

# LAS RUTAS DE LA CONSULTA

Una discusión sobre la reglamentación  
de la consulta previa, libre e informada

Gloria Amparo Rodríguez  
Daniela Albán Domínguez

Héctor-León Moncayo S.  
Coordinador





# **Las rutas de la consulta**

**Una discusión sobre la reglamentación  
de la Consulta previa, libre e informada**



# Las rutas de la consulta

Una discusión sobre la reglamentación de  
la Consulta previa, libre e informada

Gloria Amparo Rodríguez  
Daniela Albán Domínguez

Héctor-León Moncayo  
Coordinador



### **Las rutas de la consulta**

Una discusión sobre la reglamentación de la Consulta previa, libre e informada

### **Gloria Amparo Rodríguez**

Profesora Titular, Directora del Grupo de Investigación en Derecho Público y de la Línea de Investigación y Especialización en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: gloria.rodriguez@urosario.edu.co

### **Daniela Albán Domínguez**

Investigadora de ILSA. Abogada candidata a magíster en Comunicación y Medios de la Universidad Nacional de Colombia

### **Héctor-León Moncayo (Compilador)**

Instituto Latinoamericano para una sociedad y un derecho alternativos, Ilsa  
Calle 38 N°6- 45, Bogotá, telf.: 287 47 72  
Rights and resources RRI  
[www.rightsandresources.org](http://www.rightsandresources.org)

Bogotá D. C., Colombia, diciembre 2015

ISBN 978-958-8341-64-4

Diseño y diagramación:

Difundir Ltda. Transversal 22 A N°53D-42, int. 102, Bogotá D. C., Colombia  
Teléfonos: 345 1808

# Índice

<b>Presentación</b> .....	7
Héctor-León Moncayo S.	

## **El estado del arte**

### **¿Es posible reglamentar la Consulta Previa?**

Daniela Albán Domínguez

Introducción .....	15
Fundamentación del derecho a la consulta previa .....	16
Marco internacional de la consulta previa .....	18
Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos) .....	21
Tratamiento de la Consulta Previa .....	26
Principios generales de la consulta previa .....	30
Los sujetos jurídicos de la consulta previa .....	35
Ámbito de aplicación de la consulta previa.....	38
Tiempos que debe llevar la consulta previamente.....	41
Reflexiones sobre la reglamentación de la consulta previa.....	41
La consulta previa en América Latina.....	70
Conclusiones .....	80
Bibliografía.....	83

## **Una propuesta**

### **Hacia la progresividad del derecho a la consulta previa en Colombia**

Gloria Amparo Rodríguez

Introducción .....	93
Antecedentes .....	94
Desarrollo normativo de la consulta previa .....	99
¿Es regresiva la normatividad existente sobre consulta previa?.....	102
La regresión de la consulta en medidas legislativas .....	110
La reglamentación de la consulta ¿un riesgo? .....	114
Hacia el consentimiento libre, previo e informado (CLPI).....	116
Conclusiones .....	119
Bibliografía.....	122



# PRESENTACIÓN

Héctor-León Moncayo S.

La consulta obligatoria a los pueblos indígenas o afrodescendientes, en aquellos asuntos que les afecten de manera directa, ha de ser previa, debe ser libre y tiene que ser informada. Tales son los requisitos ineludibles que hacen del ejercicio de este derecho una garantía para la existencia, la integridad y la autodeterminación de los pueblos que, en un país como Colombia, se hallan diferenciados étnicamente en el conjunto de la población. Parece obvio, entonces, concluir que, para cumplir estos requisitos, las consultas deben seguir un procedimiento adecuado. El Convenio 169 de la OIT, que consagra este derecho, añade que debe efectuarse de manera apropiada. Y otros instrumentos del Derecho, tanto Internacional como Nacional, aclaran que la consulta debe hacerse conforme a las tradiciones, costumbres y cultura de los pueblos, a través de sus instituciones y de acuerdo con sus propias exigencias. El procedimiento forma, pues, parte integrante, intrínseca, de este derecho fundamental.

No obstante, la creciente preocupación por el procedimiento, bajo la forma de regulación o de reglamentación, no ha nacido en Colombia, y en otros países de Latinoamérica, de una preocupación por el debido respeto a los derechos colectivos de estos pueblos a la identidad, al territorio, a la autonomía y a la participación. Al contrario. Precisamente, en la medida en que uno de estos derechos primordiales es al territorio, la obligación de la consulta se levanta, a los ojos de los gobiernos y las elites dominantes, como un obstáculo frente a sus pretensiones de intervención. Está en juego la explotación rentable de los recursos naturales, renovables y no renovables. El modelo de desarrollo conocido popularmente como extractivista. Y ya el mencionado Convenio de la OIT se anticipaba a establecer que en estos casos la consulta es obligatoria. Es por eso que la preocupación por el procedimiento, es decir la reglamentación, va encaminada, más bien, a remover el obstáculo por la vía de la simplificación, la flexibilización y la aceleración en los trámites.

El modelo extractivista que lleva implícita una estrategia de exportación, es en cierta forma un retorno al siglo XIX. Y sin embargo, se considera como un paso hacia la modernidad, hacia el futuro. Muy atrás han quedado las ilusiones de la industrialización mediante sustitución de importaciones e incluso del desarrollo agrícola comercial. La apertura de las fronteras económicas,

consolidada a través de múltiples tratados de libre comercio y de promoción y protección de inversiones extranjeras, ha sido vista como un mecanismo forzado de incremento de la competitividad nacional. La validez del modelo pareció confirmarse durante el periodo de alza de los precios internacionales de las materias primas (2002-2013). Con desigual fortuna entre los países del continente, pero con idénticos perjuicios desde el punto de vista ambiental y social. En la actualidad hemos entrado en una nueva etapa de la economía mundial en materia de precios; no obstante, el modelo se sigue promocionando como el gran objetivo nacional.

La consideración anterior sirve, entre otras cosas, para dejar sentado de una vez que aquella ideología - y su persistente prédica - del mencionado modelo como de interés nacional es, por lo menos, controvertible. Sobre todo, su espantable corolario según el cual los negativos y hasta catastróficos costos ambientales y sociales de la desmesurada extracción de los recursos deberán aceptarse en aras del bien superior del desarrollo. Y echa por tierra el prejuicio de que una posible objeción por parte de los pueblos indígenas o afrocolombianos será un hecho extravagante contrario al pretendido interés nacional.

En Colombia se han puesto en práctica varias tentativas de asentamiento del modelo. Aunque se combinan todo el tiempo en diversas proporciones y combinaciones, se podrá establecer una cierta secuencia histórica que demuestra no tanto una cadena de éxitos como un ejercicio irresponsable de prueba y error. Al comienzo, y como ilusión permanente, la explotación de hidrocarburos, luego, del carbón a la minería del oro, pasando por la generación hidroeléctrica y hoy la construcción de infraestructura como transición y locomotora de la economía. En el horizonte, los monocultivos destinados a la exportación (agrocombustibles), conservando las expectativas con la madera y los emprendimientos agroforestales. Para no mencionar las diversas modalidades de captura de carbono supuesta conservación de los bosques, para su comercialización internacional.

Como se dijo, la anterior no es propiamente una historia de éxitos sino, más bien la prueba de una voluntad dogmática y obsesiva de imponer un modelo. La obsesión, por supuesto, encubre un juego de intereses de poderosos grupos económicos multinacionales o nacionales. De todas maneras, cualquiera sea su resultado, las tentativas representan intervenciones devastadoras sobre los territorios, muchos de ellos indígenas o de afrodescendientes, o áreas que deberán ser protegidas. O simplemente, áreas de economía campesina donde las opciones de uso del suelo deberán ser por lo menos discutidas. Lo peor está en que, a medida que las oportunidades de exportación rentable se van cerrando,

el esfuerzo por flexibilizar la normatividad y acondicionar las instituciones se hace mayor. Este parece ser el principal o el único propósito de la actual planeación. En nombre de la seguridad jurídica para los inversionistas. En materia ambiental, por ejemplo, el mecanismo vigente de las licencias ambientales ha sido reformado hasta llegar a lo que hoy se conoce como licencias expresas. Asimismo ha sucedido con la consulta previa, libre e informada. Según informaciones recientes, en el año 2015 (hasta octubre), bajo el nombre de consulta se habrán llevado a cabo 403 reuniones con 626 comunidades sobre 95 proyectos.<sup>1</sup> En el 2014 se registraron 510 reuniones para 117 proyectos. El aparente éxito de los procesos consultivos en Colombia lo que revela es una evidente falta de seriedad, por decir lo menos. Y por tanto una negación del Derecho. Todo ello bajo las disposiciones de la Directiva No. 10 (Nov. De 2013) de la Presidencia de la República, en la práctica una forma de reglamentación inconsulta de la consulta. En otras palabras, una forma de consultas expresas.

Ahora bien, frente a la insistencia de los gobiernos colombianos por reglamentar el ejercicio de la consulta previa, libre e informada (desde 1998 lo han intentado), la respuesta de las organizaciones indígenas y afrocolombianas siempre ha sido negativa. No es necesario formalizar un procedimiento, y sí un riesgo de limitación o recorte, cuando el Derecho Internacional y los preceptos Constitucionales son categóricos en el sentido de que los procedimientos deben guiarse por las tradiciones, la cultura y las instituciones propias de los pueblos. Es decir, son asunto de sus propias y autónomas consideraciones y decisiones. Si acaso, podrán definirse protocolos propios de cada pueblo o comunidad. En términos prácticos, además, es claro que no puede uniformarse un procedimiento que por definición tiene que ser tan diverso como los pueblos y comunidades. Y, en relación con los riesgos de recorte del alcance del derecho fundamental, la experiencia, ya referida, de los últimos años, demuestra que la prevención no era infundada.

La dinámica y la orientación política de las organizaciones indígenas y afrodescendientes, en cambio, ha venido poniendo un especial énfasis en la consulta de medidas legislativas y administrativas de amplio alcance. Por ejemplo, la aprobación de los Planes Nacionales de Desarrollo. Como se sabe, en el ámbito de aplicación de la Consulta PLI, es necesario distinguir éstas de las aplicables a los proyectos, obras o actividades que se pretenden desarrollar en áreas particulares que hacen parte de territorios pertenecientes a comunidades

---

1 Ministerio del Interior, carta de respuesta (nov. 5 de 2015) a los interrogantes del honorable representante Alirio Uribe M. con ocasión de la Audiencia llevada a cabo en el Congreso de la República el 19 de noviembre.

técnicas. En el caso de leyes u otras disposiciones de gran alcance la discusión siempre ha versado sobre la existencia o no de una afectación directa o específica o si se trata de una implicación puramente general o nacional, caso en el cual no sería obligatoria la consulta. Pero se presenta también una dificultad de orden procedimental referida al carácter y legitimidad de la institución nacional y representativa de cada pueblo. En el caso de los pueblos indígenas se ha echado mano de la mesa permanente de Concertación creada mediante Decreto en 1996. Y en lo referente al pueblo afrocolombiano (negro, raizal y palenquero), después de no pocas discusiones y confrontaciones internas, recientemente se ha llegado a la constitución de un Espacio Nacional de Consulta. Se trata de una cuestión claramente política. Se refiere, al mismo tiempo, a la aprobación y desarrollo de políticas públicas en beneficio de los pueblos indígenas o afrodescendientes y a la definición de presupuestos a ser ejecutados en sus territorios. Aquí es claro, paradójicamente, que los procedimientos, obviamente consultados, deben ser objeto de disposiciones (leyes y decretos) de carácter público, estatal.

Ahora bien, en relación con los proyectos (y megaproyectos) de explotación de recursos naturales no renovables o de infraestructura, que se pretenden desarrollar en los territorios, buena parte de la argumentación desarrollada por las organizaciones indígenas y de afrodescendientes se ha afincado en el hecho de que la jurisprudencia desarrollada internacionalmente (por ejemplo la Corte Interamericana) o en el plano nacional por la Corte Constitucional, es suficiente para fundamentar una interpretación que no deja duda sobre lo que significa un procedimiento apropiado que respete los derechos de los pueblos.

No obstante, la evolución de los acontecimientos ha llevado a una suerte de encrucijada y es la necesidad permanente de la judicialización. La Consulta PLI que debería ser aplicada siempre, sin lugar a dudas, en cierto modo automática, tiene que ser, en cada ocasión, exigida, sustentada, peleada, con las dilaciones y trampas jurídicas que son propias de los litigios. Comenzando por la famosa certificación mediante la cual es el Gobierno quien determina si existen o no comunidades en el área de influencia del proyecto. Como hemos visto el gobierno ya ha establecido unilateral y arbitrariamente una reglamentación. Así las cosas, y generalmente ya avanzado el proyecto, cuando se acepta la existencia de un sujeto que debe ser consultado, la situación se presenta como la reclamación de un interés particular enfrentado al interés nacional, o, en el mejor de los casos, al interés de otro particular, esto es, la empresa ejecutora. Con el agravante de que el proyecto no se discute en sí mismo sino que se negocian las medidas de mitigación, adaptación y compensación. De ahí la aplicación de un funesto test de propor-

cionalidad de acuerdo con el cual el Estado (el Gobierno) se atribuye la facultad de ponderar entre los derechos o intereses enfrentados.

Las condiciones en las que se está aplicando en Colombia la Consulta previa, libre e informada son además particulares, un tanto diferentes de las de otros países de América latina. Y tienen que ver con la inexistencia objetiva de la libre autodeterminación. Como se sabe, hemos padecido durante largos años una implacable y despiadada violencia. Existen en los territorios estructuras de poder que no dudan en aplicar formas violentas de coerción y coacción toda vez que expresan o se suman a los poderosos intereses de explotación de los recursos naturales. Comunidades profundamente debilitadas que no pueden menos que consentir las propuestas de aparente desarrollo, a cambio, incluso, de ofertas de paz que equivalen a la preservación del status quo político y social. Preservación que está bien servida por estas formas de consultas express.

La inquietud que surge de lo anterior no es de poca monta. Teniendo razón las organizaciones indígenas y de afrocolombianos en el sentido de que no tiene por qué ser reglamentado el ejercicio de un derecho, y mucho más en sus prevenciones respecto al riesgo de que el derecho sea recortado, en los hechos el Gobierno ya está aplicando una reglamentación. No es gratuito, por eso, que, habiendo anunciado reiteradamente que está dispuesto a presentar un proyecto de Ley Estatutaria, no ha avanzado en absoluto y parece satisfecho con la situación actual. Entre tanto, no hay registro de que se está aplicando protocolos propios de las comunidades; al contrario, los casos de franca vulneración del derecho a la consulta son múltiples y evidentes. Sin contar aquellos en que el aparente consentimiento los hace pasar inadvertidos. La posición pública de las organizaciones nacionales es a estas alturas insuficiente. Por eso cabe la inquietud de si no sería mejor abrir el debate público y avanzar en una forma de definición, mediante ley, de los criterios que deben presidir el procedimiento de consulta, con el fin de acotar las obligaciones del Estado y el comportamiento de las Empresas. Para avanzar, precisamente, en la garantía del derecho a la consulta. Como se dijo al principio, dadas sus características, esto es, la de ser previa, libre e informada, el procedimiento forma parte indisoluble de la garantía del derecho. No se excluye desde luego, una acción directa, urgente por lo demás, encaminada a detener la aplicación de las consultas express.

Los textos que se presentan en esta publicación están encaminados a proveer de elementos de juicio a las organizaciones indígenas y de afrocolombianos para avanzar en la toma de decisiones, cada vez más urgentes en la medida en que avanza implacable la locomotora de la construcción de infraestructura. En el primero se pasa revista al sentido y los desarrollos de la discusión nacional e

internacional al respecto. En el segundo se aporta a la definición de propuestas, bajo el criterio irrenunciable e inamovible de la progresividad en la definición y materialización de este derecho humano fundamental. Y no sobra advertir que esta contribución que, a pesar de ser el resultado de múltiples y prolongados intercambios de ideas con las organizaciones y las comunidades, se hace en cierto modo desde afuera, muy lejos está de ser una alternativa pretenciosa. Las alternativas deben provenir de los propios pueblos. Es claro, además, que cualquier definición de carácter público y en Derecho, sobre la Consulta Previa, libre e informada debe a su vez ser consultada.

## **EL ESTADO DEL ARTE**



# ¿ES POSIBLE REGLAMENTAR LA CONSULTA PREVIA?

Daniela Albán Domínguez

## Introducción

Los indígenas están parados hoy sobre la riqueza de este país  
Luis Fernando Arias

La tensión que se ha generado en los países latinoamericanos entre los Estados, multinacionales y empresas privadas por un lado, y las comunidades indígenas, afrodescendientes y tribales por el otro, para el uso y goce de territorios ricos en biodiversidad y recursos naturales, ha propiciado un fuerte debate jurídico, político, académico y mediático, para reglamentar el derecho fundamental a la consulta previa.

En Colombia hay 102 pueblos indígenas, 750 resguardos, 31 millones de hectáreas en los que están asentados alrededor de 7000 comunidades y una población de 1500.000 personas que corresponde al 3.4 por ciento de la población colombiana. La mayoría de los territorios donde se ubican estas comunidades están en una posición geoestratégica desde una perspectiva económica ya que ahí se encuentran recursos naturales renovables y no renovables atractivos para los estados y/o las empresas privadas. La tensión se genera cuando al interés de explotar esta biodiversidad se le contraponen el derecho de los pueblos étnicos al uso y goce de su territorio ancestral. Es por esto que se genera una gran pugna por la explotación de los recursos naturales para alcanzar el desarrollo económico en la sociedad y la demanda de las comunidades indígenas y afrodescendientes a vivir en sus territorios con su propio concepto de desarrollo sostenible.

Entre 1991 y 2013 se han concedido 2000 licencias de explotación, de las cuales sólo se les ha aplicado el proceso de consulta previa a 100 (Morris, 2013). A pesar de que se desconoce en muchos casos el derecho fundamental a la consulta previa, funcionarios públicos y líderes de opinión han busca-

do desprestigiar este proceso argumentando que representa un obstáculo para los proyectos de desarrollo para el país. Además consideran en muchos casos, que las consultas se están convirtiendo en algo inabarcable, interminable y costosísimo (Valero, 2013) que paraliza la gestión estatal, ya que muchos de los procesos adelantados no han dado resultado a pesar del tiempo y el dinero invertido.

Es por esto que desde diferentes sectores se ha promovido la idea de reglamentar una metodología para la consulta previa. Sin embargo una propuesta de reglamentación o protocolo debe buscar que no se restrinja el derecho que tienen las comunidades indígenas sobre su territorio ancestral y sus recursos naturales, para que a través de este proceso se armonicen las propuestas de desarrollo de los pueblos étnicos, con la de desarrollo económico del país.

Este documento busca revisar el estado de la situación sobre la consulta previa con el objetivo de sistematizar los avances teóricos, jurídicos y jurisprudenciales que hay sobre el tema, y de esta manera tener un punto de partida que posibilite pensar en una propuesta consolidada que sea una garantía para el desarrollo de los derechos humanos de los pueblos étnicos y materialice la implementación un procedimiento que solucione diversos conflictos que se generan al interior de la tensión entre el Estado y estas comunidades. Varios escritos hacen mayor énfasis en la conceptualización, teorización y sistematización de la consulta previa, muchos de ellos hacen parte de la bibliografía, por eso el objetivo de este texto es establecer los referentes, de forma sintética, que fundamentan los diversos aspectos sobre la discusión en torno a la reglamentación o protocolización de la consulta previa. El lector podrá observar la condensación de los puntos en conflicto más importantes sobre la consulta, así como la exposición de aquellos en los que hay consenso en la literatura sobre este tema.

## Fundamentación del derecho a la consulta previa

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 objetivo de que permita la supervivencia física y cultural de los pueblos étnicos.

