunidades étnicas respecto a la concepción del territorio y para lo cual, en desarrollo del Convenio 169 de la OIT, implica que el Estado colombiano tome decisiones encaminadas a fortalecer la participación de las comunidades étnicas en el goce de derechos y la protección de sus territorios.

Es necesario mencionar también que el Decreto 1320 de 1998 solo establece la obligación de consultar e informar a la comunidad que se encuentre asentada en el territorio en el que se va a llevar a cabo una actividad económica o de desarrollo, y que ellos solo podrán plantear sus inquietudes, sin perjuicio de que por esas inquietudes se niegue o conceda el permiso de uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables. De ello se colige que el resultado de este decreto es un saludo a la bandera, ya que ni siquiera se toma esta consulta como un respeto a la comunidad, si no al impacto ambiental. Es necesario entonces, crear un procedimiento que establezca claramente cuándo se concedería el permiso o cuándo operaría la negación del uso o explotación del suelo en estos casos, teniendo en cuenta que constitucionalmente se establece esta consulta como derecho fundamental a la población afrodescendiente que se encuentra asentada en estos territorios y se debe tratar como tal.

5.1.4. ¿QUÉ Y A QUIÉNES BUSCA PROTEGER LA CONSULTA PREVIA?

Como ya se dijo, la consulta previa es un derecho del que gozan las comunidades indígenas y negras, y como tal busca la protección de las costumbres, formas de vida, valores culturales, cosmovisión y organización social de las mismas. Una de las dimensiones más importantes de la vida y cultura de estas comunidades es su relación con el territorio, la cual determina en gran medida su devenir histórico y su proyección hacia el futuro y, en consecuencia, la consulta previa protege a las comunidades en su relación con el territorio.

En relación con la concepción y utilización del término “tierras”, al revisar los artículos 15 y 16 en el Convenio 169 de la OIT, se deberá entender territorio como un concepto que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera **(OIT, 1989)**.

Artículo 15.

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

Como se observa, la consulta previa no solo protege los intereses socioculturales de las comunidades étnicas sino también sus intereses económicos, toda vez que propende para que las mismas obtengan usufructo de la explotación consensuada de los recursos que se encuentran en sus territorios y el beneficio monetario que se obtenga como resultado de la implementación de actividades económicas. De este modo, otorgar el consentimiento para que se desarrollen actividades económicas en el territorio, representa para las comunidades un beneficio justo sin violentar sus formas de vida.

Así mismo, el Convenio 169 de la OIT protege la autonomía de los pueblos en la toma de decisiones sobre aquellos asuntos que consideren importantes, contemplando en su artículo 7:

[...] 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 este 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.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional adoptó este convenio y reconoció su pertenencia al bloque de constitucionalidad, de allí su carácter vinculante, pues tiene por objeto evitar que las comunidades diferenciadas sean reguladas a partir de criterios de asimilación, con lo cual se logra preservar su identidad cultural y étnica.

5.1.5. LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Antes de hacer un recorrido cronológico de la jurisprudencia en cuanto a Consulta Previa se refiere se debe hacer una caracterización según lo temas; es decir, a través del tiempo a las Comunidades de especial protección se les ha reconocido jurisprudencialmente el respeto a su territorio, su autonomía administrativa, su autonomía cultural, tienen representación especial en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes e inclusive hoy tienen su propia etno-educación.

Mediante la Sentencia T-693 de 2012 (Tramo Loboguerrero) a las comunidades negras se les reconoce su autonomía territorial cuando realiza un estudio desde lo que nos dicta la OIT en su convenio 169, hasta el reconocimiento en Colombia de su territorio así:

El Convenio 169 de la OIT desarrolla ampliamente el derecho de estos pueblos a que los Gobiernos i) determinen sus propiedades y posesiones mediante la delimitación de los espacios efectivamente ocupados, ii) salvaguarden sus derechos a utilizar “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”; y iii) protejan especial y efectivamente sus facultades de utilizar, administrar y conservar sus recursos naturales.¹ En el evento en que no les resulte posible reconocer a los grupos étnicos derechos sobre los recursos naturales de sus territorios colectivos, el Convenio prevé el establecimiento de procedimientos “con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten

¹ Convenio 169 de la OIT (Artículo 14).

tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.² Además, dentro del espíritu de hacer realidad el reconocimiento étnico vinculado al territorio, este instrumento internacional dispone que las Partes se obligan “a prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos”, como también a adoptar instrumentos que impiden tales intromisiones.³

En desarrollo del mandato constitucional y en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Colombia al ratificar el Convenio 169 de la OIT,⁴ se expidió la Ley 70 de 1993, con las siguientes finalidades:

La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana. De acuerdo con lo previsto en el párrafo 1o. del artículo transitorio 55 de la Constitución Política, esta ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley (artículo 1°).

El Estado adjudicará a las comunidades negras de que trata esta ley la propiedad colectiva sobre las áreas que, de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo segundo, comprenden las tierras baldías de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y aquellas ubicadas en las áreas de que trata el artículo

² Respecto de la consulta previa para la delimitación de las zonas mineras indígenas se puede consultar la sentencia C- 418 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

³ Convenio 169 de la OIT (Artículo 18).

⁴ El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, fue incorporado a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 121 de 1991.

1° de la presente ley que vienen ocupando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción.⁵

Entre muchas otras garantías, la Ley 70 de 1993 reconoce la propiedad colectiva de las comunidades negras (arts. 3 a 18), contempla mecanismos para asegurar los usos sobre la tierra y la protección de los recursos naturales sobre las áreas a las que se refiere la Ley (Arts. 19 a 25), así como la protección y participación de las comunidades negras frente a la explotación y expropiación de recursos naturales no renovables (art. 26 a 31).

En cuanto a la etno-educación, en esta misma sentencia se establecen diferentes mecanismos para el desarrollo de la identidad cultural de dichas comunidades, entre otros: “el derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales” (art. 32); la obligación del Estado de sancionar y evitar “todo acto de intimidación, segregación, discriminación o racismo contra las comunidades negras” (art. 33); la exigencia de que se adopten “medidas que permitan a las comunidades negras conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a la educación y la salud, a los servicios sociales y a los derechos que surjan de la Constitución y las Leyes” (art. 37); el derecho a disponer de “medios de formación técnica, tecnológica y profesional que los ubiquen en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos”, los cuales “deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de las comunidades negras” (art. 38); y el deber del Estado de apoyar “mediante la destinación de los recursos necesarios, los procesos organizativos de las comunidades negras con el fin de recuperar, preservar y desarrollar su identidad cultural.” (art. 41).

En cuanto a la autonomía administrativa la, Corte Constitucional, mediante la Sentencia T 769 de 2009, ha expresado sobre estas comunidades que:

Forman una circunscripción especial para la elección de congresistas (arts. 171 y 176 Const.); ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo

⁵ No obstante, algunos académicos han criticado la Ley 70 de 1993 porque no contempló explícitamente algunas de las comunidades negras que existen en el país. Por ejemplo, Odile Hoffman afirma lo siguiente: “la ley no beneficia a la totalidad de las poblaciones negras de Colombia y las restricciones son considerables: [...] Quedan excluidas las poblaciones urbanas, las del interior y las de la costa atlántica que históricamente son la más desarrolladas y las más integradas a la sociedad nacional.” Hoffman (2007). *Comunidades negras en el pacífico colombiano*.

con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes (art. 246 ib.); se gobiernan por consejos indígenas según sus usos y costumbres, de conformidad con la Constitución y la ley (art. 330 ib.) y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva, de naturaleza inajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (arts. 63 y 329 ib.)

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios que ellos habitan reviste una importancia esencial para la cultura y valores espirituales, que es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso⁶, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con su hábitat, no solo por encontrar allí su principal medio de subsistencia, sino porque constituye un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho de las comunidades indígenas sobre su territorio.

Teniendo en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a su integridad social, cultural y económica, que configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura, esta corporación ha custodiado la protección que debe el Estado a tales pueblos y de manera muy especial ha considerado que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter fundamental.

Además, la Corte ha reconocido que los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos; estas comunidades son un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o agrupados.

Como ha expuesto este órgano judicial, en el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos, mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes.

⁶ Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989.

En cuanto a la autonomía cultural, la Sentencia T-129/11 establece que:

Diversidad étnica y cultural-protección constitucional/multiculturalidad y minorías-protección constitucional.

Es amplia y reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional que en distintos contextos ha protegido a las comunidades indígenas del país. El referido precedente se ha edificado en los principios fundamentales de la Carta Política contemplados en el artículo séptimo, referente a la protección de minorías raciales y culturales, el cual establece que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. De ese artículo se extraen elementos esenciales como el reconocimiento estatal y la protección a la diversidad étnica y racial. Así, la Carta Política, sobre la base de los principios de dignidad humana y pluralismo, reconoce un estatus especial de protección con derechos y prerrogativas específicas a las comunidades étnicas para que bajo sus usos y costumbres hagan parte de la Nación. De otra parte, la diversidad cultural está relacionada con las representaciones de vida y concepciones del mundo que la mayoría de las veces no son sincrónicas con las costumbres dominantes o el arquetipo mayoritario en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc. Lo cual refuerza la necesidad de protección del Estado sobre la base de la protección a la multiculturalidad y a las minorías.

En relación con la protección de la riqueza natural y cultural de la Nación, el artículo 8º de la Constitución Política establece como obligación fundamental del Estado y de los ciudadanos velar por el cuidado de las riquezas culturales y naturales de la Nación. Además, en el capítulo de derechos colectivos (arts. 79 y 80 C.P.) y obligaciones específicas (art. 95-8 C.P.), se fijan los patrones generales que rigen la relación entre el ser humano y su entorno. En efecto, en los referidos artículos se consigna una atribución en cabeza del Estado y de todos los habitantes de proteger el medio ambiente con el fin de prevenir y controlar los factores de deterioro del medio procurando su conservación, restauración, sustitución y desarrollo sostenible.

En virtud de lo anterior y con fundamento en los distintos principios, valores, deberes y obligaciones que la Constitución contempla en materia de protección de la riqueza natural y cultural, la jurisprudencia de esta Corporación ha implementado una

interpretación sistémica basada en los postulados que la Carta contiene en materia ecológica, ambiental y cultural. De una parte, a esta construcción se le ha llamado la Constitución ecológica, verde o ambiental; y de otra la Constitución cultural. Subrayas propias.

Constitución cultural.

La obligación de protección y defensa del patrimonio cultural de la Nación se edifica como un imperativo para las autoridades públicas e incluso para los particulares. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que la identidad cultural es la manifestación de la diversidad de las comunidades y la expresión de la riqueza humana y social, lo cual constituye un instrumento de construcción y consolidación de sociedades organizadas, encaminadas al mejoramiento de sus relaciones.

La cultura fue reconocida por el Constituyente de 1991 como un pilar que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado. Es amplio el conjunto de normas constitucionales que protegen la diversidad cultural como valor fundamental de la nación colombiana, erigiéndose de esta forma el denominado eje de la Constitución Cultural, que al igual que la ecológica parte de una interpretación sistemática, axiológica y finalista, de las varias disposiciones a las que la Corte se refirió en la Sentencia C-742 de 2006:

[...] el artículo 2º superior, señaló como fin esencial del Estado el de facilitar la participación de todos en la vida cultural de la Nación. Los artículos 7º y 8º de la Carta dispusieron la obligación del Estado de proteger la diversidad y riquezas culturales de la Nación. El artículo 44 define la cultura como un derecho fundamental de los niños. El artículo 67 señalaron que la educación es un derecho que busca afianzar los valores culturales de la Nación. El artículo 70 de la Constitución preceptúa que el Estado tiene la obligación de promover y fomentar el acceso a la cultura de los colombianos, en tanto que la cultura y/o los valores culturales son el fundamento de la nacionalidad colombiana. En esta misma línea, el artículo 71 de la Constitución dispuso que el Estado creará incentivos para fomentar las manifestaciones culturales. Ahora, la protección de los recursos culturales no sólo es una responsabilidad a cargo del Estado, sino que también es un deber de los ciudadanos, en los términos previstos en el artículo 95, numeral 8º, superior. De todas maneras, los artículos 311 y 313, numeral

9º, de la Carta encomiendan, de manera especial, a los municipios, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes. Por su parte, el artículo 333 superior autorizó al legislador a limitar válidamente la libertad económica cuando se trata de proteger el patrimonio cultural de la Nación. Y, finalmente, con especial relevancia para el análisis del asunto sometido a estudio de esta Corporación, recuérdese que el artículo 72 de la Carta dispuso que “el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado, pero que sólo “el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

La descripción anterior muestra que, efectivamente, la protección del patrimonio cultural de la Nación tiene especial relevancia en la Constitución, en tanto que éste constituye un signo o una expresión de la cultura humana, de un tiempo, de circunstancias o modalidades de vida que se reflejan en el territorio, pero que desbordan sus límites y dimensiones. Entonces, la salvaguarda estatal del patrimonio cultural de la Nación tiene sentido en cuanto, después de un proceso de formación, transformación y apropiación, expresa la identidad de un grupo social en un momento histórico.

De igual manera, si bien los artículos 8º y 70 superiores consagraron el deber del Estado de proteger las riquezas culturales de la Nación y promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los ciudadanos, no señalaron fórmulas precisas para llegar a ese cometido, de ahí que deba entenderse que el Constituyente dejó al legislador o al ejecutivo a cargo de esa reglamentación (énfasis por fuera del texto original).

De la referencia normativa anterior se aprecia cómo el modelo implementado en la Carta de 1991 propicia el estudio de la Constitución cultural, ámbito dentro del cual se encuentran las ideas, creencias, conductas, mitos, sentimientos, actitudes, actos, costumbres, instituciones, códigos, bienes, formas artísticas y lenguajes propios de todos los integrantes de la sociedad; en otras palabras, de la riqueza cultural de la Nación. En este sentido, es conveniente reiterar lo expresado por esta Corporación en la Sentencia C-639 de 2009, en la que se puntualizó que:

“Con la expresión derechos culturales se designa la subclase de derechos humanos en el ámbito de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que comprende los

derechos y libertades fundamentales, los derechos de prestación y las determinaciones constitucionales de los fines del Estado en materia cultural, cuya pretensión es la búsqueda de la propia identidad personal y colectiva que ubique a la persona en su medio existencial en cuanto a su pasado (tradicción y conservación de su patrimonio histórico y artístico), presente (admiración, creación y comunicación cultural) y futuro (educación y progreso cultural, investigación científica y técnica, y la protección y restauración del medio ambiente)”.