Desde la naturaleza colectiva de los Derechos Humanos se reconoce la existencia de diferentes intereses que trascienden los meramente individuales, y por ende, establece el deber de reconocer determinados derechos colectivos para poder ejercer una defensa apropiada de éstos. En el caso de los pueblos indígenas, muchos se identifican con una concepción del derecho que no se encarna exclusivamente en el individuo, sino que están abiertos a su dimensión comunitaria. La *Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas* hace énfasis en la necesidad del reconocimiento como sujeto colectivo para la supervivencia las comunidades étnicas, y la vocación de ser titulares de derechos y obligaciones (Gómez, 2006).

Para lograr un reconocimiento de la capacidad jurídica de los indígenas, se recorrió un largo camino en aras de superar las expresiones discriminatorias con las que se pretendía proteger a estas comunidades, es decir, como minorías étnicas (Clavero, 1994). Estas posturas discriminatorias posicionan al indígena como un objeto de reclamación cuando sus derechos son violentados, pero no se les reconocen prerrogativas que los posicionen como sujetos activos con derecho a la participación en su cultura y en la sociedad. *La conformación de un Estado multicultural que respete la diferencia, que fomente el diálogo intercultural, y que permita vivir a los pueblos indígenas en igualdad en términos de identidad cultural y no solo en una ciudadanía individual, es una condición para el ejercicio de su derecho a ser consultados* (Arévalo, 2014).

Con el ejercicio de la capacidad jurídica de las comunidades indígenas se da un salto de la tutela a la libre determinación. La autodeterminación implica el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos autónomos y se ejerce con la elección de sus representantes, la delimitación del territorio ancestral y el ejercicio de derechos en relación con el Estado. En la ciudad de Quito, en el Primer Encuentro Continental de los Pueblos Indígenas de 1990, los representantes indígenas plantearon que *la autodeterminación es un derecho inalienable e imprescriptible de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas luchamos por el logro de nuestra plena autonomía en los marcos nacionales. La autonomía implica el derecho que tenemos los pueblos indios al control de nuestros respectivos territorios, incluyendo el manejo de todos los recursos naturales del suelo, subsuelo y espacio aéreo... Por otra parte la autonomía significa que los pueblos indios manejaremos nuestros propios asuntos, para lo cual constituiremos democráticamente nuestros propios gobiernos (autogobiernos)* (Citado en Aparicio, 2008).

## Marco internacional de la consulta previa

### Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos (Naciones Unidas)

#### Convenio 107 de la OIT

Este convenio data de 1957 y es el primer instrumento que reconoce derechos a favor de los pueblos indígenas. Fue un proyecto integracionista que poco reconoció el derecho a la autonomía de los pueblos. Este intento de la OIT por ampliar su rango de trabajo y análisis al derecho de los pueblos indígenas, incluye los derechos a la tierra y a la educación, pero su intención proteccionista se ganó fuertes críticas por no permitir que estas comunidades desarrollan su derecho a la participación, autogobierno y autonomía, y limitándose a reconocerlos como objeto de protección.

Aunque está actualmente cerrado para ratificación, puede ser vinculante para países que lo suscribieron y cuyo mínimo de derechos que tienen las poblaciones indígenas y tribales en sus ordenamientos jurídicos están contenidos aún en este Convenio. Este es el caso de países de Asia y África que ratificaron el Convenio 107 de la OIT pero no han ratificado ningún instrumento internacional posterior sobre el tema, como Bangladesh, India y Pakistán.

#### Convenio 169 de la OIT

El Convenio 169 de la OIT es un instrumento internacional que data de 1989 y trata sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Reconoce el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas e incluye a los demás pueblos étnicos bajo la figura de pueblos tribales. Igualmente reconoce el derecho al territorio y el derecho a la cultura de estos pueblos y supera la posición protectora e integracionista que tenía la comunidad internacional frente a las poblaciones indígenas, ya que se habla de *pueblos* y no de *poblaciones*.

Este Convenio *reconoce 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<sup>1</sup>. Este Convenio reemplaza el 107 y se basa en el respeto de las culturas y los estilos de vida de los pueblos indígenas y tribales y reconoce su derecho a definir su propio modelo de desarrollo.

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en el proceso de adopción de decisiones constituye la piedra angular de este convenio. El requisito de consulta previa se encuentra en el artículo 6(1) y estipula que los gobiernos deben: 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 afectarlas directamente<sup>a</sup>. Estas consultas deben ser llevadas de buena fe y de manera apropiada para las circunstancias, con el fin de llegar a un acuerdo con consentimiento de los efectos de la consulta.

El convenio resalta los casos particulares en los que se debe realizar este procedimiento: Antes de la prospección o explotación de los minerales y los recursos naturales del subsuelo (Artículo 15.2); antes del traslado y la reubicación, los cuales sólo deben efectuarse con consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16); siempre que se considere la enajenación o la transmisión de las tierras de los pueblos indígenas fuera de su comunidad (Artículo 17); en relación con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional (Artículo 22); y en relación con la alfabetización y programas y servicios de educación (Artículo 27 y 28) (OIT, 2013).

La comisión de expertos expone en la Observación general sobre el Convenio n.º 169, 79.ª reunión (OIT, 2008) sobre la consulta previa lo siguiente:

*Debido a los grandes retos a los que actualmente tienen que hacer frente los pueblos indígenas y tribales, incluidos la regularización de la propiedad de la tierra, la salud, la educación, y el aumento de la explotación de los recursos naturales, la participación de los pueblos indígenas y tribales en estos y otros ámbitos que les afectan directamente, es un elemento fundamental para garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo. (...) Las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos*

En términos de la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la CEACR, la consulta previa se trata de un derecho me-

---

1 Exposición de motivos (1957). Convenio 169 de la OIT.

dular sobre el cual reposa la aplicación de las demás disposiciones del Convenio (Informe de la CEARC 2005/76 sesión. Observación Individual sobre el Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Guatemala, párrafo 6).

## **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

Esta declaración realiza importantes avances y ratifica disposiciones sobre la consulta previa. Los artículos que desarrollan este derecho son el 15, 17, 19, 30, 32 y 36. La Declaración establece en su Artículo 19 el consentimiento libre, previo e informado como objetivo del proceso de consulta previa. 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 (Artículo 30) o para aprobar cualquier proyecto que afecte su territorio y otros recursos, en especial proyectos relacionados al desarrollo, la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (Artículo 32).

## **Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD)**

El ICERD no contempla disposiciones particulares sobre pueblos indígenas, sin embargo la importancia de este instrumento radica en que *los indígenas, considerados de manera individual o colectiva, son objeto de discriminación y continúan siendo privados de sus derechos y libertades fundamentales, especialmente a gozar de sus tierras y sus recursos naturales* (Arévalo, 2014). El CERD (Comité para la Eliminación de Discriminación racial) evidencia la vulnerabilidad permanente de las comunidades indígenas, principalmente por la explotación de sus tierras y los recursos que se encuentran en ellas. *En muchas regiones del mundo se ha discriminado y sigue discriminándose a los pueblos indígenas, y se les ha privado de sus derechos humanos y libertades fundamentales, y concretamente, de que los colonizadores, las empresas comerciales y las empresas del Estado les han arrebatado sus tierras y recursos* (ONU, 1997).

A través de los diferentes informes y recomendaciones emitidos por este Comité a los países que ratificaron la Convención, se explicita la preocupa-

ción que éste tiene frente a la tensión que se genera entre las comunidades indígenas y actores externos, destacando en particular los casos de explotación minera. Por eso considera que los Estados deben contar en su sistema jurídico con la figura del consentimiento libre, previo e informado. Para este comité es preocupante las informaciones de conflictos sobre tierras históricamente propiedad de los pueblos indígenas (...) porque, en la práctica el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de que se proceda la explotación de los recursos naturales en sus territorios, no se respeta plenamente (ONU, 2012) en muchos países de América Latina.

Para que los países puedan implementar la figura del consentimiento libre, previo e informado, deben asegurar que se realicen consultas efectivas en cada etapa del proceso con las comunidades que se pueden ver afectadas por la implementación de mega-proyectos económicos y la explotación de recursos naturales entre otros. También resalta la necesidad de que los países adopten una ley en la materia, sin que la ausencia de reglamentación implique un impedimento para llevar a cabo procesos de consulta previa.

El CERD hace un llamado a todos los Estados para que establezcan mecanismos de protección de todas las formas de discriminación por el factor étnico de las comunidades indígenas y a garantizar las condiciones para que éstas puedan determinar sus propias formas de desarrollo, tener una participación política como sujetos de derecho y tomar decisiones con autonomía. Las posiciones gubernamentales que afecten el ejercicio de estos derechos deben estar mediadas con el consentimiento informado de la comunidad. Sostiene que mediante este derecho se podrán asegurar otros, principalmente, el derecho a los pueblos indígenas a su propio desarrollo; a sus tierras, territorios y recursos; a decidir el tipo de actividades que podrán hacerse en sus territorios; a la restitución y, en caso en que ésta no se logra, a su compensación (Arzvalo, 2014). Las consultas son el medio, y la finalidad es el consentimiento.

## **Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos)**

A nivel regional, los esfuerzos más significativos en la configuración de la protección de los derechos de las comunidades indígenas son de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos reiterados pronunciamientos

sobre las tensiones que se presentan entre los Estados y los pueblos indígenas, en hechos en donde los últimos no fueron consultados en concesiones de exploración y explotación de recursos naturales que se encuentran en sus territorios, han buscado proteger la supervivencia de la comunidad, la propiedad comunitaria de la tierra y el uso de los recursos naturales por la comunidad.

En todos los casos las decisiones se fundamentan en la Convención Americana de Derechos Humanos, interpretada con base al Convenio 169 de la OIT. En los casos en los que los países no han suscrito el Convenio 169, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tomado decisiones con base en la Declaración Americana y el contenido del derecho a la propiedad en su artículo XXIII. De esta manera la Comisión reconoce el carácter colectivo que tiene la propiedad en las comunidades indígenas y que debe ser interpretado, a la luz de la Declaración Americana, con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos. Esto incluye el reconocimiento legal de sus diversas y específicas formas y modalidades de control, propiedad, uso y goce de los territorios y bienes, y al reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a la tierra, los territorios y los recursos que ha ocupado históricamente (Caso Mayas del distrito de Toledo Belice).

## **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene un extenso desarrollo jurisprudencial sobre los derechos de las comunidades indígenas contemplados en los instrumentos de la comunidad internacional de que protegen pueblos étnicos y que fundamentan la aplicación de un proceso de consulta previa como mecanismos de protección judicial de los derechos indígenas a su territorio, supervivencia física y cultural. Estos fomentan el aprovechamiento de los recursos naturales y desarrollo económico sostenible en las comunidades indígenas y tribales, a través de los derechos de propiedad colectiva y el reconocimiento de su personalidad jurídica (Abreu, 2012).

### **Reconocimiento de su personalidad jurídica**

Los Estados deben establecer los mecanismos jurídicos para que el reconocimiento a la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. Esto

implica que la persona sea titular de derechos y que tenga la capacidad de ejercerlos en una sociedad. Cuando se trata de personas en condiciones de vulnerabilidad, marginación y discriminación, los Estados deben garantizar el ejercicio de este derecho con base en el principio de igualdad ante la ley.

En el caso de los pueblos tribales, la Corte señala que el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica como colectivo ayuda a evitar violaciones a sus derechos humanos, ya que al reconocerles capacidad para ser sujetos de derechos pueden armonizar su rol social en el marco de sus legados ancestrales y tradiciones culturales.

El ejercicio de este derecho es importante en la medida en que los pueblos étnicos tengan la capacidad jurídica para gozar colectivamente del derecho a la propiedad y para reclamar (Caso Saramaka vs. Surinam) las presuntas violaciones de dichos derechos por parte de actores externos. El reconocimiento de su capacidad jurídica es un modo de asegurar a toda la comunidad que puedan gozar plenamente de su derecho a la propiedad sobre su territorio ancestral, así como de tener mecanismos de protección contra las limitaciones a ese derecho.

La Corte ha considerado que el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se deben proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que se puedan gozar sus territorios según sus tradiciones (Abreu, 2012). Este reconocimiento de la personalidad jurídica en relación con el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva, es uno de los fundamentos para que los Estados establezcan medidas legislativas que hagan efectivos los derechos de las comunidades indígenas y establezcan mecanismos de negociación en casos de tensión, como lo es el proceso de consulta o consentimiento previo, libre e informado.

## Derecho a la propiedad comunal

Con base en el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha consolidado el criterio de que los Estados Parte deben establecer medidas especiales de protección para garantizar el ejercicio de los derechos de los pueblos étnicos y la supervivencia física y cultural de la comunidad. Para la Corte es un deber de los Estados dar garantía, a través de procedimientos jurídicos, a estas comunidades para que puedan gozar del derecho a la propiedad en las tierras ancestrales que reclaman y puedan hacer uso y goce de este territorio junto con sus recursos naturales, con base en los artículos 21 (Derecho a la propiedad privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni Vs. Nicaragua).

La Corte también determinó que una comunidad tribal tiene *una relación profunda y abarcativa respecto de sus tierras ancestrales* y se centra en la comunidad en su conjunto. Reconoce que en algunos casos *para que se pueda preservar la identidad e integridad de la cultura, los miembros de la comunidad deben mantener una relación fluida y multidimensional con sus tierras ancestrales* (Caso de la Comunidad Maygna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua). La especial relación que tienen los pueblos indígenas con las tierras, hace que se forme un concepto comunal de la propiedad privada que los Estados deben proteger a través de mecanismos y garantías judiciales con el fin de garantizar su supervivencia social, cultural y económica.

Lo anterior quiere decir que la pertenencia de esta tierra no se aplica a un individuo sino al grupo y su comunidad, es por esto que la propiedad en las comunidades indígenas tiene un significado colectivo (Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya) y por el hecho de su misma existencia tienen derecho a vivir y desarrollarse en dicho territorio. *La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica* (Abreu, 2012). De esta forma se debe garantizar el goce pleno de la propiedad comunal, ya que a través de la relación de la comunidad con la tierra, preservan su cultura, su supervivencia física y su propia visión de desarrollo económico para transmitirlo a las generaciones futuras.

El mencionado Artículo 21 a la propiedad privada también protege el derecho de las comunidades tribales a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran en el territorio colectivo, ya que de esta garantía estatal también depende la subsistencia física, cultural y económica de estos pueblos. La Corte expone en una de sus sentencias que *en el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de sus recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia* (Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay), y en muchos casos con la práctica de la medicina tradicional.

## Restricciones a la propiedad comunal

El derecho a la propiedad está sujeto a ciertos límites y restricciones. Con base en el mencionado Artículo 21 de la Convención, la Corte observa que la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Las pautas para definir las restricciones permisibles a este derecho son: *a) ser*

*una medida adoptada legalmente, b) ser necesaria (y no sólo útil o razonable) y c) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática de acuerdo con lo establecido en la Convención* (Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay). De esta manera se legitima la restricción por parte del Estado si se cumplen las condiciones señaladas, lo que no implica una denegación de la subsistencia como comunidad, los derechos a la propiedad y el uso de los recursos naturales que se encuentran en el territorio.

Si el Estado quiere restringir los derechos a la propiedad comunal de un pueblo étnico, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en sus territorios, compartir los beneficios y realizar un seguimiento de evaluaciones del impacto ambiental y social de la implementación del proyecto.

Un ejemplo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana es el caso *Saramaka*. En este el Tribunal encontró que la comunidad tenía un derecho de propiedad colectivo con la potestad de hacer uso y goce de los recursos naturales al interior del territorio, sin que esto se entendiera como un privilegio de uso, sino como un derecho real de propiedad. También resaltó que se puede restringir este derecho *mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro de su territorio solo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales y a sus recursos naturales* (Abreu, 2012). En el caso en particular la Corte no encuentra que la explotación de los recursos en el caso *Saramaka* cumpla con los requisitos expuestos, por ello decide proteger el derecho a la propiedad colectiva sin ninguna restricción por parte de actores externos.

## **Derecho a la consulta previa**

En el caso *Saramaka* anteriormente mencionado, la Corte expone el deber que tienen los Estados de consultar con las comunidades cuando se vayan a aprobar planes de desarrollo o inversiones dentro de su territorio, para garantizar la participación efectiva de los integrantes de la comunidad en dicho proceso. *Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo* (Caso Saramaka). El aviso debe ser temprano, para evitar que surja la necesidad de seguir con el proyecto y no se cuente con el tiempo necesario para el desarrollo del proceso de consulta, lo que propicia tener una respuesta adecuada en un tiempo oportuno. La consulta debe

tener en cuenta los métodos tradicionales o procesos culturales de la comunidad con la que se va a realizar este proceso.

En la misma sentencia la Corte establece que se debe diferenciar entre consulta y consentimiento ya que el segundo, cuando se da de forma libre, previa e informada, asegura la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo. Cuando se realizan este tipo de proyectos, es muy difícil prever las consecuencias que van a tener sobre las prácticas culturales, sociales y económicas de los pueblos étnicos, así que los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto en el ejercicio de los derechos de estas comunidades.

### **Derecho a recibir beneficios compartidos**

En el supuesto en que se limite el ejercicio del derecho de las comunidades indígenas sobre su territorio y sus recursos naturales, a través del proceso de consulta o consentimiento, existe el derecho de que los beneficios del proyecto sean compartidos con dicho pueblo o comunidad. Este derecho es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención Americana, el derecho a recibir este pago en forma indemnizatoria y se contempla en los casos en que exista en que la privación sea total e incluso parcial, es decir, cuando existe una privación del uso y goce de sus tierras tradicionales. Esta indemnización se puede entender como una forma de compartir los beneficios, que debe darse en equidad con la comunidad indígena, con base en la explotación de las tierras y los recursos naturales necesarios para la subsistencia de las comunidades indígenas y tribales (Abreu, 2012).

## **Tratamiento de la Consulta Previa**

El derecho a la Consulta Previa es un derecho diferente al de participación. El Convenio 169 los regula como derechos complementarios entre sí y los define como la piedra angular para el cumplimiento y desarrollo de los demás derechos de los pueblos étnicos<sup>2</sup>. La consulta previa es un derecho en sí mismo,

---

2 Organización Internacional del Trabajo. Los derechos de los Pueblos indígenas y tribales en la Práctica. 1 Ed. Lima. 2009. pág 59

pero también su ejercicio es medular para el desarrollo de los demás derechos que se encuentran en el contenido del Convenio de la OIT. Tiene parte de su contenido de participación, que se debe dar en condiciones de igualdad, de buena fe y su acuerdo debe conseguirse mediante un consentimiento libre, previo e informado.

## **Derecho de Participación Ciudadana**

El derecho de consulta previa tiene matices especiales que la hacen un derecho diferente al de participación ciudadana. Sus mecanismos son fundamentales para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones pero tiene otras connotaciones que engloban otras prerrogativas de las comunidades indígenas (Organización internacional del trabajo. Los derechos de los Pueblos indígenas y tribales en la práctica. 1 Ed. Lima. 2009. pp 59-60).

## **Derecho de información**

Parte del espíritu de la consulta previa busca garantizar el acceso a la información de la comunidad étnica sobre los procesos de intervención que pueden afectar sus derechos al uso del territorio y sus recursos naturales y su supervivencia física. Sin embargo la consulta previa es utilizada con frecuencia de forma meramente informativa, para aparentar un cumplimiento de dicho instrumento. Las entidades encargadas de implementar el proceso de consulta, reducen todo el accionar a un mero trámite de reuniones informales sin articulación de los derechos en juego<sup>3</sup>. El derecho de información es transversal en este proceso, pero debe buscar el consentimiento de las comunidades sobre los procesos en pugna, ya que de lo contrario, el derecho a la información se vuelve un pretexto para intervenir per se sin agotar todos los requisitos de la consulta previa.

## **Derecho medular**

La consulta previa no es un fin en sí mismo, sino un medio para proteger los derechos a la existencia, a la vida, la participación, e incluso, en algunos contextos, a no ser desplazados de los territorios (2012, Garavito y Orduz). La consulta se presenta como un instrumentos que permite la realización de los

---

3 Ver Sentencia T 129-2011.

derechos a la igualdad, el principio de no-discriminación, el derecho a la identidad e integridad cultural, el derecho de las comunidades a conservar sus usos, costumbres y sus propias instituciones, el derecho a la participación, a decidir sus prioridades y estrategias para el desarrollo, y finalmente los derechos a la tierra, al territorio, a los recursos naturales y medioambientales (2009, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos). Prácticamente la consulta se convierte en uno de los mecanismos por excelencia de la participación de las comunidades y su interacción con agentes externos, pero también en el instrumento para materializar los derechos que permiten la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas.