Concatenado con lo anterior, es adecuado afirmar que el paso hacia un Estado social y democrático de derecho conlleva axiomáticamente el reconocimiento y puesta en marcha de los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Prerrogativas que encuentran respaldo en herramientas internacionales, las cuales se constituyen en criterios de interpretación relevantes para la determinación de contenido del derecho a la cultura, como la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural, adoptada en la Conferencia General de la Unesco el 2 de noviembre de 2001, en la que se reconoce que la cultura está compuesta de formas diversas por medio del tiempo y el espacio, y que esa diversidad cultural es patrimonio común de la humanidad. Derechos culturales que se reflejan y retroalimentan de los derechos humanos, universales e indisolubles. Sobre el particular, esta Corporación en la Sentencia C-434 de 2010 manifestó:

“[...] la Observación General No. 21 del Comité DESC sobre el derecho de todas las personas a tomar parte en la vida cultural –elaborada en la sesión No. 43 de noviembre de 2009⁷, reconoce que la plena promoción y respeto de los derechos culturales es esencial para el mantenimiento de la dignidad humana y para la interacción social entre individuos y comunidades en un mundo diverso y multicultural. Este documento también aclara que del derecho a participar en la vida cultural –artículo 15 del PIDESC– se derivan las siguientes obligaciones del Estado: (i) no obstruir la participación, (ii)

⁷ En numerosas oportunidades la Corte Constitucional ha señalado que las observaciones generales del Comité DESC de las Naciones Unidas, intérprete autorizado del PIDESC, son criterios relevantes de interpretación en materia de derechos económicos, sociales y culturales dentro de nuestro ordenamiento constitucional. Al respecto ver las sentencias C-251 del 28 de mayo de 1997, T-884 del 2 de octubre de 2003, C-038 del 27 de enero de 2004, T-217 del 8 de marzo de 2004, T-642 del 1º de julio de 2004; T-218 del 8 de marzo de 2004, C-936 del 15 de octubre de 2003, T-585 del 27 de julio de 2006, T-594 del 27 de julio de 2006, y T-760 del 31 de julio de 2008.

asegurar las condiciones para la participación, (iii) facilitar tal participación, y (iv) promover la vida cultural, el acceso y la protección de los bienes culturales. A esto agrega que el derecho a participar en la vida cultural comprende (a) el derecho a participar en la vida cultural⁸, (b) el derecho a acceder a ella⁹, y (c) el derecho a contribuir a su desarrollo. Para terminar, el Comité indica varias condiciones necesarias para la realización del derecho de manera equitativa y sin discriminación: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad e idoneidad (cultural).

De estas disposiciones y documentos se deduce el reconocimiento constitucional del derecho a la cultura, el cual impone al Estado, entre otras, las obligaciones de respetar, proteger, promover y garantizar el acceso, la participación y la contribución de todos a la cultura en un plano de igualdad, en el marco del reconocimiento y respeto de la diversidad étnica y cultural. Estas obligaciones también han sido denominadas derechos culturales.

En suma, la constitución cultural es parte sustancial de la configuración del Estado social y democrático de derecho que conlleva el mandato de proteger el derecho a la cultura como una garantía, que determina valores y referentes no solo para quienes hacen parte del presente, sino como un mecanismo de diálogo constante con el pasado y el futuro de las generaciones y su historia.

Igualmente, en la en la Sentencia T-129 de 2011 se habla de la participación de los Indígenas en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes de los afrodescendientes así:

⁸ De acuerdo con la Observación General No. 21, el concepto de *participación* comprende el derecho de todos, individualmente o en asociación con otros miembros de la comunidad, a (i) escoger libremente la propia identidad, (ii) identificarse o no con alguna comunidad o a cambiar la elección al respecto, (iii) tomar parte en la vida política de la comunidad, (iv) involucrarse en las prácticas culturales propias, (v) expresarse en el lenguaje elegido, (vi) buscar y desarrollar conocimiento y expresiones culturales y compartirlos con otras personas y (vii) tomar parte en actividades creativas (ver Consideración 15-a).

⁹ La observación indica que el concepto de *acceso* comprende el derecho de todos, individualmente o en asociación con otros miembros de la comunidad, a (i) conocer y entender su propia cultura y la de otros a través de la educación y la información, (ii) recibir educación y entrenamiento de calidad y con consideración por la propia identidad cultural, (iii) aprender sobre formas de expresión y su diseminación por medios técnicos de información y comunicación, (iv) seguir el propio proyecto de vida asociada con el uso de bienes culturales y recursos como la tierra, agua, biodiversidad, lengua o instituciones específicas, y (v) beneficiarse de la herencia cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades (ver consideración 15-b).

En cuanto al derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas, la Corte ha sostenido de manera reiterada que la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que las afectan resulta esencial para garantizar la protección efectiva de su identidad cultural, de su autonomía y de sus territorios y para garantizar la legitimidad de las medidas adoptadas.

En este sentido, nuestro ordenamiento constitucional abre a las comunidades étnicas espacios concretos de participación, entre otros, “se pueden identificar (i) la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, (ii) la posibilidad, ya desarrollada por la ley, de establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes, (iii) la obligación de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial –artículo 329-, (iv) el mandato de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios –artículo 330- y (v) la consulta previa sobre las medidas que afectan directamente a la comunidades étnicas”. Subrayas propias.

En virtud de lo expuesto, es pertinente concluir que la Constitución brinda a las comunidades étnicas una protección especial sobre las costumbres, la autonomía y el territorio, salvaguarda que no solo se extiende y termina en la norma, sino que debe ser prestada de forma efectiva por las autoridades. Desconocer dichas garantías pondría en peligro la identidad de los pueblos étnicos y llevaría a destruir la independencia que las caracteriza, con notorio daño para la conservación y adecuado desarrollo de sus culturas y creencias. Así, si la propiedad colectiva sobre el territorio étnico es un derecho del pueblo respectivo, la regla correlativa es el respeto y defensa por parte de todos los organismos del Estado y por supuesto de los particulares.

MEDIDAS ESPECÍFICAS PARA REALIZAR LA CONSULTA PREVIA

En cuanto a las medidas específicas de la consulta previa que afecten a las comunidades étnicas, en la Sentencia T-129 de 2011 la Corte Constitucional recordó la línea

jurisprudencial dictada por las sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009 en la materia y sintetizó las siguientes reglas:

En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas:

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los

grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

Si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación de los grupos étnicos respete

de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos. No obstante, es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los grupos afectados por una actuación u autorización administrativa de entidades del Estado o particulares. Circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional.

Otra de las características actuales de la Consulta Previa es que esta se debe realizar de manera diferente de acuerdo con cada comunidad, debido a que cada una de ellas tiene sus propias costumbres, cultura y demás comportamientos. La Corte Constitucional lo expresó en la Sentencia C-461 de 2008 de la siguiente manera:

6.3.6. Definición del procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa en particular mediante un proceso pre-consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada.

La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: “el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”. Ello, en la medida en que la flexibilidad establecida en el Convenio 169 de la OIT, y la diversidad propia de estos procesos, así lo exige: “los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado.”

A este respecto se debe tener en cuenta que una reglamentación jurídica rígida del procedimiento de consulta previa puede resultar inconstitucional en casos concretos, cuando de su aplicación se puedan derivar consecuencias contrarias a los mandatos plasmados en la Constitución y en las normas internacionales aplicables. Las obligaciones internacionales consagradas en el Convenio 169 de la OIT otorgan al Estado colombiano un amplio margen de flexibilidad para determinar la manera en que se habrá de realizar la consulta previa. Sin embargo, es claro que las regulaciones procedimentales no pueden contrariar el contenido específico del derecho fundamental a la consulta previa o de los derechos conexos a él, ni ser incompatibles con el logro del objeto esencial de la consulta, como es tratar de llegar de buena fe a un acuerdo basado en el consentimiento libre, pleno e informado, del grupo étnico afectado. En este sentido, la Corte ha recordado que las normas generales contenidas en las leyes del Congreso que tocan la materia o en los distintos decretos generales expedidos por el Gobierno Nacional reglamentando el tema de la consulta previa,¹⁰ constituyen “pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado” cuya compatibilidad con los derechos fundamentales de los pueblos implicados y con el objetivo esencial del proceso de consulta, ha de ser evaluada en cada caso concreto; en términos de la Corte, “hay que advertir que esos estatutos contienen conceptos tendientes a posibilitar el inicio de la concertación entre las partes a partir de la definición de algunas herramientas estructurales. Para todo caso es necesario señalar que dichas normas no pueden menoscabar la diversidad y autonomía de cualquier etnia y, por tanto, no constituyen un modelo único de acercamiento con los diferentes pueblos”.

6.3.7. Necesidad de realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego, y de someter los derechos e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente legítimas.

La finalidad principal del proceso de consulta previa, cual es la de lograr un acuerdo con los grupos étnicos afectados (art. 6, Convenio 169 de la OIT), “exige que los pueblos consultados conozcan todos los aspectos de la propuesta y sus implicaciones, y que a su vez puedan recibirla, analizarla, difundirla, discutirla y

¹⁰ Estas normas incluyen los decretos 1397 de 1996 y 1320 de 1998, así como las leyes 99 de 1993, 160 de 1994, 191 de 1995, 199 de 1995 y 685 de 2001, entre otras.

responderla utilizando canales apropiados de persuasión, con miras a que sus intereses, prevenciones y recomendaciones sean considerados y valorados por sus interlocutores.” Al realizar la ponderación entre los intereses enfrentados en un caso concreto, y con miras a dar adecuada protección al interés en preservar la diversidad étnica de la nación, deberá tenerse en cuenta que, según lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, “sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.”

Los deberes básicos de las autoridades que llevan a cabo la consulta previa son los de ponderar y explorar los siguientes cuatro elementos: “i) la posición y las propuestas que éstos ostentan y formulen, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, iii) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano”.¹¹

6.3.8. Preservación de la competencia para adoptar una decisión, no arbitraria y constitucionalmente regulada, en cabeza de las autoridades públicas si no es posible llegar a un acuerdo.

Como se advirtió, el proceso de consulta previa no es un mecanismo adversarial de confrontación de intereses, sino una oportunidad valiosa provista por la Constitución Política para que las autoridades públicas propendan porque los proyectos que afecten directa y específicamente a las comunidades étnicas sean respetuosos de sus derechos fundamentales colectivos e individuales a la integridad étnica, cultural, social y económica.

Sin embargo, cuando después de un proceso de consulta previa en el que hayan sido cumplidas plenamente las diversas garantías constitucionales expuestas en esta providencia, no haya sido posible lograr un acuerdo o una concertación con el grupo

¹¹ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

étnico afectado, las autoridades preservan la competencia para adoptar una decisión final sobre la realización del proyecto. La adopción de esta decisión es, a su vez, un proceso sujeto a claros mandatos constitucionales; tal y como ha explicado esta Corporación, “cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. // En todo caso deben arbitrase los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.”¹² En igual sentido, la Corte ha señalado que “...si adelantadas las consultas de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, no se logra el consentimiento de los pueblos consultados acerca de las medidas propuestas, las entidades accionadas deberán evaluar, en lo que a cada una de ellas concierne, la gravedad de las lesiones individuales y colectivas que se causen con las medidas, a fin de implementarle al Programa los correctivos que sean necesarios para salvaguardar a las personas, sus bienes, instituciones, trabajo, cultura y territorio”.

En cualquier caso, la Corte recuerda que la participación, expresada a través de la consulta previa, es una garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos. Sin embargo, no es el único medio para alcanzar esta finalidad; de allí que en caso de generarse perjuicios actuales o potenciales para las comunidades indígenas o afrodescendientes del país como consecuencia de la realización de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios, sigan abiertas las demás vías provistas por el ordenamiento jurídico constitucional para la protección de sus derechos fundamentales colectivos e individuales y el resarcimiento de cualquier daño causado. Además, y en esto la Sala Plena hace hincapié, la mera realización de la consulta previa no justifica la violación material posterior de los derechos fundamentales de los grupos indígenas o afrodescendientes afectados por un proyecto en concreto.

¹² Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

En los anteriores términos, la Corte Constitucional declarará la constitucionalidad condicionada de la Ley 1151 de 2007.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE la Ley 1151 de 2007, en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional

Del estudio realizado en la Sentencia C-461 de 2008 y conforme se va organizando en el bloque de constitucionalidad se decanta la necesidad de que exista una norma procedimental para establecer y definir los parámetros para la ejecución de la Consulta Previa en Colombia. Incluso, puede ir vaya más allá, cuando esta se enfrente a la posibilidad de que tanto la comunidad como la empresa privada o el Estado, en otros casos, no logren llegar a un acuerdo. Sería necesario entonces, desarrollar este código de procedimiento, atendiendo a cada uno de los actores disconformes, y guardando la debida relación entre respeto a costumbres y prerrogativas del Estado, pero también a todo el estudio y al bloque constitucional desarrollado en cada consulta hecha a la Corte Constitucional. De esta forma, las controversias profundas, podrían resolverse bajo un procedimiento particular.

5.2. CAPÍTULO II: LA CONSULTA PREVIA EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

5.2.1. ORGANISMOS INTERNACIONALES Y LA CONSULTA PREVIA

En el ámbito internacional, diferentes organismos han realizado manifestaciones en materia de consulta previa; entre estos podemos destacar a las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, sin dejar atrás organismos financieros como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo.

Las Naciones Unidas, preocupadas por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas, en el año 2007 decidió pronunciarse por medio de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, que se constituyó como el instrumento internacional por excelencia para la defensa de los derechos de las comunidades étnicas, especialmente en los países que han suscrito esta declaración.

Es importante destacar que este reconocimiento realizado por las Naciones Unidas es resultado de un amplio análisis sobre la situación actual y los antecedentes generales en diferentes países y Estados internacionales que han demostrado que la precariedad de las condiciones de los grupos indígenas y tribales del mundo son resultado de la colonización y de la desposesión de sus tierras, territorios y recursos, lo cual les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo, de conformidad con sus propias necesidades e intereses (**ONU, 2007**), por ello al tenor del artículo 26 de la declaración en mención, podemos señalar:

- ✓ Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido.
- ✓ Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
- ✓ Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

5.2.1.1. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Es una asociación internacional de Estados. Es quizás la más grande agrupación de este tipo existente en la actualidad en el mundo. Nació luego de la promulgación de la Declaración de las Naciones Unidas, que reemplazó a la Sociedad de Naciones, por su fracaso en el intento de evitar nuevas guerras, siendo uno de los objetivos de este nuevo organismo el de servir de facilitador para la cooperación en asuntos como el derecho internacional, la paz y seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos (**Organización de las Naciones Unidas, 1945**).

La Declaración de las Naciones Unidas es un documento que se firmó durante la Segunda Guerra Mundial el primero de enero de 1942, en Washington (Distrito de Columbia, Estados Unidos). Fue firmado originalmente por los gobiernos de 26 países, como reafirmación del apoyo a la Carta del Atlántico.

La ONU está actualmente conformada por 193 Estados miembros, entre los cuales, tres de estos, fungen en calidad de observadores.

Uno de los logros más destacados de la ONU es la proclamación en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Si bien es cierto que la Convención 169 de la OIT es la base del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, uno de los soportes internacionales más importantes en materia de jurisprudencia es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, promulgada en el año 2007, durante la sesión 61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la cual se reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas así como los individuales, proclamando el disfrute pleno de los derechos humanos y las libertades enmarcados en la Carta de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos, así como también se reconocen los derechos a la autonomía, autogobierno, el respeto por su cultura y la no discriminación, entre otros.

Los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos se describen en varios artículos de la Declaración de las Naciones Unidas, siendo el artículo 26 uno

de los más importantes. En este se afirma el derecho general de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos que han ocupado o utilizado o adquirido en el pasado, así como a las tierras que poseen en la actualidad. Apoyándose en las interpretaciones autorizadas y en la evolución del derecho de los derechos humanos vigente, este artículo también exige que los Estados aseguren el reconocimiento y protección jurídicos de las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas, respetando debidamente sus costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra (ONU, 2014, p. 22).