### **Consentimiento libre, previo e informado**

El enfoque de la consulta previa como el medio para tener un consentimiento libre de las comunidades frente a las medidas legislativas o administrativas que les afecten dio un giro importante con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que señala que las consultas se celebrarán con las comunidades a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Tanto la Corte Interamericana como la jurisprudencia y doctrina de diferentes países, han integrado el desarrollo de este concepto consentimiento libre, ya que consideran que la afectación que recae sobre los pueblos étnicos en su forma de vida y en su territorio pueda tener implicaciones considerables, desde impactos en las tradiciones culturales como la eliminación física de la misma comunidad, lo que hace que las decisiones de los pueblos étnicos se vuelvan vinculantes en estos procesos.

La finalidad de la consulta previa es llegar a un acuerdo o conseguir el consentimiento acerca de las medidas de impacto. El Art 6.2 del Convenio 169 de la OIT señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Las Directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUM) sobre los asuntos de los pueblos indígenas exponen las características de los elementos del consentimiento (GNUM, 2009) y son las siguientes:

**Libre:** Implica que no hay coerción, intimidación ni manipulación.

**Previo:** La obtención del consentimiento se debe tratar de conseguir con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades a través de la consulta, respetando las exigencias cronológicas del proceso.

**Informado:** Implica que la información suministrada debe abarcar la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de los proyectos. También incluye suministrar la información sobre las razones, el objeto, la duración y el lugar donde se va a desarrollar el proyecto. De la misma forma es importante comprender la evaluación de los posibles impactos, riesgos, distribución de beneficios, la participación de los representantes de cada sujeto de derechos y los procedimientos bajo los que se desarrollará la consulta.

En el Artículo 16.2 el Convenio establece como imperativo para el traslado de los pueblos indígenas, que se efectúe con su consentimiento, dado libremente y con conocimiento de causa. Por lo anterior, la Corte Constitucional colombiana ha reiterado que el Estado tiene la obligación de contar con el consentimiento de las comunidades implicadas antes de adoptar cualquier tipo de medida que implique el traslado de la comunidad, ya que esto desconoce al romper el derecho a la existencia e integridad de las etnias (Sentencia T-129 de 2011).

En la anterior jurisprudencia citada el alto Tribunal reconoce que hay dos extremos difíciles cuando se hace una interpretación literal y garantista del derecho a la consulta previa bajo los lineamientos del Convenio 169. Los extremos oscilan entre la consulta previa como un derecho al veto de las comunidades étnicas a los proyectos de intervención y la consulta previa con un proceso meramente informativo, que es usado con frecuencia para aparentar un cumplimiento del proceso de consulta. Para esta instancia el criterio que permite conciliar estos extremos depende del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades (Sentencia T-129 de 2011).

Para la Corte Constitucional de Colombia la consulta previa debe obtener este consentimiento previo, libre e informado de los grupos étnicos, cuando la medida legislativa o administrativa pueda poner en riesgo la pervivencia del grupo étnico o implique un reubicar en otro territorio a la comunidad étnica (Sentencias T-769 de 2009, T-1045A de 2010 y T-129 de 2011)

El poder de veto<sup>a</sup> es uno de los aspectos más controversiales cuando se habla del consentimiento libre, previo e informado, ya que muchos pueblos indígenas consideran tenerlo en los casos que no se llega a conseguir a través proceso de consulta este consentimiento. Es por eso que se ha constituido en la razón principal para que los Estados rechacen cualquier compromiso a desarrollar este derecho en sus respectivos ordenamientos internos (2010, Artículo).

El Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la ONU, James Anaya, ha indicado en el Informe A/HCR/12/34 que la consulta no confiere poder de veto, aunque tenga la finalidad de obtener el consentimiento. La apuesta del desarrollo de la consulta previa es que sea un instrumento que posibilite el diálogo para la resolución de conflictos entre las partes. El CEACR señala que la consulta es el instrumento previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos.

## Principios generales de la consulta previa

El documento realizado por el Relator de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas que se titula *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile* (ONU, 2009) se constituye en una fuente imprescindible para entender este derecho. En este documento se proponen seis principios:

### Debe realizarse con carácter previo

El Convenio 169 de la OIT en su Artículo 15.2 se refiere a la consulta previa y señala que 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 serán perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Lo anterior quiere decir que la consulta previa se debe realizar en las primeras etapas del proyecto que tenga una potencial afectación sobre el territorio y el desarrollo de las comunidades indígenas, e incluso sobre las medidas legislativas que puedan desarrollar, reglamentar y normativizar aspectos que puedan afectar el proceso de consulta, incluso en el caso de reglamento, protocolo o procedimiento de la consulta previa.

Por su lado la Corte Constitucional en Colombia aclaró que el proceso deberá efectuarse desde la etapa de estudios de factibilidad o planeación y

---

4 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEARC 2005/76 sesión. Observación individual sobre el Convenio núm 169. sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Guatemala, párrafo 6.

no al final, en el momento previo a la ejecución (Sentencia T-129 de 2011). El aviso temprano permite materializar el derecho a la participación de las comunidades y que el Estado pueda brindar una respuesta oportuna e impide que se empiecen a tomar medidas cuando ya se han ejecutado acciones en perjuicio de los derechos de la comunidad.

### **No debe agotarse con la mera información**

La consulta previa debe respetar el derecho de acceso a la información a través de formas y medios de comunicación efectivos con las comunidades étnicas. Lo anterior implica tener en cuenta aspectos culturales que pueden representar una barrera comunicacional entre las partes de la negociación. Algunas de estas limitaciones es la correcta interpretación entre el castellano y las lenguas nativas propias de la comunidad, las relaciones que tiene la comunidad indígenas con las formas de expresión orales y escriturales, y los significados y el uso de expresiones que cambian al interior de la comunidad. Por lo anterior debe garantizarse a las comunidades la información completa, precisa y significativa de las medidas legislativas o administrativas que se van a implementar según el caso.

El proceso no se puede agotar en lo formal, es decir, con la mera información de la medida que se quiere adoptar y que afecta el desarrollo de las comunidades étnicas. No puede consistir en simples trámites administrativos comunicacionales que no contengan en sí un proceso sustantivo, promotor del diálogo intercultural y con el objetivo llegar a un consenso.

Por otro lado es importante garantizar que la información sea difundida desde las autoridades y organizaciones indígenas a las comunidades. Esto implica un proceso de información transparente, para no fragmentar las relaciones internas en las comunidades con desinformación de los procesos consultivos. La comunicación transparente es un antídoto contra representantes de mala fe y es clave para no centralizar la toma de decisiones, sin contar con los verdaderos sujetos de derecho de los territorios (Orduz, 2013).

### **Debe ser de buena fe**

El principio de buena fe es esencial en el proceso de consulta previa porque busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. El Tribunal Constitucional de Perú señala que con él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas

o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1. Determinación de la afectación directa, 2. la consulta en sentido estricto y 3. la implementación de la medida<sup>5</sup> (2010, Tribunal Constitucional de Perú).

### **Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas**

La consulta previa se debe desarrollar de manera idónea, apropiada y adecuada a las circunstancias con el fin de conseguir un acuerdo frente a la medida que se quiere adoptar en el territorio de la comunidad, que respeten las instituciones y la participación de las comunidades étnicas en el desarrollo del proceso de consulta. No se trata de desarrollar un proceso adversarial, que propicie un escenario de confrontación entre las comunidades étnicas, las instituciones del Estado, y los privados, ya que su objetivo es involucrar a los pueblos étnicos y tribales, a través de una participación activa, en la toma de decisiones que les afecten de manera directa, de forma que tampoco implica un poder de veto, pero sí un deber estatal de amoldar las medidas legislativas y administrativas a un modelo de desarrollo compartido con las comunidades étnicas.

En el caso *Saramaka vs. Surinam* la Corte afirma que el Estado debe consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones, teniendo en cuenta los métodos tradicionales del [pueblo indígena] para la toma de decisiones<sup>5</sup>. Depende del caso en concreto la decisión de los representantes que serán convocados para el proceso de consulta. Hay circunstancias en que la potencial afectación implica procesos locales, sin embargo hay otros que afectan a varias comunidades, que incluso pueden afectar procesos regionales o nacionales como en el caso de las leyes.

### **Debe ser sistemática y transparente**

La aplicación de los principios implica que se involucre a la comunidad indígena en todas las etapas del proceso, desde el inicio de cualquier medida y no

---

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007) Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. San José de Costa Rica.

sólo al momento de obtener el consentimiento, lo que implica a su vez brindar suficiente información para que los pueblos étnicos puedan expresar su voluntad. La información es importante para que las partes se pongan en igualdad de conocimiento sobre el fondo del asunto y puedan entablar una negociación bajo los principios de la confianza y la buena fe en el diálogo.

Las consultas deben obedecer a procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes (ONU, 2009). Esto es necesario para fomentar la seguridad jurídica de las partes del consenso y los efectos de las decisiones tomadas, para evitar arbitrariedades y conflictos innecesarios. Algunos países están aplicando reglamentaciones o protocolos de consulta previa, como sucede en el caso peruano, sin embargo los países como Colombia que no tienen una sistematización o protocolo de las reglas de juego bajo las que se rigen los procesos de consulta, se hace un proceso de pre-consulta con la comunidad indígena para establecer los lineamientos y momentos de la consulta.

## El alcance de la consulta

Partiendo de las realidades sociales, económicas y culturales en los que se desarrolla la consulta previa en diversos países, especialmente en el caso de Colombia, el texto de De Justicia *La Consulta Previa: dilemas y soluciones* (Garavito, Orduz. 2012) plantea unas *condiciones de posibilidad de consulta*, como aquellos principios que obstaculizan los procedimientos de consulta previa en contextos marcados por la violencia, la desigualdad y la desinformación entre los sujetos de la consulta. Las condiciones son las siguientes:

### Mecanismos de contrapeso

Para disminuir la brecha que hay entre el Estado y las empresas privadas por un lado, y las comunidades étnicas por el otro, se plantea la condición del mecanismo de contrapeso en aras de eliminar las diferencias, o en su defecto mitigarlas, entre los sujetos de la consulta. La forma de llegar a este mecanismo es fortaleciendo la participación de las organizaciones y líderes de los pueblos indígenas y afrodescendientes, tener acceso a la asesoría especializadas y escogida de forma libre por los pueblos indígenas, y la asignación de recursos adecuados para acudir a las diligencias de consulta. Sólo la existencia de este tipo de mecanismos, en nuestra opinión, garantiza que se cumpla uno de los requisitos esenciales de la consulta: que sea *libre* (Garavito, Ibídem).

## Circulación de la información

Para eliminar la barrera de la opacidad de la información, buscando que no se limite este proceso a la exposición y acceso a la norma o proyecto objeto de consulta, sino que la información sea transparente y con un lenguaje entendible sobre los efectos potenciales en la comunidad a corto y largo plazo, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que son susceptibles de causar una afectación sobre el territorio y la comunidad. De esta forma se estará efectivamente cumpliendo el principio de que la consulta sea informada.

## Uso adecuado del tiempo

La insuficiencia de tiempo impide que se pueda desarrollar de manera genuina una consulta, ya que por un lado hay procesos que por no hacerse de forma previa, es decir la ejecución de los proyectos y debates parlamentarios ya se encuentran en marcha, deben desarrollarse con de afuera en procesos a contrarreloj, o por otro lado que las interrupciones o suspensiones lo vuelvan un procedimiento lento, demorado y con vocación de acelerarse de forma drástica. Hacer un uso adecuado del tiempo implica que la consulta debe ser previa y que se debe asegurar que los tiempos de la consulta sean los suficientes y necesarios para que los pueblos y organizaciones puedan participar de manera adecuada en ella.

En relación con el alcance del derecho a la consulta, el Relator Especial James Anaya señala que la elaboración de estos principios en los instrumentos y jurisprudencia internacionales responde a una historia en que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos. Los principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación. Pero con este propósito los principios de consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos e importantes en juego. Al oponerse a la imposición de una parte sobre la otra, los principios de consulta y de consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones (ONU, 2008).

## Los sujetos jurídicos de la consulta previa

### Pueblos indígenas y tribales

El Convenio 169 de la OIT restringe su aplicación a los pueblos indígenas y tribales que reúnan ciertas características materialmente verificables (elementos objetivos) y que al mismo tiempo revelan una identidad étnica colectiva (elemento subjetivo de autoidentificación). Los elementos objetivos contemplados en el Artículo 1.(1) del Convenio 169 han sido aplicados para identificar los pueblos indígenas en procesos políticos y legales nacionales e internacionales, incluso más allá del ámbito de aplicación de los Estados que ratificaron este instrumento, sirviendo también para las definiciones operativas del término pueblos indígenas por parte de varios organismos como el Banco Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (OIT, 2009). En palabras de la Corte Constitucional este Convenio establece 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 los diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento subjetivo estos es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión (C-169 de 2001).

Elementos objetivos en comunidades indígenas:

1. **Continuidad histórica:** Ser una comunidad descendiente de un pueblo que era anterior a la conquista o a la colonización.
2. **Conexión territorial:** Los antepasados debían habitar el territorio que ahora es nacional.
3. Tener instituciones políticas, culturales y sociales diferentes.

En el caso de los pueblos Tribales es importante:

1. Que reúnan condiciones económicas, culturales, organización social y forma de vida que los distingan de los otros grupos sociales y de la colectividad nacional.

2. Estar regulados total o parcialmente por sus tradiciones y costumbres y/o que exista un reconocimiento legal especial.

La titularidad del derecho a la consulta previa reside para los pueblos indígenas y tribales. Su concepto o entendimiento no es estricto, ya que el Convenio 169 de la OIT no establece una definición en estricto sentido del término de pueblos indígenas, como se expuso con anterioridad, pero establece en su Artículo 33.1 que estos pueblos tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres o tradiciones. Por lo anterior, alcanza a cobijar a las comunidades afrodescendientes, e incluso, en algunos tratados se afirma que también a las comunidades campesinas y rurales (DPLF, 2011). La Corte Constitucional de Colombia, en un caso atípico, aplicó con base en este Convenio, los criterios para definir los beneficiarios del derecho a la consulta y proteger también a las comunidades afrodescendientes (Sentencias C-461 de 2008, C-915 de 2010, T-116 de 2011, T-129 de 2011, C-187 de 2011 y T-576 de 2014).

La Corte Constitucional colombiana resalta que la mención a tales elementos no supone que exista un catálogo exhaustivo al cual deba supeditarse el examen de la condición indígena o tribal de cierta comunidad. Lo que es indispensable es que se valore su conciencia de identidad, elemento al que el propio Convenio califica como el criterio fundamental para determinar a los destinatarios de sus disposiciones (Sentencia T-576/14).

Perú es un ejemplo paradigmático en el reconocimiento de los pueblos como indígenas y sujetos del derecho a la consulta previa. La norma además de establecer los criterios objetivos y subjetivo que están en la normatividad internacional, deben tener vínculo con la tierra ancestral y la lengua materna, lo que tiene como resultado que muchas comunidades que se auto reconocen como indígenas, no sean reconocidas de esta manera por el Estado (Baquero, 2015). Estos criterios son reduccionistas y desprotegen a varias comunidades. Mientras que el gobierno anunció que hay 50 pueblos amazónicos y 4 pueblos andinos (Huertas, 2015), la CEPAL afirmó que en Perú viven 85 pueblos indígenas (ONU, 2014).

## **Instituciones representativas de las comunidades étnicas**

Las instituciones representativas de las comunidades indígenas no pueden ser rígidas debido a la diversidad de pueblos étnicos y a sus particularidades

culturales. Cada comunidad se reconoce en sus dinámicas internas y se articulan como sujeto político en el ejercicio de los derechos de autogobierno y auto reconocimiento.

El informe A/HCR/12/34 de James Anaya sugiere cuatro criterios mínimos de representatividad (ONU, 2009):

- a. Dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas. Cuando son proyectos focalizados, es más fácil identificar la comunidad o comunidades que pueden ser afectadas por la implementación de éstos. Pero cuando se trata de medidas legislativas es más difícil encontrar una solución práctica sobre las instituciones representativas cuando el alcance es general y de aplicación nacional. La complejidad radica en que las partes deben reconocer sus valores, tradiciones, costumbres y cosmovisiones sobre los temas de consulta, y al ser tantos interlocutores, deben tratar de tener en cuenta al mayor número de instituciones representativas para que ninguna comunidad se sienta excluida. En algunos casos de consulta previa el gobierno colombiano estableció interlocución con las instituciones representativas de las comunidades indígenas, pero dejó por fuera otras comunidades que cumplen con el reconocimiento de pueblos étnicos y que también son susceptibles de ser afectados por dichas medidas administrativas o legislativas (Ver Sentencia T-769 de 2009). Por esta razón el Comité Tripartito del Consejo Administrativo de la OIT considera que el proceso de consulta puede ser oportuno si se establecen de forma previa criterios claros en cuanto a la forma de la consulta y la representatividad (OIT, 2001).
- b. Deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos. Lo que no implica que se establezca un procedimiento rígido, sino que efectivamente garantice la participación de las comunidades que pueden ser afectadas por las medidas administrativas o legislativas en el proceso de consulta, reconociendo las diferencias de cosmovisiones y la necesidad de marcos flexibles que materialicen los derechos humanos de estas comunidades.
- c. Debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos. Como se dijo anteriormente, las dinámicas propias de cada comunidad hacen que reconozcan diferentes instituciones representativas que pueden ser tradicionales o que se han modernizado para satisfacer las necesidades de representación de la comunidad. Sin embargo la OIT señala que no se deben confundir las instituciones representativas de los pueblos indígenas con las organizaciones más representativas de estos pueblos (OIT, 2001).

- d. Conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género.

## Instituciones

El Estado es el sujeto consultante y su capacidad es indelegable a otras personas naturales o jurídicas (Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT). A pesar de que las empresas privadas en la mayoría de los casos son quienes en la práctica llevan a cabo las actividades que afectan a los pueblos indígenas, debe ser el Estado quien desarrolle la consulta de manera adecuada (ONU, 2009). Este reconocimiento es importante pues históricamente las empresas extractivas eran quienes se encargaban de realizar los procesos de consulta a la población, como una forma de legitimar sus actividades en los territorios (Carrión, 2012). Por esta razón el Estado debe garantizar todo el apoyo administrativo y logístico que sea necesario para la realización de la consulta.

En el caso colombiano quienes deben dar trámite a la Consulta Previa son en muchos de los casos los Ministerios del Interior y Ambiente. Sin embargo en la experiencia sucede que el Ministerio sólo hace presencia en la reunión de protocolización. Esta protocolización es usada como prueba de haber realizado la experiencia de consulta previa, pero la falta de presencia del gobierno en estos escenarios pone en riesgo que proceso, en especial que la experiencia logre el consentimiento libre, previo e informado (Herrera, 2013).

Los miembros de las empresas delegados para los procesos de consulta previa para la implementación del proyecto de su interés, pueden participar para presentar la información necesaria y exponer de forma clara las implicaciones del proyecto, respetando los principios generales de la consulta previa.

También pueden participar antes de control como la Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y Personería para vigilar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos, participando como garantes en la realización de la consulta previa.

## Ámbito de aplicación de la consulta previa

El Relator James Anaya ha sugerido algunos lineamientos ante el Consejo de Derechos Humanos en su 12º período de sesiones de septiembre de 2009, sobre el

Ámbito de aplicación de la consulta previa, expone que será establecido siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad (ONU, 2009), lo que quiere decir que el deber de consultar se ejerce cuando se trata de medidas administrativas o legislativas que sean potenciales de tener efectos sobre los territorios de los pueblos étnicos.

En la sentencia SU-383 de 2003 la Corte Constitucional establece el ámbito temático de la consulta previa y declara que ésta se debe llevar a cabo respecto de cualquier aspecto que afecte directamente a la comunidad étnica. En el artículo 330 de la Constitución Política se circunscribe únicamente al caso de explotación de recursos naturales en los territorios indígenas y en el 329 al de la delimitación de las entidades territoriales indígenas, pero con la incorporación del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad, se amplía su espectro a las medidas susceptibles de afectar directamente a las comunidades, sin establecer una restricción temática.

La consulta previa es imperativa frente a las medidas legislativas y/o administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Si las medidas afectan a la población general y no inciden directamente sobre las comunidades diferenciadas, no estarán por ende sujetas a consulta. Para establecer si las medidas afectan directamente a las comunidades, la Corte Constitucional colombiana señala que se debe revisar si los temas de estas medidas están contempladas en el Convenio 169 de la OIT, o si se trata de temas que tengan una relación intrínseca con su identidad como comunidad étnica o un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes (Sentencia C-175 de 2009).

La sentencia C-366 de 2011 estableció tres escenarios posibles en los que procede la consulta previa por afectación directa de las comunidades étnicas:

1. Cuando la medida tiene por objeto regular un tema que debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales.
2. A pesar de que no se trate de estas materias, la medida está vinculada con elementos que conforman la identidad de las comunidades.
3. Cuando se trata de una medida de carácter general pero que regula de manera sistemática materias que afectan las identidades de las comunidades tradicionales ya que puede generarse un déficit de protección de sus derechos.

Si mínimo de establecer de forma taxativa proyectos sobre los que se debe aplicar el derecho a la consulta previa, materias como el territorio, el aprovechamiento

de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas que se asientan las comunidades indígenas, son con frecuencia los objetos de las consultas. En relación con la autonomía de las comunidades también se debe someter al proceso de consulta las materias que versen sobre la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas (Arts 329 y 330 de la Constitución Política), al igual que los aspectos propios del gobierno, el territorio y en especial los de explotación de los recursos (Art. 330 Constitución Política).

La Corte Constitucional a su vez señala que cuando se discute alrededor de medidas legislativas que son susceptibles de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, los representantes de las comunidades y las instituciones gubernamentales deben estar en la posibilidad de formular modificaciones y adiciones al proyecto de medida legislativa, y de lograrse un acuerdo sobre la inclusión de la modificación, ésta debe tener potencialidad de integrar el texto de la ley<sup>6</sup>.

La consulta previa en actividades extractivas es un punto particularmente regido en estos procesos porque emergen de la pugna entre el modelo de desarrollo que asume el Estado que busca suplir las necesidades y demandas energéticas a través de la explotación de recursos naturales que se encuentran en territorios indígenas, y el derecho de los pueblos étnicos a definir su propio modelo de desarrollo, al territorio y a la subsistencia física de la comunidad que se pueden ver afectados por las actividades extractivas (Yrigoyen, 2009).

Otros puntos o listado de circunstancias en los que se debe desarrollar el proceso de consulta son expuestos por Gloria Amparo Rodríguez (2009) en su escrito *El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos en Colombia* y son los siguientes:

Para la expedición de medidas de orden nacional, departamental o local que sean susceptibles de afectar a estas comunidades.

En la erradicación de cultivos ilícitos en los territorios indígenas.

Para proyectos de investigación científica o arqueológica en sus territorios.

Cuando organismos de seguridad del estado pretendan desarrollar actividades en sus territorios.

Se desee realizar la adopción de menores de edad que pertenezcan a estas comunidades.

---

6 Ver Sentencia C-175 de 2009

En los casos en que se vayan a otorgar autorizaciones para ejecutar proyectos o utilizar los recursos naturales de los territorios.

En el trámite de procesos administrativos ambientales que puedan afectar a las comunidades.

En el caso de traslado de las comunidades de sus tierras tradicionales a otro lugar.

## Tiempos que debe llevar la consulta previamente

La Corte Constitucional colombiana señala que no es plausible pensar en la determinación de un tiempo único para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, ya que homogeneizar este tipo de procesos desconocen el respeto por las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas (Sentencia T-129 de 2011). Esto refuerza el carácter previo de la consulta, ya que se debe realizar desde la etapa de estudios de planeación o factibilidad, y no al final, ya que rompe los tiempos propios de las comunidades indígenas y no permite buscar un acuerdo entre iguales con sus diferencias, cayendo en lo que hemos mencionado con anterioridad en el carácter meramente informativo de la consulta previa.

En la sentencia citada con anterioridad, Daniel Aguirre Licht, profesor de antropología de la Universidad de los Andes, emitió un concepto sobre los tiempos en que se debe llevar a cabo la consulta, señalando que el Estado debe ajustarse a los tiempos y mecanismos en el sentido en que los interpretan y entienden los consultados y conforme a sus modalidades culturales es por esto que cita a (Pineda, 2002), para ejemplificar con las comunidades Kogui, quienes toman decisiones a través de procesos de adivinación y ofrendas que pueden durar algunos días, las autoridades de la Sierra de Nevada de Santa que no se consideran administradores sino adivinos, y en otras comunidades, como los Wayú, la interpretación de los sueños es un factor decisivo en este tipo de procedimientos.

## Reflexiones sobre la reglamentación de la consulta previa

La consulta previa está definida de manera dispersa en la normatividad y jurisprudencia internacional, y en los desarrollos legislativos de los países que

la reconocen. Además de la dispersión normativa, la consulta previa está definida con parámetros muy generales, pero los detalles procedimentales no han sido desarrollados por las normas jurídicas internacionales ni nacionales (Rodríguez y Orduz, 2012). La razón de que se practique bajo estos lineamientos el proceso de consulta previa radica en la necesidad de los Estados de contar con cierta flexibilidad para definir los términos de estos procedimientos, y que de esta manera se pueda ajustar un procedimiento a cada caso concreto que sea respetuoso de la diversidad cultural la comunidad étnica.

Sobre el tema hay varias posiciones que oscilan desde la apuesta por una reglamentación o protocolo que establezca unos lineamientos a la hora de realizar el proceso de consulta previa para asegurar la inclusión y la protección de los derechos de las comunidades indígenas reconocidas por la comunidad internacional y las normas constitucionales en cada uno de los países, hasta la postura de que esta reglamentación no exista, ya que el marco internacional sobre la consulta previa y la protección de los derechos de los pueblos étnicos a la libre determinación, participación, el territorio y uso de los recursos naturales, es suficiente para establecer procesos de consulta previa en diálogo con las propias comunidades, y por ende, los marcos generales y flexibles permiten garantizar y no limitar el desarrollo de este proceso en respetando las visiones, costumbres y modelos de desarrollo de los pueblos indígenas.

## **El procedimiento es necesario para asegurar el derecho a la consulta previa de los pueblos étnicos**

Este extremo de la discusión considera que la reglamentación del procedimiento de consulta previa es necesaria para incluir, a través de leyes estatutarias, los intereses de los pueblos étnicos y garantías efectivas a sus derechos. Algunos conciben que reglamentar es un mecanismo de avance, porque permitir iniciar procedimientos y las tensiones que genera el resultado final de las normas, podrá ser resultar en la implementación de cada consulta específica (Pinto, 2013).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial resalta la necesidad de que los países adopten una ley en la materia, sin que la ausencia de reglamentación implique un impedimento para llevar a cabo procesos de consulta previa (ONU, 2012). En la misma línea el informe A/HCR/12/34 de James Anaya señala que la consulta debe darse a través de procedimientos apropiados e instituciones representativas indígenas, y con ello toma nota de la diversidad cultural existente y de la imposibilidad de establecer una regla general para todos

sobre cómo aplicarla, ya que los procedimientos dependerán de la materia que se pretende consultar, así como de las propuestas de los propios pueblos sobre los modos de su realización (ONU, 2009).

Frente a estos lineamientos dictados por la comunidad internacional también hay posiciones en la academia que piensan que la falta de reglamentación hace proclive que no se realicen los procedimientos de consulta cuando para garantizar el ejercicio de participación de las comunidades, o que si hacen, se pongan obstáculos a las partes durante el proceso por las instituciones gubernamentales así como por las minorías étnicas. Una ley que reglamente la consulta previa no puede reemplazar el bloque de constitucionalidad sobre la consulta previa, y tampoco puede precisar todos los detalles del procedimiento porque la ejecución de la consulta requiere de cierta flexibilidad para adaptarse a las circunstancias de cada proceso (Orduz, 2013), pero puede ser un compendio o protocolo sobre la base de las reglas que ya existen.

### **Un procedimiento para la consulta previa puede limitar los derechos de la comunidad indígena**

Por otro lado se ha consolidado una posición sobre la reglamentación de la consulta previa que afirma que establecer un procedimiento reglado puede tener varias dificultades y entorpecer su ejercicio. Como aún hay problemas en la identificación de los territorios ancestrales de las comunidades indígenas y los Estados han tenido acciones negativas para llevar esta identificación a cabo, reglamentar un proceso de consulta previa puede desconocer procesos de auto-identificación del territorio de las comunidades que aún no lo han consolidado. Como se mencionara más adelante, en el caso colombiano, hay 88 comunidades indígenas reconocidas con sus territorios, sin embargo, la ONIC considera que hay alrededor de 102 pueblos indígenas en el territorio nacional (KAS, 2009).

El proceso de consulta previa se puede realizar sin que necesariamente exista un reglamento que diga cómo se debe llevar a cabo. Los lineamientos del marco internacional y constitucional establecen principios generales que podrán direccionar el proceso que se llevará a cabo. Al respecto la autora Amalia Arzvalo dice que la regulación internacional actual es perfectible siempre que los Estados y las demás partes involucradas actúen de buena fe, con el objeto de establecer los mecanismos que permiten conocer la voluntad genuina del pueblo indígena y que aseguren que todos cumplan con sus compromisos asumidos (Arzvalo, 2014).

Para Luis Fernando Arias, Consejero Mayor de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), al ser la Consulta Previa un Derecho Fundamental afirma que las comunidades indígenas no van a permitir que se reglamente el derecho fundamental a la Consulta Previa mediante ley estatutaria porque con eso lo que se busca es limitar el derecho, y este derecho no es un mero procedimiento, no es un mero trámite, no es un asunto de cronograma, no es un asunto de tiempo, no es un asunto de recurso, es un asunto de derecho de la dignidad de los pueblos.

Conforme al Artículo 6, numeral 1, literal a, del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa debe efectuarse mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas por tal razón esta se caracteriza por su flexibilidad en razón de la diversidad de pueblos indígenas, lo que impide contar con un procedimiento uniforme en todos los casos.

## **Referentes en la jurisprudencia internacional para pensar la reglamentación de la Consulta Previa**

Es importante tener en cuenta las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos porque el desarrollo jurisprudencia de este Tribunal ha consolidado reglas o criterios para la forma como se debe regular y realizar la consulta previa en los casos mencionados. Los referentes jurisprudenciales a resaltar son la sentencia del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador del 27 de junio de 2012 y la sentencia del Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia.

El primer caso se refiere al otorgamiento por parte del Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación en el territorio del Pueblo Kichwa de Sarayaku. Para ello, entre los métodos usados en la exploración, usaron explosivos de alto poder en varios lugares del territorio indígena, creando una situación riesgosa para esta comunidad ya que no tenían acceso a los recursos que requieren para su subsistencia ni a la circulación sobre el territorio generando efectos sobre sus tradiciones culturales. A pesar de lo anterior, el Estado ecuatoriano no brindó las garantías judiciales para proteger los derechos humanos de esta población indígena.

---

7 Luis Fernando Arias en (Morris, 2013)

A lo largo del proceso judicial, el Estado de Ecuador manifestó que reconoce plenamente el derecho que tiene sobre el territorio el Pueblo Sarayaku, sin embargo cuestionó la obligación que tiene de realizar la consulta previa en este caso, alegando que algunos actos de la empresa petrolera cumplieron con los objetivos de consulta de las comunidades. Sobre este punto la Corte Interamericana, con base en el caso *Saramaka vs. Surinam*, afirma que para que la explotación de recursos naturales no vulnere derechos de las comunidades indígenas el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardas: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en caso 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 (Caso Sarayaku Vs. Ecuador).

La Corte es enfática frente al deber de los Estados de realizar la consulta previa para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, particularmente su derecho a la propiedad comunal. Lo que implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas (*Ibidem*).

Esta obligación que tiene el Estado de realizar la consulta previa con las comunidades indígenas no puede ser delegada en la empresa privada que va a realizar la explotación sobre el territorio de las comunidades. Por esto la Corte recuerda a los Estados parte del Convenio 169 de la OIT, que están en la obligación de adoptar, de acuerdo con sus procedimientos internos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias. Para ello los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen. Sin embargo la falta de reglamentación, aunque puede ser un meca-

nismo necesario para el ejercicio de la consulta, no constituye un obstáculo para la efectividad de la consulta previa.

Esta sentencia es importante porque, pese a que reconoce que Ecuador tiene una de las Constituciones más de avanzadas del mundo en materia del reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada, constata que los derechos a la consulta previa no han sido suficientemente regulados por la normatividad adecuada para su implementación práctica. Por ello afirma que los Estados deben tomar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa, para lo cual debe asegurar la participación de las comunidades y la capacitación a los funcionarios estatales, que tendrán a su cargo este proceso, sobre derechos de los pueblos indígenas y consulta previa.

En el caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, la Corte busca establecer la responsabilidad del Estado por las violaciones de los derechos humanos sobre las comunidades que fueron asesinadas y desplazadas del territorio en la "Operación Génesis" en medio del conflicto socio-territorial y la violación de la propiedad colectiva de dichas comunidades sobre los territorios que han poseído ancestralmente, por la explotación de sus recursos naturales, lo que ha ocasionado desplazamientos de la población afrodescendiente.

Este caso es importante porque la Corte Interamericana reconoce que, en el contexto del derecho de propiedad de miembros de los pueblos indígenas, el artículo 21 de la Convención protege la vinculación estrecha entre otras comunidades o pueblos tribales, como es el caso de las comunidades afrodescendientes, tienen con sus tierras, siendo necesaria la protección del derecho a la propiedad colectiva y su goce para garantizar su supervivencia. Esto implica que la reglamentación de consulta previa, en los Estados Parte del Convenio 169, deben a comunidades que también son susceptibles de ser sujeto de protección por este instrumento. Aunque poco habla la sentencia sobre la consulta previa, es importante que la Corte haya reconocido tales atributos a las poblaciones afrodescendientes, teniendo en cuenta que estas comunidades han sido fuertemente desprotegidas en los Estados, especialmente en el caso colombiano.

## La Consulta Previa en Colombia

La vigencia efectiva del derecho a la consulta previa como un derecho fundamental, en el marco de la Constitución de 1991 que señala el Estado Colombiano como un Estado Social y de Derecho, es uno de los desafíos al interior de los

pueblos indígenas frente a las limitaciones a las que se enfrenta este derecho. Para Gloria Amparo Rodríguez (Rodríguez, 2014) el derecho a la consulta previa se debe aplicar con un enfoque integral, que se fortalezca en el principio de la Nación pluricultural y multicultural consagrados en la Carta Política.

La realización de la consulta previa cuando se requiere explotar los recursos naturales en los territorios de pueblos indígenas, busca respetar las autoridades y procedimientos tradicionales de estas comunidades y ajustarse a su contexto cultural. Se fundamenta en la capacidad de organización, toma de decisiones y autogobierno, así como en la preservación de los saberes y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas. De esta manera las diferentes comunidades indígenas tienen derecho a que cualquier decisión, actividad o proyecto que afecte el pleno ejercicio de su autonomía, participen en las decisiones que son potenciales de afectar su derecho de propiedad colectiva sobre su territorio. Es reconocido tanto en la legislación como en la jurisprudencia nacional e internacional, y se busca a través de los procesos de consulta que las comunidades puedan tener una incidencia en las decisiones para que tengan consonancia con su propia visión y sus prioridades particulares de desarrollo económico, social y cultural. De esta manera la consulta previa cumple una función de participación, pero a la vez de preservación de las prácticas sociales y culturales de la comunidad. Los pueblos indígenas reclaman el reconocimiento de sus rasgos culturales, la supervivencia de su comunidad y la soberanía de sus territorios y recursos ancestrales.

Los desarrollos de la consulta previa se deben mirar en paralelo con los derechos a la participación política de las comunidades indígenas, como lo es la libre determinación de su modelo de desarrollo y la participación activa en las diferentes etapas de la implementación de la política pública que les afecte (Pinto, 2013).

En la actualidad existe una gran tensión entre la implementación adecuada de este derecho y los intereses del Estado colombiano de explotar los recursos naturales renovables y no renovables en los territorios indígenas, para conseguir un crecimiento y desarrollo económico. Para entender estos momentos de tensión se debe hacer una revisión de este derecho a nivel normativo y jurisprudencial, y así exponer los casos en los que ha sido difícil conciliar este choque de poderes.

En los últimos años, especialmente en el gobierno Uribe, el tema de consulta previa ha chocado de forma directa frente a la política de confianza inversionista y el modelo de desarrollo agroindustrial de grandes monocultivos como los de la palma. Las consultas previas que se han realizado en el país desde 1994, han resultado en su mayoría una farsa en el mejor de los casos, y una fuente de conflicto y violencia en los demás (Rico, 2009).

A pesar de lo anterior, los avances jurídicos y jurisprudenciales han sido muy garantistas del derecho a la consulta previa. Ejemplo de esto son el Estatuto de Desarrollo Rural, la Ley Forestal, el Código de Minas y el condicionamiento a Planes de Desarrollo, que han sido *derribados* por la Corte Constitucional en aras a que se establezcan los mecanismos de consulta que respeten los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

La falta de consulta previa con los pueblos *étnicos* en decisiones que les afectan es un problema que persiste. A pesar de los desarrollos constitucionales y jurídicos ampliamente elaborados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la *negación* a realizar la consulta previa en diferentes contextos, *negación* que busca ser subsanada por *vía* jurisprudencial pero que desborda los proyectos de ley y las *políticas* públicas con impacto en los territorios indígenas y en el desarrollo de vida de su comunidad.

## La consulta previa como derecho fundamental

La Constitución Política de Colombia, como Estado Social de Derecho pluralista, reconoce y protege la diversidad *étnica* y cultural del país (Artículo 7) y establece que promueve las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y por esta razón, debe adoptar medidas en favor de los grupos discriminados o marginados (Artículo 13). La Carta Política reconoce *los* derechos colectivos de los pueblos indígenas a la supervivencia como grupo diferenciado, a la propiedad de sus tierras y territorio y a la *disposición* y *administración* de sus recursos naturales que existen en ellos, a la autonomía, al autogobierno y la identidad e integridad cultural, en el marco de los estándares internacionales de derechos humanos (KAS, 2009)<sup>8</sup>.

La sentencia SU-039 de 1997 reconoce la consulta previa como un derecho fundamental *pues* se erige en un instrumento que es *básico* para preservar la integridad *étnica*, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. La importancia que tiene este derecho para las comunidades indígenas es que es el *único* mecanismo que asegura su supervivencia futura, ya que permite discutir un proyecto o medida que *podría* cambiar para siempre *la* historia, el territorio, la organización y la cultura del pueblo (Orduz, 2013).

---

8 Preámbulo de la Constitución Política y artículos 1, 2, 7, 8, 10, 63, 70, 329 y 330.

La consulta previa se fundamenta en el principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural<sup>9</sup>, los cuales se deben proteger a la luz del pluralismo jurídico y el reconocimiento de los pueblos étnicos como comunidades diferenciadas y autónomas<sup>10</sup>. A su vez se fundamenta en el derecho a decidir sus prioridades de desarrollo y preservación de su cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por vía de tutela, en razón a la importancia política del mismo, ya que implica la defensa de la identidad y la integridad cultural, y materializa el derecho de participación de estas comunidades<sup>11</sup>.