La génesis de la consulta previa se puede evidenciar en el artículo 8 de la misma declaración, donde se protege la diversidad cultural de los pueblos indígenas, su territorio y da las pautas para que los Estados establezcan mecanismos para la prevención y resarcimiento de los pueblos indígenas.

Artículo 8. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:

- a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
- b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos;
- c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
- d) Toda forma de asimilación o integración forzada;
- e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos. **(ONU, 2007)**

Diferentes instancias de las Naciones Unidas han manifestado interés por establecer lineamientos claros sobre cómo se debe tratar el tema de la consulta previa en los países adscritos a esta organización, basándose en instrumentos que han marcado las pautas para desarrollar la jurisprudencia internacional de dicho mecanismo. Se pueden encontrar pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo y del Comité

Para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), amparados en instrumentos como la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), entre otros.

5.2.1.2. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D. C., entre los meses de octubre de 1889 y abril de 1890.

Fue creada en 1948, cuando se subscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigencia en diciembre de 1951.

La OEA fue fundada con el objetivo de lograr en sus Estados miembros, como lo estipula el artículo 1 de la Carta, “un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”.

Hoy en día, la OEA reúne a los 35 Estados independientes de las Américas y constituye el principal foro gubernamental político, jurídico y social del hemisferio. Además ha otorgado el estatus de Observador Permanente a 69 Estados, así como a la Unión Europea (UE) (OEA, 2017).

Como principal representante de la OEA en temas de consulta previa está la Interamericana de Derechos Humanos, la cual busca proteger la supervivencia de la comunidad, la propiedad comunitaria de la tierra y el uso de los recursos naturales, así como el consentimiento informado y la participación de los pueblos, tanto en proyectos de desarrollo de sus tierras y recursos, como en el caso de proponer su reasentamiento, entre otras situaciones.

5.2.1.3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

Como órgano judicial la CIDH está encargada de resolver los casos que ante esta se presenten en materia de derechos humanos, emitiendo valiosa jurisprudencia cuando

del menoscabo de derechos se trate, como la consulta previa a los pueblos indígenas kichwa de Sarayaku vs. Ecuador; comunidad indígena yakye axa vs. Paraguay; y comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua, entre otros casos.

5.2.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y CONSULTA PREVIA

5.2.2.1. CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales. Fue fundada el 11 de abril de 1919. Única agencia tripartita de la ONU, la OIT reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres.

Es la organización pionera en el reconocimiento de los derechos individuales y colectivos de las comunidades indígenas en el mundo; adoptó, en 1989, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, uno de los instrumentos más antiguos e importantes de protección a las comunidades indígenas. En él se establecen las obligaciones de realizar una consulta con los pueblos indígenas en los casos en los que estos fuesen afectados directamente, tales como la adopción de medidas legislativas o administrativas (art. 6), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (arts. 6 y 7) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15).

Dicha consulta debe realizarse de buena fe, lo que significa que, al consultarlos, los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales. Así mismo, los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a las comunidades afectadas. Las consultas deben emprenderse con organizaciones instituciones genuinamente representativas, que estén habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas,

deben identificar y verificar que las organizaciones-instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos.

Aparte de lo anterior, la guía para la aplicación del Convenio 169 manifiesta que ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país, lo que significa que los Estados deberán celebrar consultas, pero estas no impedirán el desarrollo de un país.

5.2.2.2. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Esta fue adoptada en el año 2007 en Asamblea General de las Naciones Unidas y en ella se ratificaron las disposiciones sobre la consulta previa y se estableció, en su artículo 19, el consentimiento libre, previo e informado como objetivo del proceso de consulta previa.

La declaración es el pronunciamiento más reciente e importante en materia de la consulta previa, pues involucra plenamente el principio del consentimiento libre, previo e informado para el traslado de grupos indígenas de sus tierras, así como para la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que los afecten, entre otras situaciones. Adicionalmente, ordena a los Estados reparar todos aquellos bienes de orden intelectual, cultural o espiritual que los grupos indígenas hayan perdido sin su consentimiento libre, previo e informado (Garavito, Morris, Orduz y Buriticá, 2010).

De forma complementaria también regula aspectos que no son explícitos en el Convenio 169 de la OIT, como la aplicación de la consulta para aprobar la ocupación en las tierras o territorios con fines militares o para aprobar cualquier proyecto que afecte su territorio u otros recursos, en especial proyectos relacionados con el desarrollo y la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (Rodríguez, Albán y Moncayo, 2015).

Este instrumento encuentra su marco jurídico amplio en el Convenio 169 de la OIT, mediante el cual los Estados hacen un reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y tribales (afros y rom); dicho convenio fue ratificado por la Ley 21 de 1991.

Por lo que se insta a los Estados a adoptar las medidas que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente de los pueblos interesados (Art. 4, 1).

5.2.2.3. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (PIDCP) (1966)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. En su artículo 1 convino:

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.

Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

Los Estados parte en el presente pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. **(ACNUDH-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2017)**

En el numeral segundo del PIDCP se garantiza el goce efectivo de los recursos naturales, sin que esto constituya un perjuicio para la sustancia de los grupos étnicos ni se constituya en un obstáculo para la cooperación económica internacional; sino, al contrario, mancomunadamente se tracen estrategias para que los Estados parte puedan responder con el cumplimiento del pacto y no se afecten las comunidades étnicas.

En cuanto al respaldo que genera la consulta previa, en su artículo 27, el PIDCP establece que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

En su interpretación del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos reconoce, en el artículo 27 del documento, que protege los derechos individuales y culturales de las minorías, como una fuente de protección del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Como se puede apreciar, junto con el reconocimiento del derecho a la libre determinación, en el artículo 1 del documento se establece la importancia del papel que ha desempeñado en este debate el significado del término 'pueblo'.

5.2.3. LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La CIDH les ha brindado protección a las comunidades de especial protección asentadas en países como Ecuador, Paraguay y Nicaragua entre otros, ordenando, mediante sus sentencias, que se les respeten sus derechos conforme los siguientes parámetros:

Derechos a la Consulta y a la Propiedad Comunal Indígena

El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. [...] Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes [...]

Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. ([La protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

Además, la falta de acceso a los territorios puede impedir a las comunidades indígenas usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia, mediante sus actividades tradicionales; acceder a los sistemas tradicionales de salud y otras funciones socioculturales, lo que puede exponerlos [...] a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, [...] y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma.

Para determinar la existencia de la relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido: i) que ella puede expresarse de distintas

maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) que la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; formas tradicionales de subsistencia, como caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales.

Por eso ha sido coherente con sus fallos tales como:

Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua

Sentencia de 31 de agosto de 2001

Este fue el primer fallo de la CIDH a favor del derecho indígena colectivo al territorio y a los recursos naturales, conforme a su propio derecho consuetudinario y prácticas tradicionales; e independientemente de que cuenten o no con un título formal de propiedad reconocido por el Estado, vale destacar que este proceso se inició en el año de 1995.

Este año el territorio de la comunidad Awas Tingni fue invadido por una concesión maderera otorgada por el Estado de Nicaragua, sin que se hubiesen realizados procesos de consulta ni consentimiento previo. La comunidad agotó todas las instancias jurídicas nacionales sin recibir respuesta, y en 1996 presentó su caso a la CIDH, la cual concluyó que:

[...] Al otorgar una concesión para aprovechamiento forestal dentro de la tierra tradicional de la comunidad sin consultar su opinión, el Estado violó una combinación de artículos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos: derecho a la vida, a la protección de la honra y de la dignidad; a la libertad de conciencia y de

religión; a la libertad de asociación; a la protección a la familia; a la circulación y residencia; y derechos políticos.

En el año 2001, la CIDH falló a favor de la comunidad, estableciendo que:

El Estado de Nicaragua debía demarcar y titular los territorios indígenas de esta comunidad, y todas las tierras comunales indígenas del país, con la participación de la comunidad, conforme a su derecho consuetudinario, y en un plazo de tiempo.

Se prohibieron las explotaciones en ese territorio, tanto del propio Estado como de terceros.

Este caso generó el primer pronunciamiento de la CIDH a favor del derecho indígena colectivo al territorio y a los recursos naturales, conforme a su propio derecho consuetudinario y prácticas tradicionales; y, a la obligación que tiene el Estado de consultar antes de reconocer algún derecho o permitir alguna actividad en territorios de asentamiento indígena, esto, independientemente de que cuenten o no con un título formal de propiedad reconocido por el Estado.

Pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador

En este caso se estableció condena internacional que recibió el vecino país del Ecuador por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del pueblo indígena kichwa de Sarayaku, que para el caso en cuestión se consideran trasgredidos los derechos enmarcados en la Convención Americana: artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 13 (libertad de pensamiento y expresión), 21 (derecho a la propiedad privada), 22 (derecho de circulación y de residencia), 23 (derechos políticos), 25 (protección Judicial), 26 (desarrollo progresivo), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal) y 8 (garantías judiciales) (**Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017**).

156. [...] Cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales deben respetar ciertas pautas.

157. [...] Para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales [...], según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones.

159. La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que [...] deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural [...], los cuales [derechos] deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.

160. Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios.

161. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

164. [...] La obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.

165. [...] Está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.

166. La obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas y tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). [...] De este modo, los Estados deben incorporar estándares [internacionales] dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

167. Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes. En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes. **(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017)**

En este caso la CIDH impone e insiste, como en anteriores casos, la obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas y tribales sobre toda medida

administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos. Igualmente recalca el compromiso de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por los Estados dentro de los procesos de consulta previa, generando vías de acuerdos efectivos con las comunidades indígenas.

Comunidad indígena yakye axa vs. Paraguay

Este caso trata falta de responsabilidad internacional del Estado paraguayo por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de la comunidad yakye axa, población de más de 300 personas de comunidades indígenas a las que no se les consultó antes de la venta de grandes extensiones de tierra del Chaco, lugar en donde habitaban, lo cual generó numerosas afectaciones, entre ellas la muerte de algunos miembros de esta comunidad, afectaciones a la salud, vulneración de una vida digna; por tanto, a principios del año 1986, los miembros de la comunidad indígena yakye axa se trasladaron a otra extensión de tierra, debido a las graves condiciones de vida que tenían en las estancias ganaderas. No obstante, este traslado no supuso una mejoría en las condiciones de vida de los miembros de la comunidad. Para determinar la responsabilidad del Estado paraguayo, la CIDH, en su amplio análisis jurisprudencial, consideró que se violaron los preceptos contenidos en la Declaración de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes. Finalmente, declara que:

- ✓ El Estado violó los derechos de las Garantías Judiciales y a la Protección Judicial consagrados en los artículos 8 y 25, respectivamente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la misma, en perjuicio de los miembros de la comunidad indígena yakye axa.
- ✓ El Estado violó el derecho de la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los miembros de la comunidad indígena yakye axa.

- ✓ El Estado violó el derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio de los miembros de la comunidad indígena yakye axa.
- ✓ En cuanto a la consulta, considera la violación del artículo 21 de la Convención Americana (derecho a la propiedad privada) en relación con el artículo 1.1 de la misma.
- ✓ 145. El artículo 21.1 de la Convención dispone que “la ley puede subordinar [el] uso y goce [de los bienes] al interés social”. La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil y oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.
- ✓ 151. La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario. **(CIDH, 2005)**

En el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre derechos humanos:

[...] Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (OEA, 1969, p. 2)

La declaración de la CIDH deja plasmado el deber que tienen los Estados de ofrecer garantías, a través de procedimientos jurídicos, para que las comunidades puedan gozar de sus derechos fundamentales, entre estos, el derecho a la propiedad de las tierras y goce del territorio.

En términos generales, la CIDH determina el respeto a las comunidades indígenas, puntualizando que la Consulta Previa se debe realizar con el fin de conocer y valorar los seres humanos asentados en los territorios, reiterando que la este mecanismo no es un mero trámite, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”.

Además, la CIDH aclara que:

La obligación de consultar es responsabilidad del Estado, significa esto, que es deber del estado organizar todo el proceso de consulta previa, brindándole a la comunidad la posibilidad de decidir o coadyuvar en cada caso que vaya a llevarse a cabo en cada territorio donde esté asentada una comunidad de especial protección.

5.3. CAPÍTULO III: PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA CON INTEGRACIÓN DE COMUNIDAD-EMPRESA-ESTADO

5.3.1. DESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO EXISTENTE Y SUS DEBILIDADES

Hoy en día en Colombia no existe un mecanismo que obligue a que se respete el concepto de las comunidades de especial protección en cuanto a las acciones sobre su territorio. Existe sí, la obligación de realizar una consulta previa, pero esta solo consiste en informarlas sobre la actividad que se va a llevar a cabo. Dicho de otro modo, solo es vinculante en cuanto a que se debe informar a la Comunidad del proyecto o actividad que se va a ejecutar, y ello porque no existe un procedimiento previo que se deba seguir cuando se vaya a explotar una zona protegida por la Ley 21 de 1991. Es por esto que, siendo Colombia un Estado social de derecho, debería adoptar un procedimiento apropiado en todo el territorio nacional, cuando se vayan a afectar las comunidades protegidas y que la consulta previa apoye también en las instituciones representativas de las comunidades étnicas. El poco interés que le despierta al gobierno este tema, puede verse reflejado en el hecho de que, a la fecha, solo se tiene jurisprudencia sobre el tema, y que aunque esta ha fijado parámetros para llevar a cabo los procedimientos, la Presidencia de la República solo ha adoptado el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa, a través del Decreto 2613 del 2013. El cual no es obligante. Este decreto, en el fondo, solo establece un protocolo para entregarle la información sobre los proyectos a realizar a las comunidades de especial protección. Veamos las cinco etapas que se siguen para la realización de consulta previa en comunidades étnicas:

- Certificación presencia comunidades
- Coordinación y preparación
- Pre-consulta

- Consulta previa
- Seguimiento de acuerdos

Vale anotar que en procedimiento no hay ninguna claridad sobre posible consentimiento de la comunidad consultada, ni indica en que momento esta pueda o no aprobar lo consultado; es decir, la comunidad no tiene espacios para exigir el cumplimiento de su voluntad en el proceso de consulta que se esté surtiendo, de tal forma que ella pueda expresar su sentir y respeto por sus tradiciones. En conclusión, en Colombia no hay un procedimiento sistemático legalmente constituido que establezca unos parámetros para la realización organizada de la consulta previa con las comunidades.

Ante la ausencia de lo que debería ser un “decreto reglamentario” de la Ley 21 de 1991, el Ministerio del Interior creó una ficha explicativa sobre la consulta previa en donde se estipulan los pasos, las condiciones o requisitos, direcciones a las que deben estar remitidas las solicitudes de inicio de consulta previa y algunas directrices para elevar la solicitud formal del procedimiento, tal como se describe a continuación.

5.3.1.1. CONDICIONES O REQUISITOS

La solicitud de inicio dirigida a la Dirección de Consulta Previa, especificando el nombre completo del POA, el número y fecha del acto administrativo por el cual se certificó la presencia de grupos étnicos.

La presentación del proyecto por parte del ejecutor en la etapa 2: coordinación y preparación de conformidad con la Directiva 10 del 2013.

Tabla 3: Pasos propuestos por Mininterior para la realización de la consulta previa

Nº	Actividad	Tarea	Punto de control		Responsable
1	Radicar solicitud	Mesa de entrada: recibe y registra la solicitud mediante la ejecución del procedimiento de correspondencia interna.	R1: Número de radicado y fecha.		Funcionario designado del área de correspondencia.
2	Recibir solicitud en la dirección	<p>Recibir la solicitud de inicio y los demás documentos adjuntos si los hay.</p> <p>Nota: esta solicitud puede presentarse por medio del anexo 1.</p> <p>Revisar destinatario y contenido.</p>	R1: Verificar que la información esté completa.	E1: Soporte y anexos del documento radicado.	Funcionario designado.
3	Asignar el trámite	Transferir la solicitud y los documentos soportes si los hay por SIGOB mediante un memorando al funcionario o contratista responsable	R1: Verificar que el (los) responsable (s) recibieron la tarea.	E1.a: Memorando de asignación de trabajo.	Funcionario designado.

Nº	Actividad	Tarea	Punto de control		Responsable
		dentro de los cinco días hábiles siguientes.			
4	Plan de trabajo	Realizar un plan de trabajo el cual reposará en el expediente del proceso de consulta dentro de los 15 días siguientes al memorando de asignación.	R1: Verificar que el (los) responsable (s) realizaron la tarea.	E1.a: Recibido de entrega del plan de trabajo en el área de archivo.	Funcionario designado.
5	Realizar reunión de coordinación y preparación	Planear la realización de la reunión. (Identificar los participantes, realizar orden del día y convocar a las partes interesadas). Ejecutar la reunión de acuerdo con la convocatoria y elaborar el acta respectiva.	R1: verificar que se identificaron y se convocaron a las partes interesadas en la consulta previa del proyecto. R2: Registrar las posiciones, decisiones y compromisos de cada entidad frente a los posibles impactos del proyecto.	E1: Oficios y/o correos electrónicos enviados para convocar al ejecutor del proyecto y a las entidades gubernamentales de ser necesario. E2: Actas de reunión. E3: Lista de tareas específicas para cada entidad y cronograma de reuniones de coordinación.	Director de consulta previa- funcionario designado- profesionales y contratista.

Nº	Actividad	Tarea	Punto de control		Responsable
6	Elaborar la agenda y autorizar la comisión para las diferentes etapas del proceso de Consulta Previa (preconsulta, apertura, análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, formulación de acuerdos, protocolización de acuerdos, seguimiento de acuerdos y cierre)	<p>Elaborar agenda de actividades de las consultas asignadas para aprobación por parte del director.</p> <p>Desarrollar el procedimiento denominado: Comisión de servicios dentro y fuera del proceso de Gestión Humana.</p>	<p>R1: Verificar la elaboración de la agenda de acuerdo a la reunión a realizar.</p> <p>R2: Aprobar la comisión de trabajo.</p>	<p>E1: Agenda de comisión.</p> <p>E2: Registro de autorización de viaje, según corresponda, funcionarios o contratistas y su contratante.</p>	Profesionales y contratista-director de consulta previa.
7	Convocar a reunión para las diferentes etapas del proceso de consulta previa (preconsulta, apertura, análisis e identificación de impactos y	<p>Realizar la convocatoria para aprobación y firma del director de consulta previa.</p> <p>Enviar las convocatorias a los representantes</p>	R1: Convocar a las partes, a la procuraduría general de la nación y a la defensoría del pueblo según la certificación vigente que reposa en el	E1: Oficios enviados para convocar tanto a comunidades étnicas como al ejecutor del proyecto, entidades públicas, a la procuraduría general de la	Profesionales y contratista.

Nº	Actividad	Tarea	Punto de control		Responsable
	formulación de medidas de manejo, formulación de acuerdos, protocolización de acuerdos, seguimiento de acuerdos y cierre)	de las comunidades étnicas, el ejecutor del proyecto, al Ministerio Público y otras entidades según se requieran. para la reunión a realizar de acuerdo a la etapa que se surtirá del proceso de consulta previa.	Ministerio del Interior.	nación y a la Defensoría del Pueblo.	
8	Realizar la reunión de preconsulta y apertura	<p>Presentar el marco jurídico de la consulta previa a los representantes de las comunidades.</p> <p>Garantizar la presentación del POA y gestión de información hacia los representantes de las comunidades.</p> <p>Construir conjuntamente, entre las partes,</p>	R1: Garantizar la explicación del marco jurídico de la consulta previa y explicación detallada del POA a los representantes de las comunidades.	<p>E1: Acta de preconsulta con constancia de fechas, horas y lugar de la reunión.</p> <p>E2: Registro audiovisual de la reunión.</p>	Profesionales y contratistas.

Nº	Actividad	Tarea	Punto de control		Responsable
		<p>la ruta metodológica de la consulta previa.</p> <p>Ejecutar la reunión de acuerdo con la convocatoria y elaborar el acta respectiva.</p>			
9	Realizar la reunión de Análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo	<p>Planear la realización de la reunión.</p> <p>Ejecutar la reunión de acuerdo con la convocatoria y elaborar el acta respectiva.</p>	R1: Verificar que se definan las medidas de manejo adecuadas para prevenir, corregir, mitigar o compensar las potenciales afectaciones que generará el proyecto.	<p>E1.a: Acta y matriz de identificación de impactos y medidas de manejo.</p> <p>E1.b: Registro audiovisual donde consta la determinación de las medidas de manejo.</p>	Profesionales y contratistas
10	Realizar la reunión de formulación de acuerdos	<p>Planear la realización de la reunión.</p> <p>Ejecutar la reunión de acuerdo con la convocatoria y</p>	R1: Verificar que se definan preliminarmente los acuerdos alcanzados.	<p>E1.a: Acta de la reunión en que se establecieron los preacuerdos.</p> <p>E1. b: Registro audiovisual donde consta la</p>	Profesionales y contratistas.

Nº	Actividad	Tarea	Punto de control		Responsable
		elaborar el acta respectiva.		determinación de los preacuerdos.	
11	Realizar la reunión de protocolización de acuerdos	Planear la realización de la reunión. Ejecutar la reunión de acuerdo con la convocatoria y elaborar el acta respectiva.	R1: Verificar que en el acta se registren los acuerdos del proceso de consulta previa y los miembros del comité de seguimiento.	E1.a: Acta de protocolización de acuerdos. E1. b: Registro audiovisual donde consta la definición de los acuerdos del proceso de consulta previa.	Profesionales y contratistas.
12	Realizar la reunión de seguimiento de acuerdos	Planear la realización de la reunión. Ejecutar la reunión de acuerdo con la convocatoria y elaborar el acta respectiva.	R1.a: Verificar que en el acta se registre el avance de cumplimiento de los acuerdos con las comunidades étnicas, el ejecutor del proyecto y entidades públicas. R1.b: Verificar de manera periódica el cumplimiento de	E1. a: Actas de reunión. E1. a: Registro audiovisual. E1.b: Registro de comunicaciones.	Profesionales y contratistas.

Nº	Actividad	Tarea	Punto de control		Responsable
			los acuerdos entre las partes.		
13	Realizar la reunión de cierre de consulta	<p>Recibir comunicación del solicitante informando fecha de cierre del proceso de consulta previa, de acuerdo con el procedimiento de correspondencia de la entidad.</p> <p>Planear la realización de la reunión de cierre definitivo del proceso de consulta previa.</p> <p>Ejecutar la reunión de acuerdo con la convocatoria y elaborar el acta respectiva.</p> <p>Nota: Si no se evidencia el cumplimiento total de los acuerdos protocolizados, se convocará a</p>	R1: Verificar que efectivamente se cumplieron los acuerdos emanados del proceso de consulta previa.	E1.a: Actas de reunión. E1.b: Registro audiovisual.	Profesionales y contratistas.

Nº	Actividad	Tarea	Punto de control		Responsable
		otra reunión de Cierre del Proceso hasta tanto se cumplan los acuerdos en un 100 %.			
14	Legalizar la comisión de las reuniones en las diferentes etapas del proceso de consulta previa (preconsulta, apertura, análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, formulación de acuerdos, protocolización de acuerdos, seguimiento de acuerdos y cierre).	Elaborar el informe de comisión utilizando el formato AN-CP-P-02-F-03 (Anexo 5). Aplicar el procedimiento denominado: Comisión de servicios dentro y fuera de Gestión Humana.	R1: Verificar la entrega del informe de la comisión realizada. R2: Verificar que se haya legalizado la comisión a Gestión Humana.	E1: Informe de comisión. E2: Recibido de la legalización de la comisión ante Gestión Humana.	Profesionales y Contratistas. Director de Consulta Previa. Profesional del área de comisiones de la Subdirección de Gestión Humana de la entidad.

Fuente: Ministerio del Interior, procedimiento para coordinar la consulta previa.

Ahora bien, entre las etapas o momentos que hoy están vigentes, frente al proceso de consulta previa, tenemos las siguientes:

5.3.1.2. CERTIFICACIÓN DE PRESENCIA DE COMUNIDADES ÉTNICAS

El objetivo principal de esta etapa es determinar si en el área de un proyecto, obra o actividad se certifica o no la presencia de una comunidad étnica, según los criterios del Convenio 169 de la OIT, la legislación nacional y la jurisprudencia constitucional sobre comunidades étnicas.

Artículo 4. La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior ejercerá la competencia exclusiva de certificación de presencia de comunidades étnicas para efectos de celebración de consultas previas.

El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural-Incoder suministrará oportunamente a la Dirección de Consulta Previa la información actualizada relativa a los resguardos legalmente constituidos, y en proceso de constitución, de comunidades indígenas y de títulos colectivos de comunidades negras. No obstante, el Incoder conservará la potestad de certificación en asuntos ajenos al ámbito de la consulta previa.

La Dirección de Consulta Previa podrá solicitar a cualquier autoridad pública información necesaria para la expedición de la certificación de presencia de comunidades étnicas. Los requerimientos deberán responderse de manera expedita.

Artículo 6. Para la expedición del certificado de presencia de comunidades étnicas, la Dirección de Consulta Previa requerirá de la entidad responsable la descripción del proyecto y su área de influencia. La Dirección de Consulta Previa podrá solicitar otros insumos que se requieran para adelantar el proceso de certificación.

Pasos específicos para la etapa de certificación:

- Estudio de la solicitud, recepción y análisis
- Consulta en bases de datos de la dirección de consulta previa
- Verificación en campo
- Verificación de posibles incidencias en área de influencia
- Determinación final de la necesidad de realizar consulta previa
- Proyección y expedición de certificación

- Coordinación y preparación.

Esta etapa tiene como propósito principal identificar a las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el proyecto, obra o actividad que se consultará, y convocarlas a una reunión, con el fin de determinar el plan de trabajo y de optimizar los recursos para la realización de la consulta.

La Dirección de Consulta Previa es la autoridad encargada de realizar las convocatorias y de dirigir las reuniones de consulta previa. Este organismo dirigirá las reuniones del proceso de consulta, garantizará la participación de todos los sujetos involucrados y buscará, en lo posible, la suscripción de acuerdos entre las autoridades, los responsables del POA y las comunidades étnicas.

Si durante el desarrollo de la consulta surgen temas que requieran tratamiento especializado de una autoridad no convocada por la Dirección de Consulta Previa, esta podrá citarla para que intervenga en las discusiones.

No obstante, si los temas a que se refiere el inciso anterior son ajenos al objeto de la consulta, la Dirección podrá remitirlos a las autoridades competentes para que estas presten el apoyo correspondiente (Decreto 2613, 2013).

5.3.1.3. PRECONSULTA

El propósito es realizar un diálogo previo con los representantes de las comunidades étnicas involucradas es definir la ruta metodológica que debe seguir el ejecutor del proyecto, y los términos en que será realizado el proceso según las especificidades culturales de cada una de las comunidades étnicas. Los pasos específicos de la etapa de preconsulta son los siguientes:

- Designación del equipo de trabajo
- Convocatoria de reuniones
- Presentación del derecho

- Presentación del proyecto y gestión de información
- Determinación de objeto de construcción de ruta metodológica

5.3.1.4. CONSULTA PREVIA

Es fundamental realizar un diálogo entre el Estado, el ejecutor y las comunidades étnicas, para que la Dirección de Consulta Previa asegure el cumplimiento del deber de garantizar su participación real, oportuna y efectiva sobre la toma de decisiones de proyectos que puedan afectar directamente a las comunidades, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural. Los pasos específicos en la etapa de consulta previa son:

- Convocatoria a la reunión(es) de consulta
- Desarrollo de reuniones de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo
- Desarrollo de reuniones para la formulación de acuerdos
- Protocolización de los acuerdos

5.3.1.5. SEGUIMIENTO

Su objetivo principal es asegurar que lo protocolizado en la consulta previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades étnicas.

5.3.1.6. DEBILIDADES

En la actualidad, a pesar de que existen modelos, parámetros y requisitos para efectuar la Consulta previa, es decir, existe obligatoriedad en realizar estos procedimientos, ellos no obligan a que haya acuerdo interpartes, en tanto que la empresa privada o el Estado no están obligados a lograr la afirmación absoluta de la comunidad de especial protección para realizar una obra o explotación en su área, solo basta con la realización de los modelos anteriormente descritos; por tanto la ley que existe hoy no obliga, solo vincula.

La debilidad de esta normatividad radica en la falta de claridad en la expresión de la comunidad ante un proyecto que se vaya a realizar sobre su territorio, razón por la cual la Corte Constitucional, al detectar esta falla, ha ordenado la creación de una ley que determine además del procedimiento, la conclusión, que diga qué procedimiento se debe efectuar cuando la comunidad alegue alguna causa, razón o mérito para negar el permiso a que circule una vía o se realice algún tipo de explotación en su área de especial protección. En la actualidad la legislación no cuenta con una solución para este punto del problema. Reiteramos: la consulta previa es vinculante, no es obligante; la ley no hace necesaria una afirmación o una negación de la comunidad para la realización de un proyecto particular o público sobre los territorios ancestrales.

5.3.2. IMPORTANCIA DE LA INTEGRACIÓN DE LA COMUNIDAD-EMPRESA-ESTADO EN EL PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

Aunque cada comunidad tiene su propia cosmovisión y sus propias reglas, es posible crear bajo la línea de un procedimiento claro y unificado para la consulta previa, con la confluencia de todos los actores (empresa-Estado y comunidad), que además sea obligatorio y que se realice en todo el territorio constitucionalmente protegido. Además, este debe brindar garantías y seguridad jurídica tanto a las comunidades minoritarias del país, así como a las empresas y al Estado. Las comunidades protegidas, al haber sido reconocidas como titulares de sus territorios, bajo este procedimiento se establecería una ruta que marcaría los límites, las responsabilidades y las obligaciones correspondientes para cada actor de la negociación, donde la principal característica sería el respeto a la voluntad de la comunidad. Así, esta sería una herramienta que disminuiría los constantes enfrentamientos entre unos y otros, y brindaría conclusiones estables.