## Normas sobre la consulta previa

La Constitución colombiana tiene varios artículos que protegen los derechos de las comunidades indígenas, y aunque no hace referencia explícita al proceso de Consulta Previa, si reconocen la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (Artículo 7), establece la imprescriptibilidad, inembargabilidad y el carácter de inalienables de las tierras comunales de los grupos étnicos (Artículo 63) y expone la pugna entre la explotación de los recursos naturales de los territorios de las comunidades indígenas y la afectación que puede tener en los aspectos sociales, económicos y las culturales de los últimos, e instando al gobierno de propiciar espacios de participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones que se adopten en dicha explotación (Artículo 330).

Colombia ratificó el Convenio 169 de la OIT a través de la ley 21 de 1991. En abril de 2009 el gobierno colombiano en la Conferencia de Durban expresó su respaldo unilateral a la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Como se mencionó con anterioridad la Constitución reconoce la autonomía de los pueblos étnicos y la facultad que tienen al interior de sus comunidades de ejercer funciones públicas, administrativas y jurisdiccionales en sus territorios, de conformidad con sus propias normas y costumbres. Estos instrumentos establecen un Bloque de Constitucionalidad sobre la Consulta Previa que serán la cuspide en la jerarquía normativa de los desarrollos legislativos sobre el tema y que engloban los derechos humanos de las comuni-

---

9 Artículo 40 de la Constitución Política.

10 Ver artículos 7 y 330 de la Constitución Política.

11 Ver Sentencia 030 de 2008

dades indígenas protegidos y garantizados a través del ejercicio de participación de la Consulta Previa.

Decreto 1795 de 1995 Reglamentario de la ley 70 de 1993 y la ley 99 de 1993 reconoce la consulta previa y el deber del gobierno de realizar este proceso en casos de explotación de los recursos naturales en comunidades indígenas y afrodescendientes, extendiendo de forma implícita los efectos de la aplicación del Convenio 169 a las comunidades afrodescendientes tradicionales. En el primero reconoce que el otorgamiento de licencias ambientales para la ejecución de proyectos, obras o actividades en cabeza de las autoridades competentes del Sistema Nacional Ambiental, debe ir acompañado en los casos en los que de acuerdo con la ley 70 se le adjudica el derecho de propiedad colectiva a comunidades tradicionales afrodescendientes, por el proceso de consulta previa de acuerdo a lo señalado en el artículo 76 de la ley 99 de 1993. La norma anteriormente mencionada dice *Artículo 76.- De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades*

Posteriormente el Decreto 1320 de 1998 estableció el deber de la realización de la consulta previa en los casos en que el proyecto se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras (Artículo 2). Este decreto se hizo durante el gobierno de Ernesto Samper (1994-1998), en donde se establecieron plazos y periodos para realizar el procedimiento de consulta previa, con el objetivo de darle agilidad a los procesos de exploración petrolera y de la central hidroeléctrica detenidos por la necesidad de realizar la consulta previa. A pesar de que la Corte Constitucional ordenó inaplicar este decreto por su incompatibilidad con la Constitución Política (Sentencias T-745 de 2010 y T-680-2012), el Ministerio de Ambiente en las experiencias de consulta previa lo usó como fuente vinculante<sup>12</sup>.

Sobre este aspecto es importante mencionar el estado de cosas inconstitucional en materia de consulta previa (Rodríguez, 2014). Algunos pueblos indígenas en Colombia están en peligro de ser exterminados como consecuencia del conflicto armado interno o porque han sido víctimas de violaciones a sus derechos humanos de forma sistemática (Auto 004/2009). Además de atravesar

---

12 El autor investiga sobre las consultas realizadas en el 2009 y 2010 (Herrera, 2013)

situaciones de violencia y desplazamiento que traen como consecuencia que las comunidades indígenas ejerzan posesión de forma regular de sus tierras ancestrales en muchos casos, se han seguido desarrollando procesos socio-económicos en estos territorios sin que medie el proceso de consulta previa, agravando el estado de cosas inconstitucional reconocido por la Corte Constitucional. Por eso es importante reconocer aquellos territorios que son propiedad colectiva pero que por diferentes circunstancias no están bajo la posesión de su comunidad, que se desarrollen estos procesos de consulta para garantizar los derechos de los pueblos étnicos.

Con la resolución 3598 de 2008 se trasladan las responsabilidades sobre la consulta previa en el Ministerio del Interior de las Direcciones de Asuntos Indígenas y Asuntos Afro, al Grupo de Consulta Previa. Sus funciones radican en coordinar interinstitucionalmente el proceso de consulta, determinar la presencia de los grupos étnicos a través de visitas a las áreas donde se van a realizar los proyectos, hacer seguimiento a los acuerdos protocolizados, consolidar la información sobre los procesos de consulta previa y promover el conocimiento de este derecho de las comunidades indígenas. Con el decreto 2893 de 2011 del Grupo de Consulta Previa fue reemplazado por la Dirección de Consulta Previa, que tiene mayor jerarquía en la estructura del Ministerio del Interior. Hay muchas críticas sobre esta dependencia en los procesos de consulta previa, como que certifica que en las áreas no existe ningún pueblo étnico con el que se deba realizar un proceso de consulta, aunque en muchos casos si los hay, y que el proceso pedagógico no ha sido lo suficientemente contundente como para que las comunidades puedan ejercer sus derechos sin necesidad de intermediarios (colectivos, Ongs, defensores de derechos humanos).

El decreto 2820 de 2010 expone en qué consiste el papel participativo de las comunidades en los procesos de consulta, haciendo énfasis el deber de información a las comunidades del alcance de los proyectos, sin embargo cabe reiterar que el derecho de participación es mucho más amplio, y busca poner en diálogo los saberes de las comunidades tradicionales y su modelo de desarrollo con el modelo de desarrollo de la Nación, para de esta manera llegar a un consenso o negociación a través del proceso de consulta. Y finalmente la ley 1437 de 2011 establece la obligatoriedad de realizar la consulta previa en los casos señalados por la ley so pena de nulidad.

La consulta previa en Colombia se desarrolla a través de las etapas contempladas en la Directiva Presidencial 001 de marzo de 2010 y la Directiva Presidencial 010 de Noviembre 7 de 2013, que son: 1. preconsulta., 2. consulta., 3. análisis e identificación de impactos, concertación y medias de manejo., 4.

pre-acuerdos., 5. protocolización y acuerdos de la consulta y 6. seguimiento y acompañamiento. Voy a hacer énfasis en la preconsulta porque es la etapa en la que se establecen las reglas de juego para el desarrollo de la consulta, como no existe un protocolo o reglamentación esta etapa se debe hacer antes de cada consulta de forma consensuada.

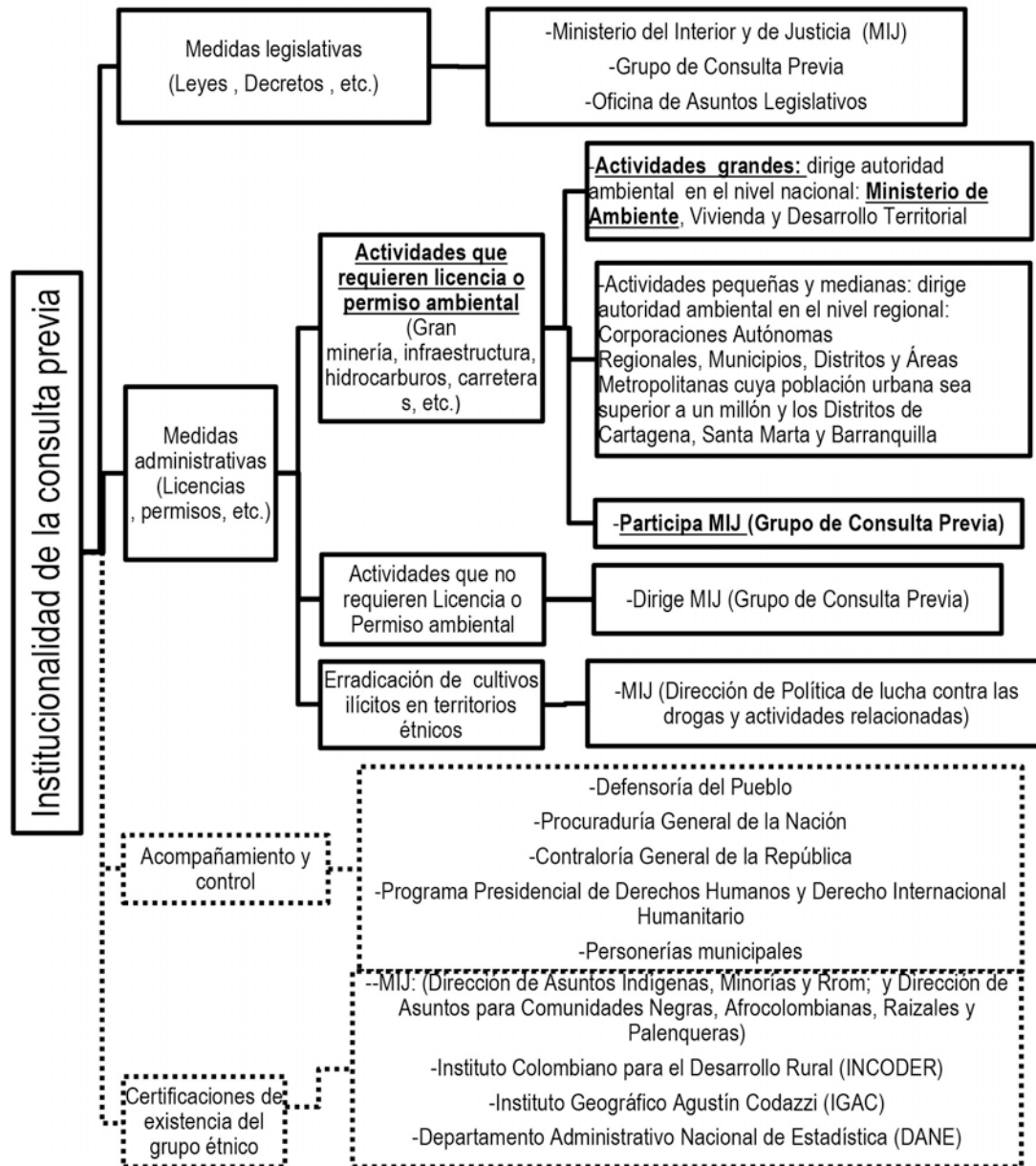
La directiva 001 de 2010 no fue concertada con los pueblos étnicos y la directiva destaca cuando no procede la consulta previa. Es preocupante el aparte de esta directiva que dice: «(...) si bien es cierto que la realización del proceso de consulta previa en los casos previstos en los acuerdos internacionales es obligatoria, los grupos étnicos nacionales, en ejercicio de este derecho fundamental no pueden vetar el desarrollo de proyectos»

El decreto 2893 de 2011 establece que el Ministerio del Interior tendrá como objetivo formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública, planes, programas y proyectos en materia de consulta previa. El ente encargado de coordinar, planear y vigilar los procesos de consulta previa en Colombia es la Dirección de Consulta Previa, la cual pertenece al Viceministerio para la participación y la igualdad. El Ministerio del Interior, en el ejercicio de sus funciones para desarrollar los objetivos misionales en el tema de consulta previa debe: 1. Emitir los actos administrativos de certificación de presencia o no de comunidades étnicas en el área donde se planea desarrollar un proyecto, obra o actividad; 2. Preparar, coordinar, ejecutar y hacer seguimiento a los procesos de consulta previa; 3. Dar respuesta a las acciones de la dirección de Consulta Previa desde el plano legal y jurídico; 4. Difusión, socialización y formación en temas relacionados con el derecho fundamental de la Consulta Previa; y 5. Soportar los procesos logísticos, administrativos y presupuestas para el proceso de Consulta Previa.

El espacio institucional de diálogo entre los pueblos indígenas y el gobierno nacional es la Mesa Permanente de Concertación (artículo 16 Decreto 1397 de 1996). A través de esta mesa, se ha permitido fijar las metodologías para consultas previas de medidas legislativas y reglas de juego. Un ejemplo de este trabajo de concertación es el Decreto Ley de Víctimas Indígenas No. 4633 de 2011, al que se logró un proceso de consulta al fijar reglas de juegos desde el inicio y actuar de buena fe. En el caso de las comunidades afrodescendientes el gobierno realizó el 12 de octubre de 2015 la protocolización del Espacio Nacional de Consulta, que es un espacio autónomo de consulta y diálogo con el gobierno.

### Cuadro. Institucionalidad de la Consulta Previa

Cuadro extraído de la tesis titulada “Evaluación política pública de consulta previa del Ministerio de Ambiente durante 2009 y 2010”(Herrera, 2013). <http://www.bdigital.unal.edu.co/40941/1/6702422.2013.pdf>



## La importancia de la Corte Constitucional para el desarrollo de la Consulta Previa

El profesor Rodolfo Stavanhegan, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en el informe que presentó sobre su visita a Colombia en el año 2004, afirmó que la precaria situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Colombia refleja el desfase entre una legislación nacional avanzada y la poca efectividad real de las instituciones encargadas de su protección, en el marco de un conflicto armado interno en el cual participan numerosos contendientes cuya acción incide en las posibilidades de supervivencia de las comunidades autóctonas (Naciones Unidas, 2004, par 81). Esta afirmación fue reiterada en el informe que presentó el Relator James Anaya sobre la situación de los pueblos indígenas en Colombia en el 2009 (Naciones Unidas, 2009, par 6).

En Colombia desde el año 1993 hasta el 2010 el Ministerio de Ambiente ha otorgado 2112 licencias de explotación, pero sólo tienen 101 experiencias de consulta (Rodríguez, Gómez y Monroy, 2012). Además en la Corte Constitucional se han presentado 45 acciones de tutela por violación a la consulta previa a comunidades indígenas y afrodescendientes, de las cuales 30 han sido favorables para estos pueblos, lo que evidencia el papel tan importante que representa el Tribunal Constitucional para materializar el derecho de las comunidades indígenas y llenar el vacío gubernamental en esta materia<sup>13</sup>. A pesar de que el gobierno no ha tenido la voluntad para negociar con las comunidades indígenas la Corte los ha obligado a que se sienten con ellos. Fue en esta instancia que se frenan las iniciativas gubernamentales de hacer el estatuto rural, la ley forestal y el código de minas.

La Corte Constitucional ha sido ambiciosa en su jurisprudencia frente a la protección de los derechos a la autonomía y la supervivencia de las comunidades étnicas, por esta razón se le dio un reconocimiento jurisprudencial del derecho a la consulta previa como un derecho fundamental. Sobre esto Marco Romero manifiesta que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, la Consulta Previa tiene carácter de derecho fundamental, dada la estrecha relación que guarda con los derechos territoriales y culturales de los pueblos y, consecuentemente por la capacidad de asegurar su consentimiento previo, libre e informado sobre las intervenciones en sus territorios. La declaratoria de inexecutable de varias leyes por el incumplimiento de estos requisitos, es un

---

13 Luis Fernando Arias en documental sobre la Consulta Previa (Morris, 2013)

indicador incontrovertible de la ausencia de una institucionalidad y una voluntad política acorde con el compromiso de nación (Romero, 2012).

La Corte Constitucional ha fallado decenas de tutelas que protegen los derechos de los pueblos étnicos y ordenan la protección del derecho fundamental de la consulta previa a favor de las comunidades en casos de violación del derecho al territorio por proyectos de intervención o grandes obras de infraestructura<sup>14</sup>. También ha ordenado la suspensión de fumigaciones en áreas de cultivos de uso ilícito para que se realice la consulta con los pueblos indígenas afectados y así concertar formas de erradicación menos lesivas para su supervivencia y para su integridad cultural<sup>15</sup>. También se ha manifestado sobre la instalación de bases militares en el territorio sin consulta previa, situación que se agrava en el contexto colombiano teniendo en cuenta los efectos que han tenido las comunidades indígenas en medio del conflicto armado. En este sentido la Corte igualmente se manifestó en la Sentencia T-025 de 2004 y el Auto 004 de 2009, en el que identifica un estado de cosas inconstitucional que evidencia la forma sistémica en la que los pueblos indígenas de Colombia han sido victimizados por un conflicto cual son completamente ajenos y ante el cual se han declarado, de manera repetida, autónomos y neutrales, clamando a los grupos armados ilegales que respeten sus vidas, su integridad colectiva y sus territorios (Auto 004 de 2009).

## La consulta previa al interior de las comunidades indígenas

Desde la conquista española las disputas entre el hombre occidental y el indígena ha estado mediada por un lado por intereses sobre el territorio y la explotación de recursos naturales que se encuentran al interior de comunidades tradicionales, y por el otro por estereotipos en donde se ve a los indígenas como bárbaros, borrachos, (que) consumen drogas, violadores, que no imparten justicia, ladrones (Séptimo D, 2015), entre otros. Hoy en día la imagen no ha cambiado mucho, incluso se las acusa a las comunidades indígenas de engrosar las filas de los grupos guerrilleros, pero el conflicto con la tierra y la explotación de recursos naturales es el punto en conflicto directo con el gobierno. A la oposición que ejercen las comunidades indígenas a los mega-proyectos por afectar el territorio ancestral de las comunidades indígenas se le contraponen los intereses

---

14 Sentencia T-880 de 2006 (pueblo Motilón Bari), Sentencia SU-039 de 1997 (pueblo U'wa) y Sentencia T-652 de 1998 (pueblo Embera Katío).

15 Sentencia SU-383 de 2003.

del Estado por impulsar las locomotoras para el crecimiento de la economía y el desarrollo de la Nación.

Las comunidades indígenas no se oponen al desarrollo del país, pero consideran que se debe concertar con el Estado un modelo de desarrollo que incluya el pensamiento y la cosmovisión de las comunidades indígenas. Sobre esto Luis Fernando Arias, Consejero Mayor de la ONIC, manifiesta que el principal aporte que los pueblos indígenas históricamente le hemos hecho al país, es defender el territorio, sus recursos, donde está hoy concentrada la riqueza de este país. Donde está la biodiversidad, donde están las fuentes de aguas, donde están las fuentes minero - energéticas, donde está el oxígeno, donde está la vida. Y eso lo hemos hecho no solamente pensando en nuestras generaciones, sino pensando en el país, pensando en el universo (Morris, 2013). De no ser por el cuidado que han ejercido las comunidades indígenas sobre sus territorios, ya habrían sido o se estarían explotando sus recursos naturales.

Uno de los casos más importantes sobre Consulta Previa en comunidades indígenas es el del pueblo Motilón Barú y la exploración y explotación petrolera (Sentencia T-880 de 2006). A través de la sentencia de la Corte Constitucional se suspendieron los estudios petroleros que se venían realizando sobre el territorio donde habitaba la comunidad indígena Motilón Barú. La Corte reitera que los pueblos indígenas deben ser consultados previamente sobre las medidas que los afecten. Para la Corte la procedencia de la Consulta Previa radica en el territorio donde se ubican las comunidades y la afectación o perjuicio que puede causar la explotación de los recursos naturales en este territorio. En este caso el Ministerio del Interior expidió una certificación desconociendo la existencia de la comunidad Motilón Barú en el territorio y por esta razón el Ministerio de Ambiente expidió la licencia ambiental. El reclamo radica en los métodos usados por el Ministerio del Interior para desconocer la existencia de la comunidad, ya que la verificación se hizo por un sobrevuelo en helicóptero en el territorio y una posterior indagación de los habitantes del ejército presentes en el área (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009). Por esta razón la Corte considera observa no sólo la vulneración del derecho fundamental del pueblo indígena Motilón Barú a la consulta previa, sino además la profunda lesión infringida a la confianza legítima que las autoridades tradicionales depositan en las autoridades públicas (Sentencia T 880 de 2006).