También las empresas tendrían grandes ventajas, ya que se harían a un conocimiento acertado sobre lo que está o no permitido en cada comunidad, entrelazando el proyecto con las costumbres de estas, armonizando sus prácticas y usos con el fin de que coexistan y puedan reducir los impactos ambientales. También podrían generar empleo

y un progreso económico real en la región, sin caer en la destrucción masiva y evidente del ecosistema, tal como ha ocurrido en muchos lugares de Colombia por la falta de conocimiento mutuo y coordinación entre lo que puede ser desarrollo económico para el Estado y el desarrollo cultural y respeto para la comunidad protegida.

El Estado colombiano debe brindarle a las comunidades las medidas administrativas correspondientes cuando se vaya a ejecutar de una obra que pueda afectar su cultura, su bienestar y su territorio, ya sea esta realizada por una empresa privada (una explotación petrolera, por ejemplo) o una vía terrestre (ejecutada por el Estado colombiano). Es decir, que se debe exponer una Ley completa y que sea competente para que desde el principio cuente con el conocimiento sobre ellas, y que contenga cada uno de los pasos que hoy están establecidos en el Decreto 2613 de 2013, la Ley 21 de 1991 y toda la jurisprudencia existente, hasta el final, cuando existan diferencias entre el Estado, la comunidad y la empresa. Al respecto se señala que con la consulta previa se debe buscar:

Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

Y como ya se dijo antes, el vacío normativo consiste en que la comunidad no tiene una opción de veto para un proyecto cuando esta quiera negarse a la realización de una obra, así se lleve a cabo la consulta. La realización de la obra como tal, no es óbice para que la comunidad este o no de acuerdo, pero la ley no le permite negarse a brindar el permiso de ejecución. Hoy no existen unas condiciones expresas para la comunidad, ni existen los requisitos expresos al Estado para que, sin el cumplimiento de las condiciones de la comunidad o de los requisitos puestos por el Estado, se pueda negar o aceptar jurídicamente la explotación o ejecución de una obra.

En cuanto a los procesos de licencias ambientales, el artículo 1 del Decreto 1320 de 1998 señala que, para la explotación de recursos naturales, la consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio y las medidas propuestas para proteger su integridad. Por esta razón, los estudios de impacto ambiental deben contemplar entre otros, los aspectos sociales, culturales y ambientales como instrumento para la toma de decisiones, para la planificación ambiental y para definir las correspondientes medidas de prevención, corrección, compensación y mitigación de impactos y efectos negativos de un proyecto, obra o actividad.

El procedimiento de consulta previa expedido por el Gobierno nacional mediante Directiva Presidencial 10 del 27 de noviembre del 2013, en concordancia con el Decreto 2893 del 2011, ordena que el Ministerio de Interior por medio de la Dirección de Consulta Previa dirija, verifique, certifique, establezca directrices, asesore y coordine con la colaboración de la dirección de asuntos indígenas, rom y minorías, y de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y del Ministerio de Ambiente para garantizar la toma de decisiones en proyectos, obras o actividades que puedan afectar los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Hay que aclarar que el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas puede ser visto desde dos ámbitos: como un derecho procesal que presupone un requisito de procedibilidad previo a la realización de cualquier tipo de acto que pueda incidir en el

territorio indígena o que los pueda afectar en su identidad cultural y étnica, o como un derecho sustantivo, por medio del cual los pueblos indígenas puedan tener acceso a la participación informada de su desarrollo y a las interferencias que podrían afectarles negativa o positivamente. Esto significa que la consulta previa, como derecho fundamental, tiene la connotación procedimental administrativa de requisito *sine qua non* cuando se pretenda la realización de una obra, proyecto o actividad de infraestructura que pueda afectar directamente a las comunidades étnicas. De no realizarse este procedimiento, los actos administrativos que ordenan la obra, proyecto o actividad de infraestructura estarían viciados de nulidad absoluta (artículo 46, Ley 1437 del 2011).

La participación de los pueblos indígenas y afrodescendientes es necesaria para que puedan promover y defender sus derechos ante los distintos organismos. Para lograr una participación efectiva se deben reorganizar las instituciones del Estado y generar un proceso definitivo de la misma. Existen consideraciones que se deben tener en cuenta en la reglamentación del derecho fundamental a la consulta previa que obligan al Estado a proteger y garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales, por lo tanto el enfoque de la reglamentación, la necesidad del reconocimiento de las formas del derecho propio, la necesidad de un recurso, los principios a tener en cuenta, el deber de compensación, las instituciones a las que involucra y los ajustes institucionales, son necesarios para establecer la necesidad de coordinar entre las instituciones y los pueblos involucrados. De la misma forma, para hacer posible esta protección el Estado colombiano debe desarrollar programas especiales que garanticen el derecho a la participación, el consentimiento y el deber de consulta.

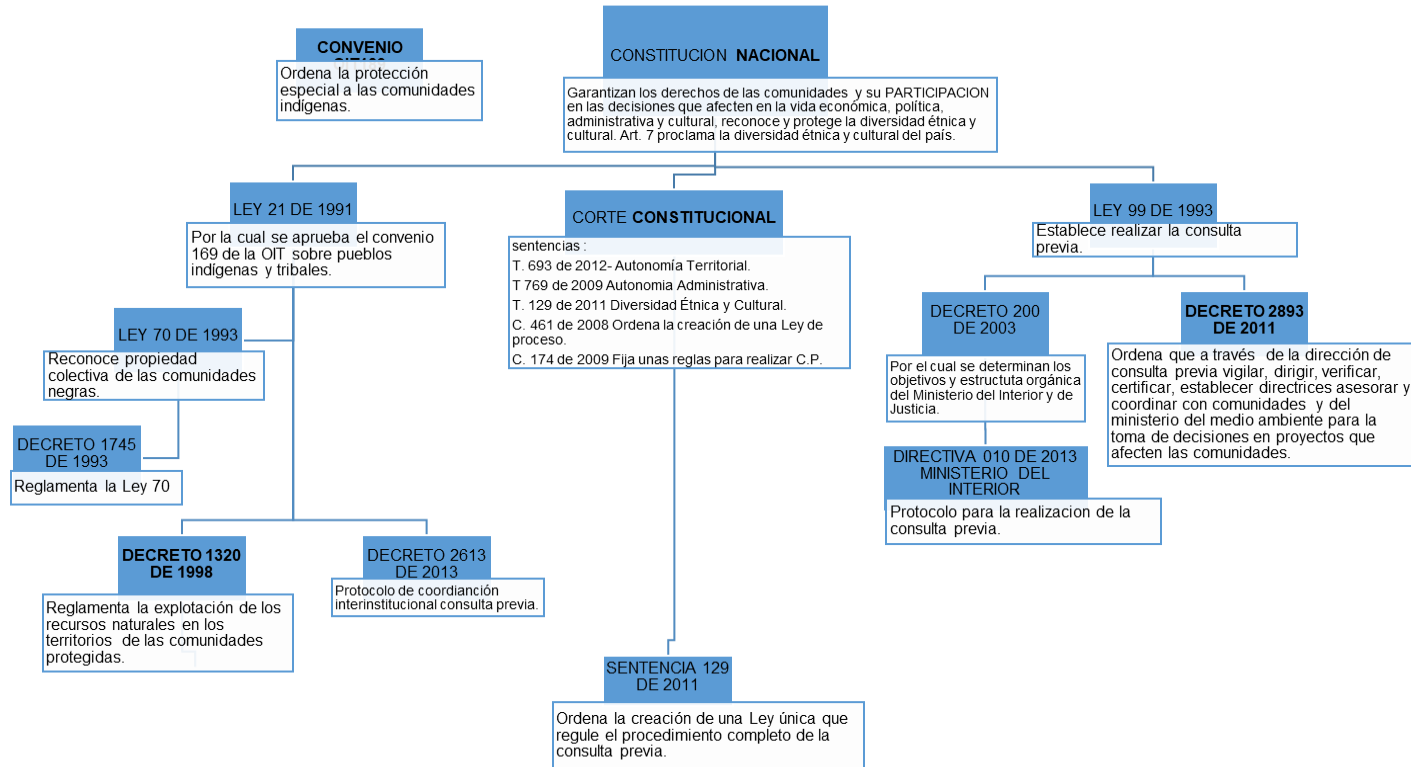
5.3.3. PROPUESTA DE PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA EN INTEGRACIÓN COMUNIDAD-EMPRESA-ESTADO

Luego de investigar y analizar la información, la documentación y la legislación sobre el tema se observa la existencia de vacíos para llevar a cabo de forma coherente lo que hoy se denomina como Consulta Previa, según lo establecido por la OIT, que ordena que se tengan consideraciones especiales con las comunidades de especial protección. Es

decir, dentro de lo que se ha legislado, se infiere que la Consulta Previa que hoy se lleva a cabo no obliga a que se respeten a las costumbres de las comunidades, solo hace que se le comunique y se le explique el proyecto que se va ejecutar, sin ningún vínculo u obligación de respeto alguno a la comunidad, bajo un protocolo de información mediante unos formatos fijados por el Ministerio del Interior y no importa que la comunidad sienta que se les vulnera sus derechos. Claramente hoy, la Consulta Previa en Colombia no obliga, solo exige que se realice una Consulta previa esteril.

Aunque esta falencia ha sido anotada por la Corte Constitucional, y mediante la Sentencia T-129 de 2011 ha exhortado al Congreso y a la Presidencia de la República la fijación de un procedimiento para la consulta previa en su resuelve decimoquinto para materializar el derecho fundamental a la consulta previa para hay brinde mayor claridad en cuanto al procedimiento a seguir (es decir, que expida una ley que reglamente en debida forma el deber ser de las comunidades, del Estado y del sector empresarial en relación con la actividad económica en los territorios de esta especial protección) el Gobierno nacional y el Congreso de la República han hecho caso omiso a esta necesidad planteada por las comunidades y por la Corte.

En la actualidad; lo que hoy tenemos como Consulta previa son unas leyes que no obligan a los actores a valorar siquiera a la Comunidad en sus costumbres, solo les exige que se realice una consulta tipo informativa a las Comunidades, veamos:



5.3.3.1 PROPUESTA

De todo lo anteriormente anotado y del estudio realizado se infiere que hoy el proceso de Consulta Previa en Colombia no obliga a los ejecutores de un proyecto en zona protegida a respetar costumbres de la comunidad protegida, solo exige que se comunique, por así decirlo, a la comunidad que esté asentada en el territorio que se vaya a realizar la actividad de exploración o explotación, sin perjuicio de que si por alguna razón la comunidad se opone, no haya forma de vetar dicha ejecución, por lo que es necesario que se determine por un Decreto reglamentario que organice de manera prolija toda la legislación existente, y se le incluya el elemento obligante con respecto al respeto de sus costumbres y demás establecidos por la comunidad así:

CONSULTA PREVIA

1- Actuaciones Administrativas

Solicitud: Ante el área de correspondencia interna, debe ser solicitada por la empresa, el Estado o en su defecto, la Comunidad de especial protección en la que se va desarrollar la actividad o el proyecto.

La empresa ejecutora debe describir el proyecto, el impacto del proyecto, el tiempo y/o plazo de ejecución del proyecto.

- 2- Todas las Comunidades de especial protección (Indígenas, Negras y Roms) estarán obligada a adoptar previamente mediante acto administrativo las condiciones, exigencias y requisitos que establezcan de forma clara, literal, objetiva y real; los requisitos hacia el respeto a su ancestralidad, costumbres, autonomía administrativa y educación, dichos actos deberán estar radicados con anterioridad en el Ministerio del Interior.

Posterior a esto, se asigna un revisor quien verifica que la solicitud y los anexos estén completos y cumplan con los requerimientos, luego de esta verificación se le asignará al funcionario o delegado de consulta previa.

- 3- **Trámite Administrativo de la Comisión:** El funcionario o delegado de consulta previa asignado, deberá verificar e identificar, conocer y/o solicitar el registro (tasa poblacional de la comunidad, caracterización) de las comunidades étnicas existentes en la zona, revisar el diagnóstico y cotejar los impactos positivos y/o negativos del proyecto presentado y la revisión de requerimientos de la comunidad.

Igualmente, este delegado pondrá en conocimiento a los entes de control (Procuraduría, Contraloría, Defensoría del Pueblo y ONGs asentadas en el territorio) para que dicten su concepto frente al tema, sin que este concepto sea obligatorio, sino con fines de conciliar de mejor manera el proyecto y las necesidades de la comunidad.

- 4- **Preconsulta:**

Presentación y Procedimiento: El delegado de consulta previa asignado, citara al representante de la comunidad étnica, a los representantes de la empresa, a los entes de control y a las ONGs que se encuentren asentados en el territorio, para darles a conocer el marco normativo y procedimiento de la Consulta Previa, en esta etapa se expondrán de manera breve el proyecto y los impactos (empresa) y las condiciones, exigencias y requisitos de las comunidades expuesta por el líder, además del concepto de los entes de control y las ONGs.

- 5- **Trámite y términos:** Durante los quince 15 días hábiles siguientes en los cuales se debe presentar el informe de análisis y balance técnicos, de impactos del proyecto, cumplimiento de requisitos legales al Estado y a la Comunidad de tiempos y posibles cumplimientos sobre necesidades básicas que serán satisfechas con el proyecto se establecerá su marco porcentual, el cual debe estar acompañado del informe del equipo técnico, el cual se trasladará a las partes.
- 6- **Metodología y Preacuerdos:** Entre las partes definirán la metodología para la presentación del proyecto a la comunidad, Verificar que se definan las medidas de manejo adecuadas para prevenir, corregir, mitigar o compensar las potenciales afectaciones que generará el proyecto y levantar acta de preacuerdo, acompañados del equipo técnico que dé las orientaciones necesarias y la viabilidad de los compromisos, el cual debe fijarse en un cronograma, estableciendo los compromisos a corto, mediano y largo plazo.
Autorización para la etapa de consulta previa.