Otro caso emblemático es el de la comunidad Emberá-Katío, amenazadas por las actividades de un megaproyecto hidroeléctrico que iba a tener fuertes repercusiones medio ambientales y que ponían en peligro la supervivencia de la

comunidad indígena (Sentencia T-652 de 1998). La hidroeléctrica de Urra I se realizó en la década de los noventa, y estuvo viciado desde el principio porque el Estado Colombiano desconoció su deber constitucional de consultar a los pueblos indígenas sobre el proyecto que se realizó en su territorio, sin tener en cuenta las graves e irreparables consecuencias ambientales que esta obra implicaba. La Corte Constitucional tuteló los derechos de la comunidad Embera-Katío y ordenó que se suspendiera la licencia ambiental hasta que se realizara el proceso de consulta. Este proceso de consulta es emblemático porque no sólo representó para la comunidad una violación a sus derechos humanos al territorio y su subsistencia, sino que el proceso de consulta no cumple para nada el carácter de previo, ya que es posterior al proyecto adelantado.

Sin importar la decisión tomada por la Corte Constitucional el Ministerio de Ambiente, bajo la presión de líderes políticos e incluso de grupos paramilitares, vuelve a expedir la licencia ambiental para operar la represa en 1999 (Comisión Colombiana de Juristas, 2008). En el tiempo en que esta comunidad ha luchado para que se garanticen sus derechos humanos, han sido asesinados varios de sus líderes, presuntamente por grupos paramilitares. El Estado Colombiano no sólo incumplió la sentencia de la Corte Constitucional sino que no ha reparado efectivamente los desastrosos daños causados al pueblo Embera Katío. En el 2007 el Ex-presidente Álvaro Uribe Vélez propuso realizar el proyecto Urrá II, con fuertes manifestaciones de la comunidad indígena (*El Tiempo*, 2007).

Al final de los años 90s la Corte Constitucional Colombiana defendió los derechos de la comunidad indígena Uíwa en contra de la concesión de una licencia para la prospección petrolífera en territorio indígena que el Gobierno había concedido a un tercero sin el consentimiento previo de la comunidad (Sentencia SU-039 de 1997). Este caso ha representado una larga pugna entre el Estado con su interés de asegurar fuentes de recursos energéticos y los derechos a la autonomía, el territorio y la pervivencia de la comunidad indígena Uíwa. Llegar a un acuerdo con la comunidad Uíwa no ha sido fácil porque no se tiene en cuenta, durante el proceso, la cosmovisión de esta comunidad. Armando Tegrá, Líder Uíwa, afirma que "... la presencia de estas compañías nos ha traído una descomposición social... El primer tiempo temor del pueblo Uíwa es tanto el medio ambiente y la tierra que en ella existe. En tiempo pasado, los animales, las plantas, estuvieron en una tranquilidad que nunca ni nadie molestó, y como nosotros también tenemos ese derecho, y esperamos que la naturaleza también tenga el mismo derecho que nosotros, por eso nosotros decimos que no queremos que el territorio nuestro se vuelva un desierto" (Citado en Restrepo, 2007).

Es muy clara la pugna entre un desarrollo extractivista y una visión protectionista de la naturaleza. Según los indígenas, la explotación petrolera ha tenido efectos irreversibles en la supervivencia de algunos pueblos indígenas, como es el caso de la comunidad Wiwa Arauca, los Macaguanes, los Sicuanes, los Cuiabas, los Kofanes y otros, que se han convertido en pueblos muy pobres y culturalmente frágiles como resultado de explotación petrolera (Restrepo, 2007). No sólo está en juego la protección de la naturaleza, sino garantizar la entidad física y cultural de las comunidades en pugna.

Finalmente un caso ilustrativo de cómo se aplica la consulta previa es el caso Puerto Brisa (Sentencia T-547 de 2010). En este caso se buscaba construir un Puerto Multipropósito con la creación de un siderúrgico, una cementera y una zona franca industrial en el municipio de Dibulla en la Guajira. El Ministerio del Interior declaró que en la zona no habían territorios de comunidades indígenas, aun cuando en pronunciamientos anteriores si lo había reconocido (Rico, 2009). Por lo anterior Brisa demandó ante el Ministerio de Ambiente que expidiera la licencia ambiental para continuar con el proyecto, y así se hizo en el 2006 pero ordenó que se realice la consulta posteriormente. Aunque se realizaron algunas reuniones, las comunidades Kakuamo, Kogui, Wiwa y Arhuacos de la sierra se opusieron al proyecto porque aquellas reuniones habían sido confusas, con citas tardías y restringidas. A pesar de ello el Ministerio del Interior certificó la realización de la consulta previa por lo que mediante acción de tutela se logró la suspensión del proyecto y la orden del Tribunal Constitucional para que se realice la consulta previa mediante un procedimiento apropiado previamente consultado con dichas autoridades.

## Las comunidades afrodescendientes y la consulta previa

La titularidad del derecho a la consulta previa es de las comunidades indígenas y tribales. En principio no se hace mención del pueblo negro, afrodescendiente, raizal y palenquero, que son los ciudadanos colombianos de origen afrodescendiente, pero como se expuso con anterioridad, el Convenio de la OIT en su artículo 33 reconoce el derecho para que las comunidades determinen su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones.

La ley 70 de 1993 desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Política de 1991, y define en el Artículo 2 a las comunidades afrodescendientes como: ( ) conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que posee una cultura propia, comparte una historia y tiene sus propias tradiciones y costum-

bres dentro de la relación de campo-poblado, que revela y conserva conciencia de identidad que la distingue de otros grupos étnicos. A su vez, la sentencia de la Corte Constitucional T-422 de 1996 expone que «la población afrocolombiana está compuesta por hombres y mujeres con una marcada ascendencia (lingüística, étnica y cultural) africana. Los y las afrocolombianos (as) son algunos de los descendientes que llegaron al continente americano en calidad de esclavos».

En la sentencia C-169 de 2001 la Corte Constitucional considera que las comunidades afrodescendientes cumplen con los elementos objetivo (existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales) y subjetivo (La existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad), que el Convenio 169 de la OIT contempla para reconocer a una comunidad como tribal. Sin embargo la Corte aclara que «los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de sus status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes».

Un punto de partida importante en la Corte Constitucional de la comunidad afrodescendiente como pueblo étnico, y por ende titular del derecho a la consulta previa, se dio a través de la sentencia T- 955 de 2003 que se pronuncia sobre el caso Cacarica. La tutela buscó que se garantizara el derecho fundamental de la comunidad afrodescendiente de la cuenca del río Cacarica al territorio colectivo, ya que a partir de la «Operación Génesis» resultó el desplazamiento de cientos de afrodescendientes y la explotación forestal en dicho territorio, sin respetar la propiedad colectiva ni el derecho a la consulta previa que tienen estas comunidades. Sobre esto dice la sentencia que «el derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de la delimitación de sus tierras a que se refiere la ley 70 de 1993 ( ) Y que el derecho de propiedad colectiva en comento comprende, y siempre comprendió la facultad de las comunidades negras de usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, con criterios de sustentabilidad. Es decir que desde el año 1967, en los términos de la ley 31, a las comunidades negras nacionales, en cuanto pueblos tribales, les fue reconocido el derecho a la propiedad colectiva de los territorios que ocupa ancestralmente y, por ende, las facultades de uso y explotación de sus suelos y bosques». La ley que citan en la sentencia es la ley 31 de 1967, normatividad en la que el Estado en Colombia reconoce a las «comunidades negras» el derecho a la propiedad colectiva de los territorios que ocupan ancestralmente.

Posterior a esta ley se encuentra la ya mencionada ley 70 de 1993, mediante la cual se ha reconocido a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca Pacífica, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva. Lo interesante de este fallo radica en el entendimiento del valor espiritual que tiene para las comunidades negras su relación sus territorios y el papel que, en este sentido, representan sus territorios colectivos y las prácticas tradicionales de producción que desarrollan en ellos frente a la construcción de su identidad cultural. (Sentencia T-576 de 2014).

Sobre el Caso Cacarica también hay un pronunciamiento reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la sentencia la Corte considera que el Estado colombiano es responsable por la violación del derecho a garantizar la asistencia humanitaria y un retorno seguro de los integrantes de la comunidad afrodescendiente en situación de desplazamiento forzado y por la violación del derecho a la propiedad colectiva. Sobre la propiedad colectiva la Corte recuerda que en el contexto del derecho de propiedad de miembros de los pueblos indígenas, el artículo 21 de la Convención (169 de la OIT) protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas y otras comunidades o pueblos tribales, como pueden ser las afrodescendientes, guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprenden de ellos. Debido precisamente a esa 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. (Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica Vs. Colombia).

La sentencia de la Corte Constitucional C-461 de 2008 establece que las comunidades negras son grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, el uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente. En este mismo sentido se pronuncia la providencia T-955 de 2003 y reconoce que el derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT... (Y) que el derecho de propiedad colectiva en comento comprende, y siempre comprendió la facultad de las comunidades negras de usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, con criterios de sustentabilidad, y de acuerdo con las limitaciones legales.

El 10 de enero de 2013, líderes y representantes de Consejos Comunitarios y expresiones organizativas de las comunidades negras, afrocolombianas,

raizales y palenqueras se reunieron con algunos ministerios del gobierno para avanzar en el diálogo de las comunidades con el ejecutivo. El resultado de dicha reunión fue el *Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero*, que se realizó en el 2013 y cuyos puntos principales de discusión fueron: 1. La reglamentación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel contemplada en el artículo 45 de la ley 70 de 1993; 2. La elaboración de un protocolo para la aplicación de la consulta previa y 3. La realización de los procesos de consulta previa de los proyectos de ley de Tierras y Desarrollo Rural, de las Corporaciones Autónomas Regionales - CAR y de acciones afirmativas para las comunidades afrocolombianas.

El Ministerio del Interior apoyó, a través de la Resolución 733 de 2013, el Congreso Nacional Autónomo de Consejos Comunitarios del que surgió una Mesa Transitoria de Autoridad Nacional Afrocolombiana. Esta mesa deliberó sobre el tema de Consulta Previa en torno a la elaboración de un protocolo. A partir de ahí el Ministerio del Interior expidió la Resolución 121 de 2012, a través de la cual pretendió integrar un espacio nacional y transitorio de delegados que representarían a las comunidades afrodescendientes en los procesos de consulta de los proyectos de ley y medidas administrativas que sean susceptibles de afectarles directamente. Esta resolución pretendió resolver un vacío estructural del Estado que no contaba con un espacio de participación para que los afrocolombianos fueran consultados sobre la adopción de medidas que puedan afectarlos, sin embargo la resolución sólo contemplaba a las comunidades afrocolombianas que contarán con un Consejo Comunitario o que tengan adjudicados un título de propiedad colectivo.

Lo anterior demuestra una discusión actual sobre la titularidad y representatividad de los afrocolombianos en el ejercicio de su derecho a la consulta previa. Es importante tener en cuenta el Auto 005 de 2009, ya que en el marco del estado de cosas institucional proferido por la sentencia T-025 de 2004, se constata que los individuos y las comunidades afrocolombianas en situación de desplazamiento y confinamiento no estaban recibiendo un trato acorde con su status de sujeto de especial protección constitucional. Por esta razón, aunque la relación de la comunidad con su territorio es indicativo de una comunidad étnica, el hecho de que la población afrocolombiana sea una de las más afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado y las falencias institucionales en la protección de su derecho a la propiedad colectiva impide asociar la identidad étnica y los derechos que de ella se derivan a que mantengan un vínculo con sus territorios (Sentencia T 576 de 2014).

Es así como la Corte Constitucional considera que los procesos de participación de consulta en las comunidades afrodescendientes no se pueden limitar

a una titularidad y representatividad existentes, sino que debe tener un espacio de integración del espacio nacional de consulta, que incluya las visiones y los procesos de consulta de las comunidades que por diversos motivos no tengan un reconocimiento formal sobre su colectividad y su territorio (Sentencia T-576 de 2014). Por eso la Corte tumbó el decreto 121 de 2012 y en cumplimiento de la sentencia T-576 de 2014, el Ministerio del Interior el 12 de octubre de 2015 realizó la protocolización del Espacio Nacional de Consulta, que es un espacio autónomo de consulta y diálogo con el gobierno.

En un informe conjunto presentado en agosto de 2015 al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) por el proceso de Comunidades Negras en Colombia (PCN), la Conferencia Nacional Afrocolombiana (CNOA), el Movimiento Nacional Cimarrón, la Asociación Casa Cultural El Chontaduro, y el International Institute on Race, Equality and Human Rights de Estados Unidos, busca exponer los incumplimientos del Estado Colombiano frente a las recomendaciones del CERD y las disposiciones del ICERD, centrándose en el derecho fundamental de consulta previa, libre e informada, entre otros temas. Frente al tema de la consulta previa el informe denuncia que:

1. Posterior a la movilización de *Mujeres Negras del Norte del Cauca por el cuidado de la Vida y los Territorios Ancestrales* para buscar salida a las problemáticas mineras en sus territorios, el gobierno promulgó el decreto 2691 del 24 de diciembre de 2014, en el que limita la participación a las autoridades regionales y locales en decisiones sobre su tierra frente a la actividad de la minería.

El tema de la tierra ancestral de las comunidades afrodescendientes y la explotación minera ha tenido varios enfrentamientos en el territorio colombiano. Como ejemplo está el caso de La Toma, en el municipio de Suárez-Cauca, quienes han recibido la orden de desalojar su territorio porque INGEOMINAS otorgó al señor Héctor Jesús Sarria la explotación de un yacimiento de oro. Estos terrenos en concesión se otorgaron sin haber realizado una consulta previa, sin tener encuentro que con el desplazamiento territorial de esta comunidad de afrodescendientes se iba a acabar con sus tradiciones culturales y de subsistencia, como en este caso es el ejercicio de la minería tradicional desde tiempos coloniales. Ya existía el precedente de la represa de la Salvajina que significó para la comunidad desplazamiento, desempleo, pobreza y acuerdos de responsabilidad social que no se han cumplido por las diferentes organizaciones que han tenido a su cargo la administración de La Salvajina (Ochoa, 2012).

El líder del Consejo Comunitario de La Toma Lisifrey Ararat, a pesar de que INGEOMINAS afirma que ellos están en el territorio de forma ilegal, dice:

«Nosotros somos legales porque es una actividad ancestral, está en nuestro territorio, nosotros la hemos cuidado para no contaminarlas todas de una vez, hemos pelear con las multinacionales, y no solamente ahora, esta es una lucha histórica» (Morris, 2013). La Corte Constitucional, reconociendo que el territorio respectivo «ha sido habitado y explotado de manera artesanal por las comunidades negras de la zona desde el proceso de esclavización que data aproximadamente de 1636, de donde actualmente aún se deriva que 1300 familias obtengan su sustento económico» (Sentencia T-1045A de 2010) decidió tutelar el derecho a la consulta previa de esta comunidad afrodescendiente y ordenó suspender la explotación minera en sus territorios colectivos.

A pesar de la decisión de la Corte Constitucional, hay retroexcavadoras que han entrado de forma ilegal al territorio para explotarlo. «Las comunidades de La Toma calculan que en el Río Ovejas, hay entre 15 y 17 retroexcavadoras. En Buenos Aires, en un solo punto 26. Todas contaminan el río con mercurio. Las aguas están menguando las poblaciones de peces y generando enfermedades a los habitantes» (Orduz, 2014). Por eso mujeres que ejercen la defensa del territorio y de la minería ancestral, salieron el 18 de noviembre de La Toma con rumbo a Bogotá, porque a pesar de la decisión de la Corte Constitucional y los acuerdos con el Gobierno nacional su situación sólo parece empeorar.

2. En Febrero de 2015 aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 sin someterlo a un proceso de consulta previa con las comunidades afrodescendientes, pese a las demandas constantes para que se realizara. Además se viola su derecho a la igualdad ya que el PND si se sometió a Consulta con los indígenas y los gitanos (Orduz, 2015). La Anafro presentó acción de tutela, es probable que como sucedió con el PND del gobierno de Uribe en el 2008, la Corte Constitucional suspenda la implementación de las medidas del Plan que afectan a las comunidades afrodescendientes hasta que se garantice su derecho a la consulta (Baquero y González, 2015).

3. Con la expedición de la Resolución 1066/2011 en mayo de 2015, genera acciones discriminatorias y violatorias al revivir la Consultiva de Alto Nivel.

Este informe resalta la vulnerabilidad de las comunidades afrodescendientes frente a megaobras de expansión portuaria y de turismo, en las que prevalecen los intereses económicos sobre los derechos humanos de las comunidades afrodescendientes. Tal es el caso del Proyecto turístico y hotelero en Barú. A través de la sentencia T 485 de 2015 la Corte Constitucional le ordenó al Ministerio del Interior y la Alcaldía de Cartagena reconozcan al Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Playa Blanca, en la que ordena que no se realicen desalojos a los afrodescendientes en los territorios en disputa con el megaproyecto Playa

Blanca Barón Sas. El ministerio del Interior demandó la nulidad de esta decisión porque considera que una comunidad en la que habitan y trabajan extranjeros, como es el caso de Playa Blanca, no puede ser reconocida como Consejo Comunitario (La W Radio, 2015).

Muchos procesos de consulta previa con la comunidad afrodescendiente radican en la dificultad de establecer quiénes realmente constituyen un pueblo étnico, y cuáles son sus representantes. El movimiento afro es un movimiento disperso y sufre muchos conflictos internos. Así como en el caso anterior el ejecutivo considera que no se debería reconocer el Consejo Comunitario en el caso expuesto, siempre quedan dudas de si las comunidades afrodescendientes son pueblos étnicos en la zona del pacífico, o también en las zonas rurales se puede reconocer una comunidad afrodescendientes, y por ende, se les debe aplicar el Convenio 169, e incluso se discute sobre la naturaleza del archipiélago de San Andrés y Providencia. Sobre este último la Corte Constitucional reconoce la comunidad Raizal sólo hasta el 2014, a través de la sentencia T-800.

## **Pueblo gitano o ROM y consulta previamente**

Acerca del pueblo ROM, no se encontraron experiencias de Consulta Previa. Aunque en principio son reconocidos como pueblos étnicos los gitanos en Colombia no tienen territorios colectivos reconocidos consecuencia de su cultura ancestral itinerante (Duque y Herrera, 2011, 10). El pueblo ROM tiene como práctica cultural ancestral el nomadismo, que supera el simple significado de movilidad geográfica para constituirse en un elemento relevante de espiritualidad y concepción mental. Conciben el territorio como algo que no es suyo, porque la idea de propiedad no existe en la cultura romaní (Sentencia C-359 de 2013). Por esto es difícil establecer situaciones en que proceda la consulta previa para proteger a la comunidad ROM frente a la implementación de proyectos que afecten su territorio, ya que está muy ligada al derecho que tienen los pueblos étnicos al territorio colectivo.

## **Casos de consulta previa frente a medidas legislativas**

Vamos a recapitular las circunstancias, anteriormente mencionadas, en las que se deben realizar proceso de consulta previa frente a medidas legislativas. Primero que todo se debe realizar en los casos en que la medida legislativa del

orden constitucional, nacional o departamental, susceptible de afectar de forma directa a los pueblos indígenas o comunidades afrocolombianas. Se debe realizar con anterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso<sup>16</sup>. También aplica en el caso de la ratificación de tratados internacionales y se debe llevar a cabo con los pueblos y organizaciones legítimamente representativas.

Los detalles procedimentales se deciden en una etapa del proceso pre-consultivo en el que se definen las reglas de juego, y debe ser libre, informada y de buena fe. Este se define como un acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo (Rodríguez, 2011). Para la Corte Constitucional, a pesar del acuerdo sobre el procedimiento participativo, se deben cumplir ciertos requisitos para realizar la Consulta Previa: 1. Poner en conocimiento el proyecto de ley a las comunidades a través de sus instancias representativas, 2. Se debe ilustrar sobre su alcance y sobre la manera como podrá afectar a la comunidad y 3. Deben contar con espacios efectivos para que se pronuncien sobre la medida legislativa (Sentencia C-175 de 2009).

Algunas de las medidas legislativas que han sido suspendidas en la Corte Constitucional para respetar el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, afrodescendientes y ROM son:

1. La Ley General Forestal (1021 de 2006) fue suspendida a través de la sentencia C-030 de 2008. Esta ley regulaba todo lo relacionado con la explotación de los recursos forestales en Colombia, pero fue declarada inexecutable por violar el derecho fundamental a la consulta previa que tienen los pueblos étnicos. Este es el primer fallo donde el tribunal reconoce la obligación que tiene el Estado de consultar a las minorías culturales los proyectos susceptibles de afectarlos directamente, antes de su radicación en el Congreso (G-DIP, 2008), constituyéndose como un avance en la protección de los derechos humanos de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Esta ley al contener previsiones orientadas a la autonomía de las comunidades indígenas y afrocolombianas, y que reconoce el derecho exclusivo de las mismas al aprovechamiento de los recursos naturales de sus territorios, es susceptible de afectar directamente a tales comunidades al ser susceptibles las políticas contempladas en la ley de afectar sus territorios.

---

16 “Al no estar regulada la consulta previa en Colombia, no hay directrices que protejan los acuerdos logrados en esta durante el trámite legislativo, en donde pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas cuentan con minorías” (César Garavito, 2012).

2. El Estatuto de Desarrollo Rural (ley 1152 de 2007) fue declarado inexecutable a través de la Sentencia C-175 de 2009, porque no se realizó la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Con esta ley el ex-ministro de Agricultura, Andrés Felipe Arias, buscaba reformar al Incoder para tener cambios en la política de desarrollo rural y mejorar el proceso de titulación de tierras, como medida para enfrentar el desplazamiento y brindar mejores oportunidades a los campesinos, sin tener en cuenta a las comunidades étnicas. Algunas de las disposiciones de este estatuto daba vía libre para que particulares explotaran los recursos naturales de estas comunidades.
3. El Código de Minas (Ley 1382 de 2010) fue también declarado inexecutable a través de la Sentencia C-366 de 2011, al igual que en los casos anteriores, por no garantizar el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Esta consulta se debió realizar porque disposiciones de esta normatividad logran su incidencia directa en los pueblos étnicos, puesto que tratan sobre aspectos regulatorios del aprovechamiento de los recursos naturales no renovables en los territorios en los que se asientan las comunidades indígenas y afrodescendientes, como ya lo vimos con anterioridad en este documento.
4. La Corte Constitucional también se pronunció sobre el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. Señala que se debe examinar la parte constitutiva de inversiones públicas en el Plan Nacional, los programas, proyectos y presupuestos para efectos de establecer si éstos tienen una incidencia directa y específica sobre los grupos indígenas o las comunidades afrodescendientes, es decir, si constituyen medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos<sup>7</sup>. A pesar de que la formulación del Plan Nacional de Desarrollo es elaborada por Consejo Nacional de Planeación, conformado por algunos de sus miembros de comunidades étnicas, esto no supe el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de forma directa y específica con las comunidades que pueden ser afectadas por la implementación de estos proyectos. Por ello la Corte ha concluido señala que se deben adelantar procesos de consulta previa por cada uno de los proyectos individuales que hacen parte del Plan Nacional de Desarrollo. Es posible que este precedente opere también en la actual acción de tutela que está en trámite en la rama judicial sobre el PND 2014-2018. La inconstitucionalidad no se declara en su integridad, pero si exige que se consulten las políticas, programas y proyectos que afecten a los pueblos étnicos.

---

17 Ver Sentencia C-461/2008

## Procedimiento de consulta previa

El desarrollo de un procedimiento efectivo de consulta previa es uno de los retos principales a los que se enfrentan Colombia y los diferentes países que viven en la tensión entre el progreso de la nación y la supervivencia de los pueblos étnicos en sus territorios. El procedimiento es oportuno para buscar que sea efectivo el derecho fundamental a la consulta previa bajo los lineamientos que la comunidad internacional le da a este derecho y al desarrollo de los derechos humanos de los pueblos indígenas, que como mencionamos con anterioridad es ineficaz y en el mejor de los casos se ha logrado implementar por vía de tutela, y a la vez, puede garantizar una reglamentación oportuna para adelantar un procedimiento que garantice la participación de las partes en el conflicto, la mediación o diálogo intercultural a lo largo de la negociación de un órgano competente para tales fines, y el establecimiento de unos tiempos apropiados para llegar a un acuerdo.

El relator en 2004 expuso que son frecuentes y reiteradas las deficiencias en la implementación y el cumplimiento efectivo de la legislación existente en materia de la consulta previa, libre e informada lo que guarda estrecha relación con la inexistencia de un proceso estructurado, coherente y consensuado de consultas a los pueblos indígenas por parte de entidades públicas y privadas que operan en regiones indígenas o de parte del propio Estado cuando se trata de definir nuevas legislaciones y políticas públicas que afectan directa o indirectamente a estos pueblos (Naciones Unidas, 2004).

El decreto 1320 del 15 de julio de 1998 sienta un marco para los procedimientos de consulta con los pueblos indígenas y afrodescendientes. Esta normatividad es interesante no sólo porque se pretende reglamentar el proceso de consulta previa integrado al ordenamiento jurídico a través de la ley 21 de 1991, sino por la inclusión de las comunidades negras en los procesos de consulta. A pesar de esto, la expedición de este decreto se hizo sin consultar previamente a las comunidades a las que se dirige, y aunque debió declararse su ilegalidad, el Consejo de Estado consideró que la adopción del procedimiento de Consulta Previa no debió ser consultada previamente con las comunidades afectadas (Consejo de Estado, 1999).

La Corte Constitucional, a pesar de la decisión del Consejo de Estado, en varias oportunidades ha ordenado la inaplicación de este decreto por considerarlo a la luz de los preceptos constitucionales y el Convenio 169 de la OIT, incompatible para la finalidad y los objetivos de la consulta previa, y reconoce que las diferentes comunidades tienen sus modelos organizativos y procedimientos de consulta propios (Sentencia T-652 de 1998; Sentencia T-880 de 2006).

Las organizaciones indígenas han denunciado la no realización de procesos consultivos o el incumplimiento de los requisitos en proyectos agroindustriales, mineros, de explotación petrolera, de infraestructura y turísticos, entre otros (KAS, 2009?). Muchas consultas previas que se han realizado se han hecho bajo la orden de la Corte Constitucional a través de sus decisiones y/o han desconocido una efectiva participación y garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Por esta razón es importante que las comunidades cuenten con un instrumento normativo que establezca los lineamientos que proteja los derechos de los pueblos indígenas y que permita establecer un diálogo intercultural con el gobierno central en las circunstancias que así lo requieran, y no sólo en aquellas en las que pueda tener incidencia la jurisdicción constitucional.

Un procedimiento de consulta previa debe acatar los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, como el convenio 169 de la OIT, las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de Pueblos Indígenas, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, garantizando la aplicación de los principios esenciales de la consulta previa. Los procesos de consulta previa no son fines en sí mismos sino medios para asegurar la protección de la supervivencia colectiva, la integridad cultural, los intereses comunitarios y los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrodescendientes (Sentencia T-547 de 2010).

## **La Corte Constitucional y la reglamentación de la Consulta Previa**

A falta de un protocolo, en el ordenamiento jurídico en Colombia, sobre la consulta previa, la Corte Constitucional ha ido reglamentando a través de sus fallos. Por esta razón es necesario extraer los apartes de la Corte Constitucional que han establecido marcos de procedimiento para este derecho. Una sentencia importante para estos efectos es la C-175 de 2009. A pesar de que sentencias posteriores han ampliado la interpretación de la consulta previa en diferentes escenarios y aspectos, la C-175 logra hacer una discusión amplia que engloba el panorama sobre la reglamentación de la consulta previa.

En este caso se demanda la inconstitucionalidad del Estatuto de Desarrollo Rural, cuyo contenido no fue consultado con las comunidades indígenas y afrodescendientes, a pesar de que constituye una regulación integral sobre uso, distribución y aprovechamiento de la propiedad agraria, materia que afecta los intereses de estas comunidades. La sentencia es enfática en el alcance del derecho fundamental a la consulta previa frente a las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarlas directamente, y menciona la jurisprudencia que más

ha consolidado una sistematización sobre los requisitos de aplicación y protección, contenido, alcance y consecuencias jurídicas de este derecho, como lo son las sentencias C-030 de 2008 y C-461 de 2008.

También establece un precedente sobre las condiciones particulares de la consulta previa y los efectos jurídicos de su cumplimiento y de su omisión, estableciendo que el procedimiento de consulta debe estar sometido a una consulta previa, con la finalidad de que la concertación y consenso con las comunidades i) no se reduzca a un simple acto informativo o notificación de la medida; y ii) reconozca y proteja las prácticas tradicionales diversas de los pueblos indígenas y tribales (C-179 de 2009). Esta misma razón fundamenta la posición de que cualquier ley, reglamentación, metodología o protocolo sobre el procedimiento de la consulta previa, pase por una consulta o consenso previa entre las partes sobre las reglas de juego, permitiendo un escenario de seguridad y participación real para las comunidades.

Con amplitud la Corte ha construido una doctrina sistemática y reiterada sobre el derecho fundamental de la consulta previa respecto de la adopción de medidas legislativas y administrativas que tengan una afectación sobre los territorios o el modelo de desarrollo de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Las reglas son:

1. La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes, reconocido y protegido por el ordenamiento constitucional y, en consecuencia, exigible judicialmente.
2. La consulta previa no es un escenario de confrontación entre los grupos étnicos y las autoridades gubernamentales. Lo que se traduce en que no existe un poder de veto de las medidas legislativas y administrativas por parte de los pueblos indígenas y afrodescendientes.
3. El procedimiento de consulta es un instrumento para garantizar la participación efectiva de las comunidades tradicionales en los asuntos que les afectan. Por lo tanto no tendrá valor de consulta: la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales; ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente; ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos étnicos y funcionarios

o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes afectadas (Ibidem).

4. Los procesos de consulta se deben llevar a cabo mediante relaciones de comunicación efectiva, basadas en el principio de buena fe. Por eso descarta la posibilidad de que la consulta previa se convierta en un requisito de formalidad y busca que las comunidades indígenas tengan toda la información sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios y que su objetivo principal sea llegar a un acuerdo con los pueblos étnicos.

5. Los procesos de consulta deben reconocer el valor que tiene para las comunidades tradicionales su territorio con sus recursos naturales.

6. El procedimiento de consulta previa está precedido de un trámite preconsultivo, definido mediante un consenso entre las partes de la consulta.

7. Las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente los intereses de las comunidades tradicionales, deben estar precedidas de un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados.

8. En caso de que no sea posible llegar a un acuerdo el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final. Esta potestad debe i) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; ii) fundarse en parámetros de objetividad, razonabilidad, proporcionalidad en cuanto al grado de afectación de los intereses de las comunidades tradicionales; y iii) contemplar los instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural.

## La consulta previa en América Latina

En las últimas décadas América Latina se ha experimentado avances en temas de reconocimiento y garantía de los derechos de las comunidades indígenas, el instrumento de consulta previa como mecanismo de participación por excelencia de estas comunidades y la eliminación de las barreras económicas, sociales y culturales de los indígenas al interior de los Estados. Uno de los principales retos en la región es la búsqueda de inclusión de los derechos de las comunidades étnicas a través de leyes y políticas públicas. Los retos son enormes, si se considera que en América Latina..., existen más de 800 pueblos indígenas, con una población cercana a los 45 millones de personas, que se caracterizan

por su amplia diversidad demográfica, social, territorial y política, e incluye desde pueblos en aislamiento voluntario hasta su presencia en grandes asentamientos urbanos (ONU, 2014).

Las políticas económicas que buscan fortalecer un modelo de desarrollo en los diferentes países es una de las principales amenazas frente a la autonomía de los pueblos indígenas. Las presiones sobre sus territorios para la explotación de los recursos naturales y realización de obras de infraestructura, han desencadenado conflictos socioambientales que amenazan la supervivencia de muchas de estas comunidades, motivando a los diferentes países a fortalecer los procesos de consulta previa, para a través de un diálogo intercultural, incluir dentro del modelo de desarrollo de la Nación el modelo de desarrollo de los pueblos étnicos, y de esa forma rediseñar los equilibrios entre el Estado, el mercado y la sociedad teniendo en cuenta los conocimientos ancestrales, las prácticas tradicionales que promueven la sostenibilidad del medio ambiente y el desarrollo de economías comunitarias.

Una de las principales demandas de los pueblos indígenas en la región es la consulta previa, libre e informada, con el objetivo de: 1. Salvaguardar la vida e integridad de los pueblos étnicos y 2. Asegurar que participen como sujetos de derecho, en la adopción de decisiones que les afecte (ONIC, 2011).

## Perú

Aunque la Constitución de Perú no contempla el derecho a la consulta previa para comunidades indígenas, se ha incorporado como norma de rango constitucional a través de la ratificación del Convenio 169 de la OIT y se han realizado instrumentos aplicativos que son muy recientes. En el año 2011 se publicó la Ley No. 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa, y posteriormente se publicó su reglamento en el Decreto Supremo No. 001-2012-MC. La idea, que es atractiva para los demás países de la región, de reglamentar las consultas mediante normas internas, ha tenido serias críticas de diversas organizaciones indígenas en Perú.

En América Latina la Constitución de Perú es de las menos garantistas sobre pueblos indígenas. A pesar de lo anterior, como ya se mencionó, surgió en este país la idea de reglamentar la consulta mediante normas internas, criterio que está avanzando de forma paralela en los demás países latinoamericanos. Los cuestionamientos en torno a esta reglamentación radican sobre su idoneidad y efectividad en los procesos de consulta, aspectos que aún son muy difusos de

aprehender, debido a que hasta el momento se han realizado muy pocos, por no decir mínimos, procedimientos de consulta previa con base a ese instrumento.

Acontecimientos producidos en junio de 2009 enmarcados en el conflicto de Bagua, que tuvo como saldo la muerte de más de treinta personas y cuantiosos daños personales y materiales. La principal conclusión sobre las causas de estos hechos fue la desatención del pedido que hicieron las poblaciones indígenas al Congreso de la República para que derogue once decretos legislativos promulgados por el Ejecutivo para implementar el tratado de libre comercio con los Estados Unidos, sin que se les haya consultado previamente (Arévalo, 2010), ya que estas leyes tienen una incidencia directa sobre los derechos protegidos en el convenio 169 de la OIT de los pueblos indígenas.

En el artículo 66 de la Constitución peruana, el Estado es soberano frente al aprovechamiento de los recursos naturales porque son patrimonio de la Nación. Sin embargo las comunidades nativas han considerado que estos recursos les pertenecen porque están en sus territorios. La posición de estos ha sido antagonica y ante la inexistencia de mecanismos eficaces de diálogo, este esquema ha ido degenerando en serios conflictos sociales.

Es así como el conflicto amazónico en Perú ha intensificado los conflictos socioambientales, que responden contra la actividad minera, los hidrocarburos y contra la forma de tratamiento de los residuos sólidos. Los conflictos se desarrollan por el temor de la población a una posible contaminación ambiental que se atribuye a la falta de información de estos pobladores y con su falta de participación en los procesos de concesión de proyectos.

Con anterioridad a la promulgación de esta ley estaban diseminadas a través de diferentes normas, y que han tratado el derecho a la consulta previa como una especie de derecho de participación ciudadana. En la Ley 29785 el derecho a la consulta previa busca proteger la afectación directa de sus derechos colectivos sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo.

Por ello la aprobación de una ley marco de consulta previa es un primer paso para conseguir un cambio en las estructuras políticas, sociales y económicas del país, que permitan la movilidad y la apertura del sistema político, lo cual significa lograr una democracia verdaderamente participativa. Esta ley marco de consulta previa busca cumplir con dos propósitos: En primer lugar, dar pautas para más precisas a las diversas instituciones del Estado para aplicar de manera adecuada su obligación de consulta; en segundo lugar, dicha ley cumple 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 (Vallenas y otros, 2011?).

La legislación interna sobre consulta era diversa, no se dirigía de forma específica a la población indígena y la mayor parte está directamente vinculada a actividades minera hidrocarburíferas. Los organismos encargados de realizar estas consultas reducen su proceso a un rol meramente informativo, sin que exista un procedimiento que permita facilitar el diálogo ni la recepción de aportes y propuestas de la comunidad que formen luego parte de la decisión final. Estas normas tratan la consulta como un mero derecho de participación ciudadana y solamente estaban vinculadas a las industrias extractivas y a asuntos de protección medioambiental, dejando de lado otros temas que los afectan directamente. Los reglamentos mencionados son los siguientes:

- a. Reglamento de participación ciudadana para las actividades energéticas dentro de los procedimientos administrativos de evaluación de los estudios ambientales (RM N°535-2004-MEM/DM)
- b. Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos (DS N°012-2008-EM), complementado con la RM N° 571-2008-MEM-DM, que establece lineamientos para la participación ciudadana en las actividades de Hidrocarburos.
- c. El Reglamento de participación ciudadana del Subsector Minero (Decreto Supremo (DS) N°028-2008-EM), complementando por la RM N°304-2008-MEM/DM.
- d. Reglamento sobre transparencia, de acceso a la información pública ambiental y participación y consulta ciudadana en asuntos ambientales (DS N° 002-2009-MINAM)

Estos reglamentos tienen una dirección hacia el fortalecimiento del acceso a la información a través de talleres informativos y audiencias públicas. Algunos intentaban recoger el espíritu del Convenio 169, sin embargo, la implementación de estos reglamentos no implicó el deber del Estado como de las empresas, de incluir las observaciones y opiniones de los ciudadanos en los procesos participativos. Tampoco estaban dirigidos de manera exclusiva a la población indígena, sino a toda la población que habita en el área de influencia. Por esta razón la CEACR emitió un informe sobre la situación de la consulta previa en Perú, en donde reconoció que los reglamentos que regula el tema prevén de manera limitada la finalidad de la consulta porque la restringe a lograr el entendimiento de la población de los alcances y beneficios del proyecto al realizar meras reuniones de información o socialización (Arévalo, 2011).

A raíz del caso Baguazo se creó un Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, orientado a atender los reclamos de las poblaciones indígenas del Amazonas. Una de las mesas de trabajo al interior del grupo, la mesa 3, se encargó de elaborar un texto consensuado sobre la ley marco de la consulta previa con base en la propuesta legislativa No. 3370, presentada por la Defensoría del Pueblo en 2009. En noviembre de 2009 se aprobó un texto consensuado que fue remitido al Congreso de la República para su debate. El 19 de mayo de 2010 el Congreso aprobó esta ley. Los principales alcances del texto aprobado fueron:

1. La consulta será aplicable sobre cualquier medida legislativa o administrativa que afecten directamente los derechos de los pueblos indígenas.
2. La consulta no otorga el derecho al veto<sup>a</sup>, pero se prescindió de colocarlo en el texto final.
3. Se establecen criterios subjetivos y objetivos para identificar a los pueblos indígenas.
4. Se deslinda el derecho de consulta del derecho de participación ciudadana.
5. Se le otorga como obligaciones a las entidades responsables de llevar a cabo la consulta determinadas las medidas que serán objeto de consulta e identificar a los pueblos indígenas que se debe consultar.
6. Desarrolla etapas de realización de la consulta.
7. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles vía administrativa y judicial.

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

Estos criterios son reduccionistas, desprotegen a varias comunidades y por ende son contrarios al criterio 169 de la OIT. Mientras que el gobierno anunció que hay 50 pueblos amazónicos y 4 pueblos andinos (Huertas, 2015), la CEPAL afirmó que en Perú viven 85 pueblos indígenas (ONU, 2014). Javier La Rosa del Instituto de Defensa Legal del Perú considera que «no debemos circunscribirnos a idioma o territorio» ya que hay comunidades que mantienen otra clase de prácticas culturales anteriores a la colonia pero que hablan el castellano, y por ello el Estado no puede limitar el reconocimiento de los indige-

nas a unos criterios estrictos, en donde se reconocen como tal exclusivamente a aquellos que no hablan idiomas nativos diferentes al castellano (Punto Económico, 2013).