CONSULTA PREVIA

- 7- **Presentación del Proyecto ante la comunidad:** Conforme el cumplimiento de los requisitos expuestos previamente por la comunidad, el impacto del proyecto, la conveniencia de la ejecución del proyecto o la necesidad planteada por el Estado y la verificación por parte de la comunidad del cumplimiento de las inquietudes, requisitos y demás expuestos previamente mediante el acto administrativo debido; la empresa expondrá ante la comunidad y una comisión designada por la dirección de consulta previa, el proyecto, los análisis de mitigación de daños o impactos negativos, el preacuerdo sobre los requerimientos de la comunidad y la satisfacción de las necesidades básicas, los tiempos de cumplimientos.
- 8- **Conceptos y planteamientos de la Comunidad**
Revisado todo el proyecto se levantará un acta de asistencia y el Representante Legal de la Comunidad debe brindar su concepto en nombre de la Comunidad exponiendo las razones basadas únicamente en los requisitos establecidos en el acto administrativo previamente presentado ante la comisión de consulta previa del Ministerio del Interior.
- 9- **Aprobación:** Finalmente la Comisión basado en las condiciones establecidas en el pliego de peticiones de respeto a la Comunidad y el cumplimiento y respeto a estos por parte de la empresa decidirá la aprobación del cumplimiento de las necesidades de la comunidad

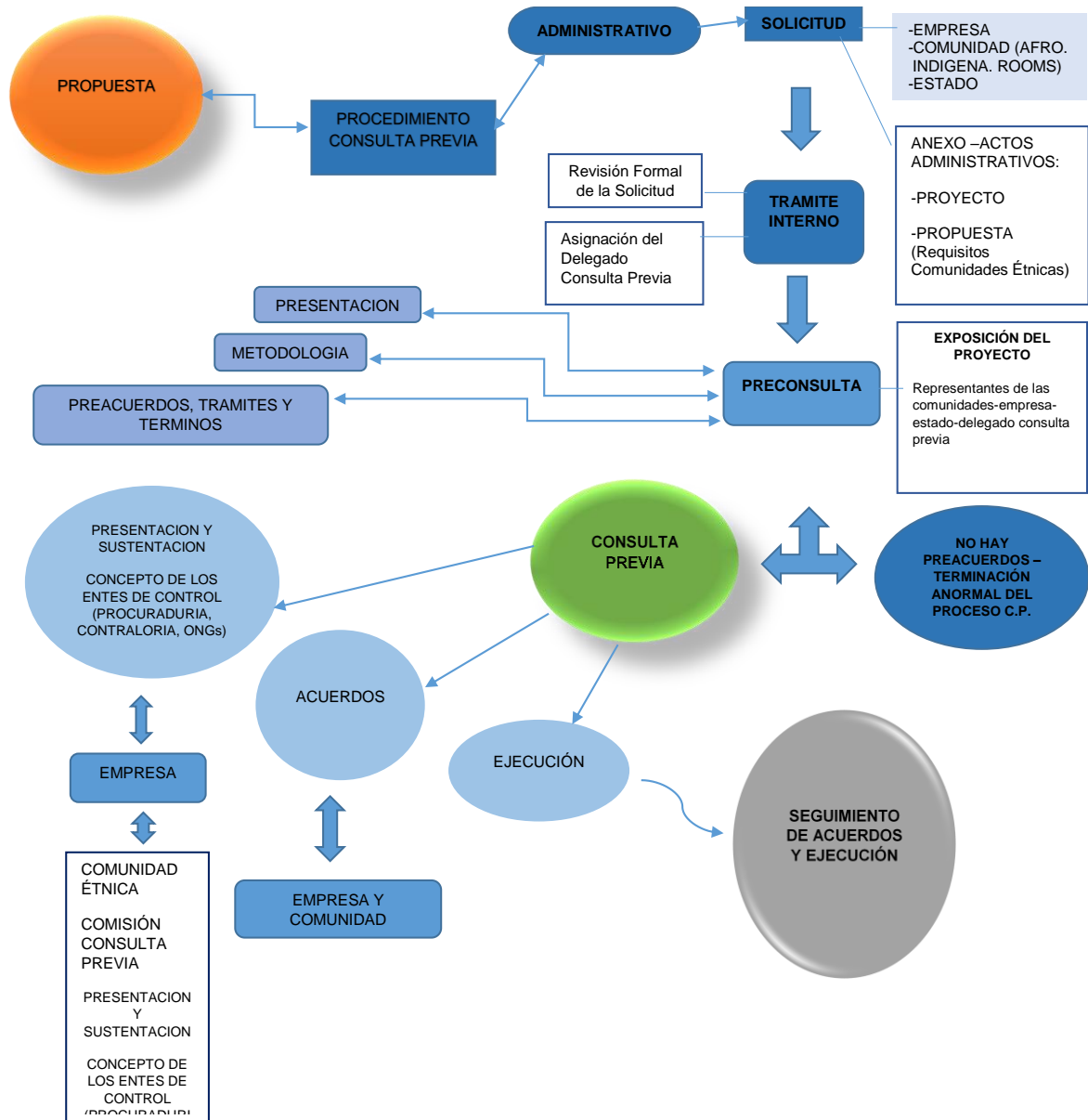
exponiendo razones y exhortando a las partes al cumplimiento estricto de los acuerdos y allí mismo se dejara ratificado o negado los preacuerdos, también se dará lugar a las modificaciones del acuerdo y negociación entre las partes, constando un acta final de acuerdo.

- 10- **El Acuerdo:** El escrito y acta de acuerdo debe ser presentado ante el director de consulta previa, quien revisará y analizará los compromisos pactados, verificará el cumplimiento de las etapas procesales y determinará la existencia o no de violaciones procesales o de derechos y aprobar los acuerdos, los cuales se publicarán y constarán en la base de datos para su seguimiento.
- 11- **Seguimiento de Acuerdos:** Una vez aprobados los acuerdos el director de consulta previa, asignara un funcionario a cargo del cumplimiento de los acuerdos y en caso de incumplimiento se activarán las pólizas de cumplimiento.
- 12- **Terminación anormal de la Consulta previa:** La Comunidad podrá en cualquier tiempo solicitar ante la comisión de consulta del Ministerio, la detención de la ejecución del proyecto en los siguientes casos; cuando no se acerque a la comunidad a exponer el proyecto y acordar ejecutar el proyecto conforme las costumbres, derechos, tradiciones y respeto al territorio y/o cuando luego de acordado con la comunidad el respeto a sus tradiciones, costumbres, derechos y territorio y luego en la ejecución se deje de dar cumplimiento a alguno de los puntos acordados, estos serán seguidos por la Comunidad y el delegado del Ministerio del Interior; esta comisión deberá comprobar esta petición y podrá ordenar el cumplimiento o la detención de la ejecución del proyecto.

Con la creación de este Decreto reglamentario, el Estado saldaría la deuda histórica con las comunidades, dado que le daría fuerza y mayor espectro a la legitimidad reconocida en sus territorios mediante las disímiles normas nacionales e internacionales que en últimas solo se han quedado en el papel y en muy pocos casos ha pasado a la realidad cuando se trata de respetar su voz y las manifestaciones de su voluntad al negarse a la explotación en sus territorios.

Esto supone que de alguna manera se salvaguardarían además de las costumbres, la explotación indiscriminada de los recursos naturales renovables y no renovables ya que hoy con el modelo actual se ha permitido que numerosos grupos de personas sean

víctimas de desplazamientos, muertes y enfermedades, originarias principalmente de las actividades que se han desarrollado en sus comunidades por el solo desarrollo de una obra o una explotación minera, por mencionar unos ejemplos, atraídos por los establecimientos de empresas nacionales e internacionales que se ubican en sus territorios sin el mínimo de respeto por la Comunidad ni el medio ambiente.



Caicedo Ayala J. (2019)

6. Objetivos

6.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar la estructura y el contenido del procedimiento de la consulta previa en Colombia como derecho fundamental, desde la relación comunidad, empresa y Estado.

6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- ✚ Describir la consulta previa en Colombia como derecho fundamental con base en la normativa y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- ✚ Estudiar la consulta previa desde los instrumentos internacionales.
- ✚ Establecer el procedimiento para la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa que integre a los actores comunidad, empresa y el Estado.

7. PROPÓSITO

Con esta investigación se buscó construir una propuesta de procedimiento que garantice el derecho fundamental a la consulta previa, que respete la memoria, la tradición, la cultura y el territorio de las comunidades afrodescendientes e indígenas; que no interfiera con la inversión empresarial ni estatal y que, consecuentemente, facilite el desarrollo económico, empresarial y social del país y que así mismo responda a una interrelación adecuada entre comunidad, empresa y Estado.

8. HIPÓTESIS

En Colombia fue adoptado el Convenio 169 de la OIT a la Constitución Política y se reglamentó mediante la Ley 21 de 1991, pero, a pesar de esto, no se ha regulado un procedimiento claro para la aplicación de la consulta previa; y ha sido la Corte Constitucional que ha ido formando un bloque de constitucionalidad que ha ido decantando la necesidad de que exista un decreto que reglamente, establezca y defina los parámetros para la ejecución de la consulta previa en Colombia, que inclusive, vaya más allá, cuando se enfrente a la posibilidad de que la comunidad, la empresa privada o el Estado, en otros casos, no logren ponerse de acuerdo, atendiendo a cada comunidad, cada empresa y además guarde armonía con el Estado guardando la debida relación entre respeto a costumbres y las prerrogativas y/o propenda por el desarrollo económico, social y estructural del país, es decir, que haya armonía entre lo que las comunidades quieren que se les respete, las condiciones que debe cumplir la empresa privada o el Estado mismo cuando vayan a realizar una explotación, una vía o cualquier actividad a desarrollar en un territorio de especial protección y lo que el Estado debe garantizar al país como desarrollo económico o estructural y el respeto a esas comunidades; todo este estudio y lo que la jurisprudencia ha ido desarrollando cada vez se ha solicitado la intervención de la Corte Constitucional, apunta a que la razón de tanta controversia radica en que no existe una regulación que nos concluya qué hacer o qué decisión tomar cuando hayan controversias profundas, lo que fuerza concluir que es imperativa la creación de una ley que regule el procedimiento para la consulta previa que acoja todo lo que se ha decantado por la jurisprudencia, la Ley 21 de 1991 y el Decreto 2613 del Ministerio del Interior y, finalmente, dicte las medidas que deben cumplir los actores para no se viole el derecho de ninguno, es decir, que nos diga cuándo afirmativamente hay concordancia entre lo que exige la comunidad y lo que concede el Estado o la empresa privada, las condiciones que se deben suplir para que no solo se respeten las costumbres de la comunidad, sino que se valore y cuide nuestro ecosistema.

9. METODOLOGÍA

9.1. TIPO DE ESTUDIO

Se desarrolló una investigación analítica-descriptiva que permitió la recopilación, análisis, procesamiento y valoración de fuentes de información secundaria, mediante la aplicación de instrumentos como la revisión bibliográfica, análisis de documentos históricos y caracterización de la información.

9.2. POBLACIÓN

Esta investigación, por tratarse de un análisis meramente jurídico y del impacto que genera en las distintas comunidades (negras e indígenas), Estado y la empresa privada, opta por el estudio generalizado en Colombia sobre el procedimiento de la consulta previa como derecho fundamental; y la interrelación de la consulta previa entre Estado-comunidades-empresa privada con asentamiento regional en el Chocó.

9.3. PLAN DE DATOS

Gestión del dato: se consultaron las diferentes bases de datos bibliográficas sobre el tema existentes en las bibliotecas de las universidades del área metropolitana de Medellín, tales como las de la Universidad de Medellín, Universidad de Antioquia, Universidad Pontificia Bolivariana y la Eafit. A su vez, se estudió la bibliografía disponible *online* de la Universidad del Rosario Bogotá, dada la tradición que muestra en el estudio del tema y la Biblioteca Luis Ángel Arango en Bogotá. También se examinaron los artículos publicados en revistas jurídicas de amplia circulación nacional e internacional, como Latindex, LEX Base y Dialnet.

Recolección de datos: se abordaron bases de datos con referencias bibliográficas que sobre la consulta previa se han escrito en el ámbito internacional y nacional; ante el Congreso de la República se examinaron las leyes que sobre el particular se han expedido; se analizaron los pronunciamientos más relevantes de la Corte Constitucional

y del Consejo de Estado, que en armonía con la Constitución Política se encuentran vigentes; conceptos de representantes de cada sector (Estado, comunidades afrodescendientes e indígenas y empresarios), que, mediante entrevistas acerca del tema, manifestaron sus apreciaciones y la forma como se ha venido implementando la consulta previa, como también la forma en que ellos consideran se debe adelantar dicho proceso.

El acopio y revisión de información real y suficiente sobre el derecho de consulta previa (convenios, sentencias, leyes, etc.) en el ámbito nacional e internacional, permitió al investigador un conocimiento amplio y objetivo del objeto de estudio, garantizando su transparencia.

9.4. PLAN DE ANÁLISIS

Después de hacer un rastreo en distintas bibliotecas y bases de datos de fuentes bibliográficas, entrevistar a expertos en el tema relacionado con la consulta previa, las actividades que se realizaron para el logro de los objetivos de la presente investigación, fueron las siguientes:

Se describió la forma como está concebido el procedimiento de la consulta previa en los ámbitos nacional e internacional, de manera que se pudiera tener una visión clara de la situación planteada.

Se identificó la aplicación del procedimiento de la consulta previa en países de América Latina (Venezuela, Brasil, Bolivia, Ecuador y Perú), apoyados en referentes en cada uno de estos países.

Se identificó la aplicación del procedimiento de la consulta previa por parte del Estado colombiano en el plano nacional, con el fin de detectar los efectos que sufren las comunidades indígenas y afrodescendientes ante este proceder.

Con fundamento en los resultados del procesamiento de los datos se estableció la forma adecuada y armónica de adelantar la consulta previa en las comunidades indígenas y afrodescendientes.

10. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Dando cumplimiento al propósito de la presente investigación y con el fin de analizar la estructura y el contenido del procedimiento de la consulta previa en Colombia como derecho fundamental, desde la relación entre comunidades, empresa y Estado, se realizó una exhaustiva revisión bibliográfica, análisis de documentos históricos y caracterización de la información relacionada con el tema.

- ✚ Describir la consulta previa en Colombia como derecho fundamental con base en la normativa y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Como derecho fundamental, encontramos que la consulta previa legalmente nace con el Convenio 169 de la OIT, el cual se toma como referente principal para vincular los derechos de las comunidades indígenas, negras y rooms; de ahí que haya sido ratificado por la Constitución Política de 1991, que en su artículo 8 establece la obligatoriedad del Estado para proteger las riquezas culturales y naturales de la nación. Luego fue reglamentado por la Ley 21 de 1991, la cual obliga al Estado colombiano a moldear la legislación e implementar mecanismos necesarios a partir de las disposiciones del convenio. De ahí que, cuando estas comunidades sienten vulnerados sus derechos, puedan dirigirse a la Corte Constitucional para exigir que se les respeten sus derechos, cosa que no ha sido ejecutada en su totalidad. Sin embargo, no obsta que las comunidades indígenas y afrodescendientes no tengan una garantía de protección no solo para su autonomía cultural sino también a que se le respete su territorio. Igualmente se ha desarrollado una amplia normatividad, acompañada de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina, en aras de garantizar una efectiva protección de sus derechos.

La necesidad de reglamentar la consulta previa ha sido solicitado al Estado colombiano por organismos internacionales como la OIT, a través del Convenio 169 y de algunas recomendaciones, al igual que lo ha hecho la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-129 de 2011, y en otras como la C-461 de 2008 y la SU-39 de 1997, entre otras, donde no solo se le reconoce como derecho fundamental, sino que sugieren la creación de una

ley estatutaria que reglamente y garantice el procedimiento en los casos que se lleve a cabo una consulta previa en una comunidad protegida.

Con base en las múltiples y reiteradas sentencias de la Corte Constitucional mediante las cuales se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa, este procedimiento ha sido reconocido como un derecho fundamental, y el Convenio 169 de la OIT se ha sumado al bloque de constitucionalidad; pero, además, la Corte Constitucional organización se ha pronunciado sobre el proceder de los órganos de control y vigilancia de la OIT:

Las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares. (Corte Constitucional, T-568 de 1999).

Igualmente, el Estado colombiano y el Gobierno nacional, en cumplimiento de las responsabilidades, competencias y funciones en cuanto al reconocimiento, garantía, protección y restablecimiento de los derechos de los pueblos indígenas de Colombia, ha delegado las responsabilidades en varias instituciones, de acuerdo a su función, y con base en el Plan de Desarrollo. Entre ellas, están: el Ministerio de Agricultura y las entidades adscritas a él que se encargan de formular, implementar y desarrollar el programa nacional para la constitución, ampliación y saneamiento de resguardos indígenas, mediante la habilitación de los recursos económicos, técnicos y logísticos necesarios para su realización; el Ministerio de Interior, que fue delegado para la protocolización de la consulta previa a través de la Mesa Nacional de Concertación con Pueblos Indígenas, la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras y la

Comisión Nacional de Diálogo con el Pueblo Gitano; el Ministerio de Justicia que se hizo cargo de los lineamientos jurídicos para la aplicación de la consulta previa; La Vicepresidencia de la República, que creó la Comisión Intersectorial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, y que, en coordinación con el Ministerio del Interior y de Justicia y la Comisión Nacional de Derechos Humanos para los Pueblos Indígenas, lidera el Programa de sensibilización, protección, prevención y garantía de los Derechos Humanos individuales, colectivos, territoriales; el Ministerio de Transporte, a través del Invías y la Aerocivil, que adelanta los convenios interadministrativos con los cabildos, autoridades y sus organizaciones, para garantizar el mantenimiento y la construcción de vías de comunicación; el Ministerio de Defensa que asume los procedimientos adecuados para la erradicación de cultivos de uso ilícito, y que garantiza los procesos de consulta previa y participación y compensación en los casos que sea necesario; El Ministerio de Educación Nacional quien asume la definición de la ruta jurídica, en el marco de la consulta previa y en aprobación de la Mesa Nacional de Concertación. Los avances que se han realizado en el proceso de la consulta previa han quedado establecidos en el Decreto 2500 de 2010.

✚ Estudiar la consulta previa desde los instrumentos internacionales.

Después de describir y caracterizar ampliamente la consulta previa, se hizo un estudio de los instrumentos internacionales relacionados con ella, obteniendo lo descrito a continuación:

Dentro de los organismos internacionales que se han manifestado al respecto a nivel internacional tenemos: las Naciones Unidas, que decide en el año 2007 pronunciarse sobre los derechos de los pueblos indígenas, y el documento a través del cual lo hace se constituye en el instrumento internacional por excelencia para la defensa de los derechos de las comunidades étnicas.

De igual manera el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) a través de sus recomendaciones ha buscado proteger a los pueblos indígenas instando a los Estados a crear marcos legislativos adecuados sobre sus derechos a las tierras y recursos.

Por otra parte, la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha buscado proteger la supervivencia de la comunidad, la propiedad comunitaria de la tierra y el uso de los recursos naturales, así como el consentimiento informado y la participación de los pueblos, tanto en proyectos de desarrollo de sus tierras y recursos, como cuando se trate de reasentamientos.

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano judicial se encarga de resolver los casos que ante esta sí se presenten en materia de derechos humanos, y ha emitido valiosa jurisprudencia en casos donde se presenten menoscabos a los derechos tales como la consulta previa.

También se han creado instrumentos internacionales fundamentales para el reconocimiento de este derecho fundamental, como por ejemplo: el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- ✚ Identificar el procedimiento adecuado para la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa que integre a los actores comunidad, empresa y Estado.

Para finalizar esta exposición de resultados se identificó el procedimiento adecuado para la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa, el cual integra a los actores comunidad, empresas y Estado.

No existe ninguna ley que exprese un procedimiento claro cuando se vaya a explotar una zona protegida por la Ley 21 de 1991. Es por esto que en Colombia se debe adoptar un procedimiento apropiado que sea una guía clara cuando se deba consultar con las comunidades protegidas. Por el momento, la Presidencia de la República ha adoptado el Protocolo de Coordinación Interinstitucional Para la Consulta Previa a través del Decreto 2613 de 2013, en el cual se establecen cinco etapas para la realización de consulta previa en comunidades étnicas:

- ✓ Certificación presencia comunidades
- ✓ Coordinación y preparación

- ✓ Pre consulta
- ✓ Consulta previa
- ✓ Seguimiento de acuerdos

El Ministerio del Interior tiene cinco pasos que deben llevarse a cabo para la realización de la consulta previa, que son los siguientes:

- ✓ Radicar la solicitud
- ✓ Recibir solicitud en la Dirección
- ✓ Asignar el trámite
- ✓ Plan de trabajo
- ✓ Realizar reunión de coordinación y preparación.
- ✓ Elaborar la agenda y autorizar la Comisión para las diferentes etapas del proceso de consulta previa (pre-consulta, apertura, análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, formulación de acuerdos, protocolización de acuerdos, seguimiento de acuerdos y cierre).
- ✓ Convocar a reunión para las diferentes etapas del proceso de consulta previa (pre-consulta, apertura, análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, formulación de acuerdos, protocolización de acuerdos, seguimiento de acuerdos y cierre).
- ✓ Realizar la reunión de pre-consulta y apertura
- ✓ Realizar la reunión de análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo
- ✓ Realizar la reunión de formulación de acuerdos
- ✓ Realizar la reunión de protocolización de acuerdos

- ✓ Realizar la reunión de Seguimiento de acuerdos
- ✓ Realizar la reunión de cierre de consulta
- ✓ Legalizar la comisión de las reuniones en las diferentes etapas del proceso de consulta previa (pre-consulta, apertura, análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, formulación de acuerdos, protocolización de acuerdos, seguimiento de acuerdos y cierre).

Se puede observar que este Decreto no es obligante, solo es consultivo; es decir no luego de establecerse el proceso de adopción del a consulta previa, queda claro que no importa si la comunidad está de acuerdo o no con las características de la explotación; y tampoco no importa si con esta actuación se violan sus costumbres; ya que este Decreto no establece la obligación de adoptar las exigencias que haga la comunidad sobre el proceso. Cuando la empresa o el estado no cumplen con las características de respeto a las costumbres y demás exigencias, las comunidades debe en iniciar una gestión de reclamo ante el Estado. Con ello se concluye que la consulta previa es un “saludo a la bandera”, pues no respeta la voluntad de las comunidades, pues en el de consulta previa solo existe obligación de consultar, no es necesario que la comunidad apruebe, solo que esté informada.

Como corolario de lo anterior, se infiere que en Colombia no existe un procedimiento claro, unificado y de obligatorio cumplimiento para las empresas o el Estado cuando pretenden explotar recursos naturales renovables y no renovables en los territorios de comunidades protegidas. Por tanto, es menester que la legislación colombiana dicte una ley de procedimiento que se ciña a una política clara frente a la consulta previa; ya que, como se dijo antes, en muchos casos solo se surte como un mero procedimiento para informar a las comunidades, desconociendo su voluntad y sus derechos. Se debe crear entonces una ley que regule de manera clara y concisa el procedimiento de la consulta previa. Dicha ley deberá contener aspectos tan importantes como:

- ✓ Definir claramente los objetivos y alcance de la ley

- ✓ Ámbito de la aplicación que defina claramente quiénes son las comunidades raizales y los pueblos indígenas en Colombia, sus orígenes, características y ubicación; tal como lo establece la Ley 21 de 1991 y 70 de 1993.
- ✓ Determinar principios fundamentales como transparencia, bilingüismo, tener en cuenta las particularidades culturales, integralidad, garantías de la participación, equidad y debe estar siempre enfocado al beneficio colectivo.
- ✓ Establecer quiénes participaran del proceso de consulta previa, tanto autoridades institucionales del Estado como la de los pueblos indígenas y raizales; así como su aplicación en el orden nacional, regional, departamental o municipal.
- ✓ Fijar las responsabilidades de los actores tanto institucionales como de las comunidades.
- ✓ Obligaciones de las partes, comunidad e institución gubernamental.
- ✓ Ordenar la presencia de los entes de control y la Defensoría del Pueblo en todo el proceso a realizar.
- ✓ Crear un ente institucional que faculte la organización y realización de las consultas a las comunidades.
- ✓ Establecer la estructura, los objetivos, los procedimientos y el funcionamiento del ente institucional a crear, así como garantizar su financiación.
- ✓ Dentro de los procedimientos a establecer en la nueva institución se deben definir unas actividades esenciales como: solicitud de realización de consulta previa, plan de acción, cronograma y presupuesto.
- ✓ Tener definidas unas etapas para la realización del proceso de consulta previa: preconsulta, reuniones con la comunidad para identificar los aspectos fundamentales de los impactos, realización y protocolización de los acuerdos y por último seguimiento al cumplimiento de dichos acuerdos.

- ✓ Establecer las sanciones por el incumplimiento de los acuerdos de cualquiera de las partes.
- ✓ Describir la consulta previa en Colombia como derecho fundamental con base en la normativa y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- ✓ Estudiar la consulta previa desde los instrumentos internacionales.
- ✓ Establecer mediante una ley de procedimiento para que se cumplan todos los requisitos antes plasmados; se estructure el procedimiento adecuado para la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa que integre a los actores comunidad, empresa y el Estado donde se aclaren las condiciones que deben tener cada uno de los actores para que dentro de la consulta se defina si hay lugar a la explotación porque la empresa o el estado cumpla y respete los derechos asentados en las comunidades, o si también las comunidades exigen derechos válidos encuadrados dentro de lo que se tendrían como requisitos a respetar a favor de ellos.

11. CONCLUSIONES

- ✚ Describir la consulta previa en Colombia como derecho fundamental con base en la normativa y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La consulta previa en Colombia se valora hoy como un derecho fundamental, pues se ha instituido en nuestra Constitución Política, en su artículo 8, donde reza: “es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales de la Nación”, acogiendo de esta forma el Convenio 169 de la OIT, y respetando a las comunidades negras, indígenas y rooms desde lo fundamental.

Luego de que se introdujo en nuestra Carta Magna, este derecho que le corresponde a las comunidades de especial protección (indígenas, negras y rooms), la Honorable Corte Constitucional la arropa por medio de sentencias; entre las más relevantes la SU-039 de 1997, que estructura la consulta previa en Colombia como derecho fundamental, estableciendo la cultura, costumbres y demás, como fundamentalmente respetable; la sentencia de la Corte Constitucional T-461 de 2008, que le ordena al congreso crear una ley de procedimiento en cuanto a la consulta previa se refiere; la T-769 de 2009, que obliga a respetar la autonomía administrativa que tienen las comunidades protegidas; igualmente tenemos la T-129 de 2011, que se encarga de establecer la autonomía cultural, como fundamental; la 693 de 2012 que les concede el respeto constitucional al territorio que se encuentren asentados todas las comunidades tratadas en esta investigación.

De todo lo anterior se infiere que en Colombia se brinda respeto y cuidado a las comunidades negras, indígenas y rooms, desde la constitución, a través de esta nuestra ley madre, la cual es la salvaguarda natural de aquella, la Corte Constitucional, con especial concordancia jurídica.

Vale destacar que a pesar de que la consulta previa está encuadrada en nuestra Carta Política y cubierta por la Corte Constitucional, a la fecha el Congreso de la República se encuentra en deuda con estas comunidades, pues muy a pesar de haber sido acogido el Convenio 169 de la OIT y que nuestra Honorable Corte Constitucional ordenó la creación

de una ley que fomente el procedimiento de principio a fin en este tema, a la fecha dicha Ley no se ha sido emitida por el cuerpo legislativo.

- ✚ Estudiar la consulta previa desde los instrumentos internacionales.

En esta investigación se estudió desde la génesis la consulta previa, que en Colombia se establece a partir del Convenio 169 de la OIT, y se analizó la legislación. A sí mismo se mostraron las manifestaciones pertinentes a nivel internacional donde se decanta que en Colombia es donde más se ha judicializado sobre el tema, toda vez que nuestra Corte Constitucional ha dictado sendas sentencias, salvaguardando los derechos reconocidos a las comunidades negras, indígenas y romos, basadas en el respeto ordenado por los organismos y las organizaciones internacionales, inclusive acogiendo cuando es necesario legislación de todos los países que frente a este tema se han pronunciado.

- ✚ Identificar el procedimiento adecuado para la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa que integre a los actores comunidad, empresa y el Estado.

Esta investigación no deja lugar a dudas en cuanto a que, muy a pesar de la cantidad de normas, e la legislación y jurisprudencia que hay en el país con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de las comunidades negras, indígenas y rooms, no existe una ley concisa que determine un procedimiento claro en todo el territorio colombiano cuando se vaya a explotar una zona que este habitada por las comunidades protegidas. Por ello, se concluye la necesidad de que exista la obligatoriedad de acoger un procedimiento que decante los problemas que surgen en cada consulta previa que se realice, ya que lo que se realizar hoy como consulta previa no obliga, solo pide que se consulte, sin importar qué exigencias deba haber por parte de las comunidades. Igualmente, tampoco se plantea una ruta de consideraciones a tomar por el Estado o una empresa que quiera desarrollar un proyecto en un territorio protegido por los derechos que le asisten a estas comunidades. De todo esto se se concluye que la consulta previa es una simple “consulta” que no soluciona los posibles inconvenientes que puedan surgir porque no hay una hoja de ruta que direcciona las controversias que se puedan presentar.

En conclusión, es menester crear esta ley sustancial que direcciona un procedimiento claro, unificado que recoja las necesidades de las comunidades, del Estado y de las empresas.

12. RECOMENDACIONES

De esta investigación bibliográfica y jurisprudencial se puede colegir que:

Al ser Colombia un Estado social de derecho, ha adoptado el Convenio 169 del 27 de junio de 1989 de la OIT, a través del cual los pueblos indígenas y tribales, se convierten en titulares de los derechos en fundamentales como comunidades de especial protección. Mediante la Ley 21 de 1991 y la Ley 70 de 1991, y el estudio amplio de la Corte Constitucional, que con cada sentencia ha hecho respetar el carácter de fundamental a cada una de las costumbres, educación y actividades que se realizan en los territorios que se encuentran concentradas estas comunidades de especial protección, se ha reconocido su autonomía territorial, cultural y administrativa. Es pues urgente la creación de la ley sustancial que ordene el principio y el fin de cada consulta previa, dictando conclusiones inclusive cuando haya controversias entre el Estado, la empresa y la comunidad.

Luego de lo anteriormente investigado, estudiado y explicado queda claro que es importante y necesario la creación de una ley procedimental que contenga las pautas que deben ser desarrolladas en el ejercicio completo de toda la actividad de la consulta previa, que enmarque la pre consulta, la consulta previa y el consentimiento de los grupos étnicos, así como las condiciones y requisitos que debe cumplir la empresa privada y el Estado en este contexto y, finalmente, los parámetros para que finalmente se conceda un permiso de explotación acorde al desarrollo que el Estado necesite, que no viole las costumbres, ancestralidad y territorio de las comunidades especialmente protegidas. De esta manera, la consulta previa no será un “saludo a la bandera” para los negros o indígenas y sería un tema concertado y definido por la ley de manera literal y expresa, atendiendo inclusive a cada comunidad en sus costumbres y actividades.

Esta ley deberá hacerse acudiendo a las comunidades de especial protección asentadas en el país, pues se evidenció que cada comunidad indígena, negra y rom asentada en las zonas pacífica, caribe, centro, oriente o sur del país tiene sus propias costumbres, acento y dialecto. Por esta razón se recomienda la realización de una consulta previa que recoja cada una de las costumbres y necesidades para que se organice este código

de procedimiento acorde a todo el territorio colombiano y, obviamente, debe haber representación de la empresa privada en Colombia y del Estado.

13. ÉTICA

Para efectos de su realización la presente investigación se encuentra soportada por los principios éticos de confidencialidad, respeto a la diferencia, derechos de autoría y propiedad intelectual. Los datos e información obtenidos de informantes y comunidades han sido manejados con absoluta precaución al igual que la información que se presente como soporte para la investigación.

Para el desarrollo de este estudio se guardó prudencia y absoluto respeto a las prácticas, tradiciones, cultura y cosmovisión de las comunidades estudiadas y visitadas, entendiendo que la diferencia es un derecho de todo ciudadano y constituye una de las riquezas culturales más importantes del país.

Finalmente, se reconocen los derechos de autoría y propiedad intelectual de los textos orales o escritos, documentos de todo tipo y productos culturales que fueron consultados y utilizados para el desarrollo de este estudio.

14. BIBLIOGRAFÍA

- ACNUDH-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (2017). Naciones Unidas de los derechos humanos. Recuperado de:
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Agredo, G. A. (2006). El territorio y su significado para los pueblos indígenas. *Revista Luna Azul* (23), 28-32.
- Aguilar, V., Lopresti, M. A., Uzcátegui, R. y Rendón, L. (2016). *Situación del derecho a la consulta previa en Venezuela. Laboratorio de paz*. Recuperado de:
<http://www.derechos.org.ve/pw/wp-content/uploads/Informe-Consulta-Previa.pdf>
- Aguirre, Á. (1982). *Conceptos claves de antropología cultural*. Madrid, España: Daimon
- Antón, J., Bello, Á., Del Popolo, F., Paixão, M., y Rangel, M. (2009). *Afrodescendientes en América Latina y el Caribe: del reconocimiento estadístico a la realización de derechos*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Arévalo, A. A. (mayo de 2014). El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en derecho internacional. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*.
 Recuperado de:
https://www.researchgate.net/publication/264547331_El_derecho_a_la_consulta_previa_en_derecho_internacional
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia 1991*.
 Recuperado de: www.alcaldiabogota.gov.co
- Asamblea Nacional Constituyente (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Recuperado de:
http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (2005). *Ley orgánica de pueblos y comunidades indígenas*. Recuperado de:

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Pueblos_indigenas/ley_organica_indigena_ven.pdf

Banco Mundial (2015). *Latinoamérica indígena en el siglo XXI*. Recuperado de:

<http://documents.worldbank.org/curated/en/541651467999959129/pdf/98544-WP-P148348-Box394854B-PUBLIC-Latinoamerica-indigena-SPANISH.pdf>

Barth, F. (1969). *Los grupos étnicos y sus fronteras. La organización social de las diferencias culturales*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica

Betancur, A. C. (2014). *La consulta previa a los pueblos indígenas: de la participación democrática a la expropiación de territorios*. Recuperado de:

http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/index.php?option=com_content&view=article&id=344:la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-de-la-participacion-democratica-a-la-expropiacion-de-territorios&catid=55:consulta-previa&Itemid=121

CEDR (1997). *Recomendación General Nº. 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas*. Centro de Políticas Públicas. Recuperado de:

<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/onudh/cedr/231-normas/345-cedr-recomendacion-23.html>

Congreso de Colombia (1993). *Artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Ley 70 de 1993*. Recuperado de: [https://www.mininterior.gov.co/la-](https://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/ley-70-de-1993-agosto-27-por-la-cual-se-desarrolla-el-articulo-transitorio-55-de-la-constitucion-politica)

[institucion/normatividad/ley-70-de-1993-agosto-27-por-la-cual-se-desarrolla-el-articulo-transitorio-55-de-la-constitucion-politica](https://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/ley-70-de-1993-agosto-27-por-la-cual-se-desarrolla-el-articulo-transitorio-55-de-la-constitucion-politica)

Congreso de la República (2011). *Ley 29785: ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios*. Recuperado de:

<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/Ley-N---29785-Ley-del-derecho-a-la-consulta-previa-a-los-pueblos-ind--genas-originarios-reconocido-en-el-Convenio-169-de-la-Organizacion-Internacional-del-Trabajo-OIT.pdf>

Congreso de la República (2011). *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT*. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7642.pdf?view=1>

Congreso Nacional (1991). *Ley 1257 de 1991*. Recuperado de: <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-1257.xhtml>

Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca del Río Amazonas (Coica) (2016). *III cumbre amazónica: catástrofe climática, Amazonia viva y alternativas indígenas*. Recuperado de: <http://coica.org.ec/iii-cumbre-amazonica-catastrofe-climatica-amazonia-viva-y-alternativas-indigenas/>

Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca del Río Amazonas (Coica). (2016). *Informe comparativo sobre el desarrollo de los derechos a la consulta previa, territorio, salud, educación, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Venezuela y Perú. Perú: Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2017-04836*.

Corte Constitucional de Colombia (2011). *Sentencia de Tutela 129 consulta previa a comunidades étnicas en proyecto construcción de carreteras, interconexión eléctrica binacional y concesión de minas en Chocó, T-2451120 (Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional)*.

Corte Constitucional. (2011). *Diversidad étnica y cultural-protección constitucional / multiculturalidad y minorías-protección constitucional*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2005). *Comunidad indígena yakyé axa vs. Paraguay*. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=258&lang=es

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2017). *Pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Recuperado de:

http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=206&lang=es

De Oca, R. M. (2016). La consulta previa a los pueblos indígenas y el Arco Minero del Orinoco. *El Libertario*, p. 1.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2005). *Colombia una nación multicultural: su diversidad étnica*. Recuperado de: https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf

Departamento Nacional de Planeación (2010). *Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014: Prosperidad para todos*. Recuperado de: <http://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/PND-2010-2014/Paginas/Plan-Nacional-De-2010-2014.aspx>

Departamento Nacional de Planeación (2011). *Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 Tomo I*. Recuperado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND2010-2014%20Tomo%20I%20CD.pdf>

Diez, L. (2009). Cartilla informativa: ¿Por qué protestan los pueblos indígenas? *Forum Solidaridad Perú*. Recuperado de: <http://www.psf.org.pe/institucional/2009/05/cartilla-informativa-por-que-protestan-los-pueblos-indigenas/>

DPLF y Redacción Internacional (11 de agosto de 2015). *¿Se cumple la consulta previa?*

Due Process of Law Foundation (DPLF) y Rede de Cooperação Amazônica (RCA). (2016). *Derecho a la consulta y consentimiento de pueblos indígenas, quilombolas y comunidades tradicionales*. Brasilia y Washington, D. C. Ed. Luis Donisete Benzi Grupioni.

Garavito, C. R., Morris, M., Orduz, N., y Buriticá, P. (2010). *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. *Observatorio de Discriminación Racial. Justicia Global y Derechos Humanos*. Recuperado de:

https://www.researchgate.net/publication/267399500_2_La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas_los_estandares_del_derecho_internacional

Herrera, B. (2013). Bienvenidas las diferencias: a celebrar la multiculturalidad.

Portafolio. Recuperado de: <http://www.portafolio.co>:

<http://www.portafolio.co/tendencias/bienvenidas-diferencias->

<http://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/es/areas-de-trabajo/practicas-culturales/grupos-etnicos>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-

Ministerio de Ambiente (2013). Decreto 2013 del 2013. Recuperado de:

http://www.minambiente.gov.co/images/normativa/decretos/2013/dec_2613_2013.pdf

Ministerio de Cultura de Perú. (s. f.). *Etapas del proceso de consulta previa*.

Recuperado de: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/el-proceso/>

Ministerio de la Agricultura y Desarrollo Rural. (1995). Decreto 1745 de 1995.

Recuperado de:

<https://www.minagricultura.gov.co/Normatividad/Decretos/Decreto%201745%20de1995.pdf>

Ministerio del Interior (1998). Dirección de asuntos indígenas, rom y minorías-Dirección de Consulta Previa. Decreto 1320 de 1998. Recuperado de:

<https://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/decreto-1320-de-1998>

Ministerio del Interior (s.f.). *Procedimiento para Coordinar la Consulta Previa AN-CP-P2*

V6. Recuperado de: <https://www.mininterior.gov.co/content/procedimiento-para-coordinar-la-consulta-previa-cp-p2-v6>.

Ministerio del Interior (1998). Decreto 1320 de 1998. Recuperado de:

http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/co-decreto-1320-98-consulta-previa-indigenas-_2.pdf

Ministerio del Interior. (2011). *Apuntes sobre la consulta previa con grupos étnicos*.

Recuperado de:

https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/apuntes_sobre_consulta_previa_con_grupos_etnicos.pdf

Ministerio del Interior. (2013). *Consulta previa, un derecho de los grupos étnicos*.

Recuperado de:

http://www.upme.gov.co/Memorias%20Convocatoria%20Redes%20de%20Alto%20Voltaje/MININTERIOR_CONSULTA-PREVIA.pdf

Naciones Unidas (ONU) (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Recuperado de: <http://www.un.org>:

http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Naciones Unidas de los Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado (2017).

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial-CERD. Recuperado de:

<http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx>

Naciones Unidas de los Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado (1966).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de:

<http://www.ohchr.org>:

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Observatorio Boliviano de los Recursos Naturales CEADL-OBRN (2010). *Especial*

consulta previa. Recuperado de: [http://recursosnaturales-](http://recursosnaturales-ceadl.blogspot.com/search?q=consulta+previa)

[ceadl.blogspot.com/search?q=consulta+previa](http://recursosnaturales-ceadl.blogspot.com/search?q=consulta+previa)

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1945). *La organización*. Recuperado de:

<http://www.un.org/es/about-un/index.html>

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2014). *Aplicación de la declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Recuperado de:

<https://www.un.org/esa/socdev/publications/Indigenous/Handbook/ES.pdf>

- Organización de los Estados Americanos (2009). *Constitución Política del Estado (CPE)*. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). *Convención americana sobre derechos humanos (pacto de San José)*. Departamento de Derecho Internacional Secretaría de Asuntos Jurídicos. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (2017). *Organización de Estados Americanos ¿Quiénes somos?* Recuperado de: http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1957). *Convenio 107 sobre pueblos indígenas y tribales*. Ginebra.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1989). *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/CONVENIO%20169%20DE%20LA%20OIT.%20SOBRE%20PUEBLOS%20INDIGENAS%20Y%20TRIBALES%20EN%20PAISES%20INDEPENDIENTES.php>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1989). *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales*. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2017). *Acerca de la OIT*. Recuperado de: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--es/index.htm>
- Pontificia Universidad Javeriana (s.f.). *Diplomado presencial. Consulta previa y metodologías de la interculturalidad: política, sociedad y teología*. Recuperado de:

<http://www.javeriana.edu.co/documents/16817/1375905/Consulta+Previa+y+Metodologias+de+la+Interculturalidad.pdf/0064cfe0-f549-4d31-8389-2ecd8e8328e7>

Presidência da República. *Decreto 4887* (20 de noviembre del 2003). Recuperado de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm

Presidência da República. *Decreto 6040* (7 de febrero del 2007). Recuperado de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm

Presidência da República. *Decreto 7747* (5 de junio de 2012). Recuperado de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7747.htm

Programa presidencial para la formulación de estrategias y acciones para el desarrollo de los pueblos indígenas (2012). *Ley 21 de 1991. Declaración de las Naciones Unidas*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa (2013). *Promoviendo la implementación del derecho a la consulta previa*. Recuperado de: [/www.consulta-previa.org.pe/](http://www.consulta-previa.org.pe/)

Ramírez, M. A. y Giraldo, O.M. (2017). Consulta previa y proyecto de ley en materia de consulta previa: Vulneración del derecho fundamental en Colombia. *Revista Criterio Libre Jurídico* (14-1), 3-229. Recuperado de: <https://doi.org/10.18041/1794-7200/criteriojuridico.2017.v14n1.1600>

Rodríguez, G. A. (2014). *Colección Diversidad Étnica y Cultural. De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas de Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Rodríguez, G. A.; Albán, D. y Moncayo, H. (2015). *Las rutas de la consulta. Una discusión sobre la reglamentación de la consulta previa, libre e informada*. Bogotá: ILSA.

- Sanborn, C., Hurtado, V. y Ramírez, T. (2016). *La consulta previa en el Perú: avances y retos*. Lima: Universidad del Pacífico. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/11354/1195>. (1.ª ed.)
- Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte-Alcaldía Mayor de Bogotá (2013). *Grupos étnicos*. Recuperado de: <http://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/es/areas-de-trabajo/practicas-culturales/grupos-etnicos>
- Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C. (1995). *Capítulo III de la Ley 70 de 1993*. Recuperado de: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7389>
- SIMCI-UNODC (2006). *Sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos*. Recuperado de: <https://www.unodc.org/colombia/es/simci/publicaciones.html>
- Swepston, L., y Tomei, M. (1996). *Los pueblos indígenas y tribales. Una guía a la aplicación del Convenio 169*. Ginebra: OIT.
- Tribunal Constitucional (2006). *Sentencias de inconstitucionalidad N.º 0045/2006, 2005-12440-25-RDI*. Recuperado de: <http://www.derechoteca.com/gacetabolivia/sentencias-inconstitucionalidad-publicadas-en-gaceta-oficial-3072-del-04-marzo-2008/>
- Universidad del Rosario (2015). *¿Qué es la consulta previa? Cátedra Viva Intercultural*. Recuperado de: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/La-Consulta-Previa/Que-es-la-Consulta-Previa/>
- Vallenas, K., Pautrat, L. y Samaniego C. (2012). *Análisis de la Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas, y criterios para su implementación en el contexto del debate del proyecto de ley forestal y de fauna silvestre*. Sociedad Peruana de Ecodesarrollo. Recuperado de: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/13602.pdf>
- Vicepresidencia de la República (2012). *Programa presidencial para la formulación de estrategias y acciones para el desarrollo*. Recuperado de:

<http://www.vicepresidencia.gov.co/programas/Documents/Plan-nacional-desarrollo-2010-anexo-acuerdos-pueblos-indigenas.pdf>

Sentencias de la Corte Constitucional

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-030, expediente D-6837. (23 de enero del 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-169 (14 de febrero de 2001)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-175, expediente D-7308 (18 de marzo del 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-196, expediente LAT-371 (14 de marzo del 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-239, expediente D-8638 (22 de marzo del 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-366, expediente D-8250 (11 de mayo de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-461, expediente D-6984 (14 de mayo del 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-615, expediente LAT-335 (2 de septiembre del 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-702, expediente D-7988 (6 de septiembre del 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-891, expediente D-4022 (22 de octubre del 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-941, expediente LAT-360 (24 de noviembre del 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039, expediente T-84771 (3 de febrero de 1997).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 (03 de marzo de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-348 (15 de mayo del 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-693, expediente T-2.291.201 (23 de septiembre del 2011).

Corte Constitucional. Demanda de inconstitucionalidad del Estatuto de Desarrollo Rural, expediente D-7308 (18 de marzo del 2009).

valmarjc@gmail.com