Esta es la mayor tensión en Perú, la forma como se ha reconocido quiénes y quién no es indígena. El Boom de la Minería en los Andes se desarrolla sin realizar Consultas Previas, y los criterios de reconocimiento de la comunidad indígena como sujeto colectivo y con derecho de propiedad comunal sobre un territorio, al ser tan estrictos, propicia escenarios de invisibilización de comunidades que de acuerdo a los parámetros de la OIT son indígenas o tribales, y el desarrollo de economías extractivas y de explotación a gran escala.

A pesar del conflicto que hay en la denominación de pueblos indígenas a las comunidades, los defensores de los derechos de los indígenas ven este reconocimiento como un punto de partida, que supera las denominaciones legales en legislaciones anteriores a las comunidades nativas y campesinas, y da un salto a reconocer con la denominación de pueblos indígenas para proteger en ellos su derecho a la consulta previa (Punto Económico, 2013).

Los Requisitos contemplados en el artículo 9.1 del Reglamento de la Ley de consulta aprobado por Decreto Supremo No. 001-2012-MINCU son:

1. Cuando hay un proceso de consulta realizándose. Está en el primer párrafo del artículo 9.1 del reglamento, y tiene como objetivo que se incluya a una determinada población indígena a un proceso existente. Debido a los pocos procesos que hay en materia forestal y minera, y a los procesos concluidos en materia petrolera, este supuesto es poco factible.
2. Cuando se ha publicado una propuesta de medida.
3. Antes de que se emita una medida legislativa y administrativa. Según este supuesto, si ya se adopta la medida que se exige consultar, ya no procede la consulta. Si se consulta cuando el proyecto está ya empezado, el proceso de consulta se convierte en un mecanismo formal, que busca convalidar medidas y decisiones que no se quieren modificar, antes que un proceso de participación de los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones del Estado, pues las poblaciones indígenas se entera de la decisión cuando estas ya fueron adoptadas.

Para Juan Carlos Ruiz Molleda, los requisitos contemplados para la realización de la consulta previa son muy difíciles de alcanzar, y por ende, no logra materializar los objetivos para los que fue creada. En sus palabras este procedimiento constituye no solo una barrera de acceso al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, de rango constitucional, sino que en los hechos blind

decisiones administrativas inconsultas, a través de la consagración de la teoría de los hechos cumplidos (Ruiz, 2015).

Igualmente los plazos establecidos para hacer la petición de consulta previa en el caso de medidas o propuesta de medida, de 15 días hábiles, desconoce las barreras geográficas del país entre el territorio rural y urbano, imposibilitando el acceso de estas poblaciones para hacer la petición, con los requisitos de formalidad que exige el proceso.

El proceso de consulta previa de la **Hidrovía Amazónica**, ha sido la mejora significativa de los Términos de Referencia del Estudio de Impacto Ambiental, que es la fórmula para neutralizar los impactos negativos del proyecto a las poblaciones indígenas y ambiente, ha permitido una revisión del contrato de Concesión y ha establecido reglas para los próximos 20 años al concedente, regulador y Concesionario frente al relacionamiento con 14 pueblos indígenas. La Hidrovía es un plan para crear una ruta de navegación durante todo el año desde la desembocadura del río Amazonas en Brasil a los puertos peruanos del Pacífico. La demanda más fuerte de las comunidades indígenas afectadas por este proyecto, era que no contaron nunca con información completa y precisa, que aportara una explicación técnica y justificara lo que significaría la implementación de la medida para la biodiversidad y los medios de vida de las comunidades a lo largo del río. A pesar de los esfuerzos gubernamentales y la conclusión del proceso de consulta, hay todavía oposición para que el proyecto sea implementado.

Algunas críticas que se han realizado al proceso de consulta previa de la Hidrovía Amazónica que culminó en el mes de septiembre de 2015 (Cadenas, 2015), apuntan a la falta de diálogo intercultural con las comunidades indígenas. Por un lado es necesario ver el tema de impactos y concentración de proyectos que se dan en la misma región. En la Amazonía Peruana se quieren implementar varios megaproyectos además del de la Hidrovía, como las represas del Marañón, el proyecto de electrificación Moyombamba, los lotes petroleros, construcción de carreteras, entre otras, que se fragmentan en el proceso de consulta y cuyos impactos consideran deben ser acumulados para tener una visión global de los efectos que van a tener estos megaproyectos en los territorios indígenas. Otras críticas surgieron entorno al manejo del tiempo, las condiciones físicas del lugar en donde se realizó el proceso de consulta, la comida y el uso de mecanismos de control como lo son el micrófono y la escritura, en donde se evidencian posiciones de desventaja de las comunidades indígenas que se deben adaptar el ambiente del funcionario institucional, sus tiempos, ritmos, costumbres, etc., pero dicha adaptación no sucede al contrario, o sucede de forma menos frecuente.

A pesar de algunas críticas, que más que descalificar el proceso buscan hacer aportes a futuros procesos de consulta previa, la consulta de la Hidrovía Amazónica es un buen legado, pues ha permitido de una manera real y auténtica hacer parte de la elaboración de un contrato de concesión a las poblaciones indígenas (Carhuatocto y otros, 2015). El proponente encargado de realizar la consulta previa fue flexible y se comprometió con la realización de varios estudios ambientales y culturales. La unidad de los representantes de las comunidades indígenas también fue importante a lo largo del proceso ya que tuvieron la capacidad para alcanzar entre ellas varios acuerdos y dejaron constancia de los desacuerdos.

Hay que hacer seguimiento de la consulta previa en la que recién se logró un acuerdo en el caso del Lote 192. Este proceso ha sido uno de los principales retos del gobierno peruano para conseguir un acuerdo con las comunidades indígenas, y cuatro años después de la aprobación de la ley de consulta previa en 2011, se ha logrado hacer frente a 40 años con agravantes como la contaminación y la extrema pobreza de los indígenas en medio de la extracción petrolera en Perú. Cabe resaltar, de la experiencia en las recientes, aunque pocas, consultas previas en Perú, sobre la difusión y la información que se puede encontrar en diferentes canales comunicativos. Las instituciones oficiales constantemente están publicando información, procesos de capacitación, reuniones con las comunidades, etc., con fotos y comunicados de prensa. A pesar de las críticas que puede generar un actitud de inflar una realidad a través de las redes sociales y los medios de comunicación, lo cierto es que es de los pocos países que hacen un esfuerzo en que la sociedad tenga información, por lo menos básica, de los procesos de consulta.

## Bolivia

El marco constitucional es el más explícito frente a los derechos de las comunidades indígenas, su Constitución se reconoce como plurinacional, y redefine a los indígenas como nacionalidades o naciones y los reconoce como sujetos colectivos de protección especial reforzada. Esta Constitución, que es del 2009, reconoce una serie de derechos de las comunidades indígenas sustentados en la pluralidad y el pluralismo, entre ellos el derecho a la consulta previa basada en un diálogo intercultural. El artículo 30, numeral 15 de esta Carta Constitucional propugna como derecho de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos el ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas sus-

ceptibles de afectarles y reconoce en diferentes oportunidades la integralidad del territorio indígena de estas naciones, que implica un proceso de consulta previa frente a medidas susceptibles de afectarles.

Así mismo el ordenamiento jurídico boliviano le atribuye a los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos la calidad de integrar el bloque de constitucionalidad, por consiguiente el Convenio 169 de la OIT tiene jerarquía constitucional en Bolivia desde su ratificación el 11 de julio de 1991 mediante la ley No. 1257. 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 indígenas, la promover el diálogo intercultural, prevenir conflictos sociales y de esta forma otorgar seguridad a las inversiones que puedan efectuarse en los territorios indígenas (Arias, 2014).

A pesar del reconocimiento constitucional fuerte que tiene el país de Bolivia, hay incongruencias en el tratamiento de la consulta previa en diferentes normas que la regulan. Por ejemplo, frente al efecto vinculante del consentimiento previo, libre e informado, la Ley de Hidrocarburos (No. 3058 del 17 de mayo de 2005) establece que las decisiones resultantes del proceso de consulta previa deben ser respetadas. Contrario a esto la Ley del Régimen Electoral (artículo 39) sostiene que las conclusiones, acuerdos o decisiones tomadas en el marco de la consulta previa no tienen carácter vinculante, pero deben ser considerados por las autoridades y representantes en los niveles de decisión que corresponda.

El Tribunal Constitucional boliviano, a pesar de reconocer la posición que tiene el Convenio 169 de la OIT al interior del ordenamiento jurídico como parte del bloque de constitucionalidad, declaró inconstitucional el artículo 115 de la Ley de Hidrocarburos en la frase "lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios" sosteniendo que los Hidrocarburos son del Estado, y por tal razón, la consulta no podrá limitar su explotación (Sentencia Constitucional 0045/2006).

Uno de los conflictos más graves recientemente en Bolivia es la construcción del tramo II de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos. Esta carretera la está construyendo una empresa brasileña y es ejecutada sin la consulta previa de los pueblos indígenas Moxeño, Yurucarí y Chimane, que habitan en el territorio en 64 comunidades con una población aproximadamente de 6000 personas. Después de protestas sociales efectuadas por los indígenas, el Estado suspendió la realización del proyecto y reconoció que debía realizar en estos casos los procesos de Consulta Previa.

A mediados del 2014 el ministro de Gobierno presentó el anteproyecto de Ley de Consulta Previa, Libre e Informada que plantea el carácter vinculante

de los acuerdos que el gobierno alcance con las comunidades indígenas. De ser aprobada, Bolivia sería el segundo país de América Latina en tener una ley que reglamente la Consulta Previa después de Perú (Telesur, 2014).

## Ecuador

A pesar de que su Constitución se reconoce como plurinacional y que redefine, al igual que Bolivia, a los indígenas como "nacionalidades o naciones" es el país de la región andina que presenta menos avances al respecto. En la Carta Política de 1998, Ecuador establece el carácter pluricultural y multiétnico del Estado ecuatoriano, y reconoce a los pueblos indígenas como sujetos colectivos y su derecho a ser consultados. Esta posición fue ratificada y ampliada en la Constitución de 2008.

En la Constitución de 1998 sólo se reconocía como materia de la consulta previa los casos que involucran actividades extractivistas de recursos naturales no renovables, mientras que la actual el Estado tiene la obligación de consultar no sólo 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 pueden afectar cualquier de sus derechos colectivos (Carrión, 2012). A pesar de que hay mecanismos de protección de esta garantía de participación de los pueblos indígenas, en la práctica el ejercicio de este pleno derecho ha sido limitado por el gobierno, y con ello, se han vulnerado los derechos humanos de estas comunidades.

Los avances en materia de derechos de los pueblos indígenas vinieron acompañados de la descentralización administrativa y en las posibles autonomías indígenas con la Ley del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD). Sin embargo la política legislativa entra en contradicción por el desmantelamiento progresivo de las instituciones indígenas (Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe del Ecuador (DINEIB), Salud Intercultural, Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE)) y un aplazamiento hasta 2012 del derecho a la consulta previa con la Sentencia de la Corte Constitucional N°001-10-SIN-CC y el Decreto Ejecutivo 1247, fuertemente criticado por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), la mayor organización indígena del país. La polémica con el gobierno aumentó después de la aprobación de la Ley de Minería a gran escala y a cielo abierto en 2009, y la llamada XI Ronda Petrolera (Suroriente), de noviembre de 2012, cuando

se lanzaron a licitación 13 pozos petroleros de la Amazonía ecuatoriana, en el contexto del fallo judicial de julio de 2011 de la CIDH sobre el caso Sarayaku, que obliga al Estado a indemnizar a la comunidad por no haber sido consultada en las prospecciones petroleras en sus territorios de 2002 y 2003 (ONU, 2014).

La posición de Ecuador se ha vuelto los últimos años polémica en términos de defensa del territorio de las comunidades indígenas y de garantizar el derecho a la consulta previa a estos pueblos, por la posición que ha tenido en el Parque Nacional Yasuni, la Iniciativa ITT, y el respeto a la comunidad indígena en aislamiento Toromenane. El 15 de agosto de 2013 el Presidente emitió un decreto que dio por terminada la Iniciativa Yasuni-ITT, un proyecto innovador que había abanderado desde 2007, y que se proponía dejar intocable el crudo de dos bloques delimitados en un área bajo tierra en el Parque Nacional Yasuni. De esta manera permitió la explotación de petróleo en la zona, sin haber realizado consulta previa con las comunidades susceptibles de ser afectadas y que son la comunidad Kichwa o Naporuna, Waorani, Tagaeri y Taromenane.

Esta última comunidad se trata de un pueblo indígena en aislamiento voluntario y el Estado siempre ha garantizado que la pervivencia en el territorio de esta comunidad y la no interferencia en ésta, sin embargo en los últimos años se ha desatado una masacre sobre ellos que han disminuido su población. Por lo menos 30 indígenas, de 300 que son, han muerto sin establecer quiénes fueron los autores de estos hechos. La versión oficial es que es son asesinatos tribales entre las comunidades que están en el territorio, sin embargo ha generado un ambiente muy tenso debido a las explotación de petróleo que hay en la zona y la necesidad de seguir expandiendo esta actividad (ONU, 2014).

No sobra recordar que ya hay una condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Ecuador en el caso Sarayaku, por no haber realizado la consulta previa sobre explotaciones petroleras en su territorio, caso en el que usaban explosivos de alto poder que amenazaban la integridad de la población.

## Conclusiones

Desde la aparición en la escena internacional del Convenio 169 de la OIT, los países Latinoamericanos han realizado un esfuerzo adoptar una postura constitucional pluricultural, que reconozca a los pueblos étnicos como sujetos colectivos y garanticen una serie de derechos humanos que permitan que puedan vivir en su territorio ancestral, realizar sus prácticas culturales, tener autonomía y garantizar

su pervivencia al interior del Estado. Pero en el mismo orden, los Estados están procurando fortalecer el desarrollo económico, el progreso y los recursos necesarios para realizar políticas sociales (Bolivia y Ecuador) o promover la inversión extranjera y las locomotoras del desarrollo (Colombia).

La mediación entre ambos objetivos pasa por la consulta previa, libre e informada. Este mecanismo no sólo es una garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas, también es el espacio de diálogo para lograr un consenso, equilibrio, punto medio, etc., entre principios de la Carta Constitucional que se contraponen en la práctica, y así llegar a un modelo de desarrollo que integre el modelo de desarrollo de las comunidades indígenas, la sostenibilidad ambiental y la mitigación de la huella ambiental, y la eliminación de la pobreza.

Actualmente hay una ley de Consulta Previa que se está aplicando en Perú y hay un proyecto de Ley en Bolivia. Aunque en Colombia existe una ley, esta no ha sido aplicada porque no se hizo la consulta respectiva con las comunidades indígenas. En principio no es necesario un procedimiento de consulta previa, ya que según el Convenio 169 de la OIT éste se debe ser flexible para que se pueda ajustar a las características, cosmovisiones, representantes y objetivos de cada comunidad, o de la medida susceptible de afectar el territorio. Sin embargo es evidente que de ambos bandos saltan críticas por la falta de un instrumento que garantice los derechos de las comunidades indígenas y propicie reglas de juego claras de modo, tiempo y lugar.

Las leyes y reglamentos que se están proyectando en los diferentes países deben cumplir con los estándares internacionales y deben estar dirigidos exclusivamente a los pueblos indígenas y hacer precisión en sus aspectos culturales de la comunidad. Sus procedimientos deben regir en la fase de otorgamiento de concesiones a empresas que pretenden explotar recursos ubicados en territorios indígenas y deben prever las indemnizaciones por daños medioambientales o desplazamientos. Debe abarcar la multiplicidad de temas que tienen una incidencia directa en las comunidades, por lo que no deben limitarse únicamente a las industrias extractivas y de protección medioambiental.

Se debe superar la forma como en la que se ha realizado hasta el momento el proceso de consulta, ya que no se puede traducir en un rol meramente informativo sino que debe garantizar la resolución de un conflicto a través de acuerdos realizados bajo la lógica del consentimiento libre, previo e informado. Los mecanismos deben ser flexibles para garantizar que se observen los usos y costumbres de cada pueblo indígena. Se debe garantizar de modo efectivo mantener los diálogos con los pueblos indígenas en los procesos, para que el derecho a la participación sea efectivo.

Es importante que los Estados aseguren los mecanismos e instrumentos necesarios para reconocer la existencia de territorios tradicionales en procesos o no de constitución, ya que no basta con garantizar los derechos de las comunidades de los resguardos o territorios previamente reconocidos. Esto implica que se deben contar con sistemas de información oportunos y suficientes que puedan establecer datos verídicos. Los Estados suelen tener el temor a que en cualquier circunstancia una comunidad se reconozca como indígena y exija el ejercicio de sus derechos a la libre determinación, a su territorio y a la consulta previa cuando se sientan amenazados. Por esto es importante que, a través igualmente de un proceso de consulta, el Estado se sienta con las organizaciones y líderes indígenas, para que dialoguen, identifiquen y definan sus territorios tradicionales, con el objeto de otorgar certeza a todas las partes involucradas en el proceso de consulta (Arévalo, 2014, pp. 113).

Por naturaleza las comunidades indígenas están en una posición de desventaja frente al Estado y las empresas privadas, especialmente en términos de recursos económicos y humanos, información e incluso en cuanto a las condiciones en que se lleva a cabo el proceso de consulta cuando ésta no se hace en el mismo territorio sino en centros urbanos. Por esta razón, en aras de desarrollar el procedimiento de buena fe y eliminar las desigualdades, se deben fortalecer las organizaciones indígenas y se debe capacitar a los asesores externos y a los funcionarios públicos que hagan parte en estos procesos.

La literatura sobre consulta previa, al ser un derecho cuyo desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario son recientes y están en constante cambio, es muy completa frente a la conceptualización del derecho, sus principios y los mecanismos internacionales. Sin embargo la información en cada país de aspectos procedimentales y experienciales es todavía muy dispersa. Es importante que se sistematicen las experiencias de lo que en la práctica ha implicado el proceso de consulta previa, en qué casos se han realizado, cuáles reglas de juego se establecieron en los procesos de pre-consulta, cómo ha sido el posterior seguimiento.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abreu, R. (2012) *Medio Ambiente, derechos colectivos, consulta previa y ejercicio de derechos humanos por personas jurídicas* En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. (pp. 187-200) Año XVIII. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- Arzvalo, A. (2010) *El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú* En XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles. Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica. Santiago de Compostela: Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Buso y Universidad Santiago de Compostela.
- Arzvalo, A. (2014) *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho internacional*. Cuadernos Deusto. No 76. Bilbao.
- Arias, B. (2012) *Derecho a la consulta previa, libre e informada de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y el régimen constitucional boliviano* Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Bogotá.
- Aparicio, M. (2009) *La libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas. El Caso México* Boletín mexicano de derecho comparado (pp 13-38). nueva serie. año XLII. n.º 124. México.
- Baquero, C. (2015) *¿Quién es quién?* Global Rights Blog. Disponible en <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/2577>.
- Baquero, C y González, A. (13 de febrero de 2015) *El Plan de Santos sin los Afros* La Silla Vacía. Disponible en <http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/el-plan-de-santos-sin-los-afros>
- Cadenas, M. (25 de septiembre de 2015) *A propósito de la consulta sobre la Hidrovía Amazónica. Una contribución para las próximas consultas* La Canoa Verde. Disponible en <https://lacanoavarada.lamula.pe/2015/09/25/a-proposito-de-la-consulta-sobre-la-hidrovia-amazonica/karwara/>
- Carhuatocto, H., Delgadillo, L., y Serrato K. (2015) *Luces y candados de la consulta previa de Hidrovía Amazónica* Servicios en Comunidad Intercultural. Disponible en <http://servindi.org/actualidad/140184>
- Carrión, P. (2012) *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador* Konrad Adeneur Stiftung. Quito-Ecuador.

- Clavero, B. (1994) *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. Madrid: Siglo veintiuno de España editores.
- Comisión Colombiana de Juristas (2008) Serie sobre los derechos de las víctimas y la aplicación de la ley 975. Boletín No. 22. Bogotá D.C.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2004) Caso de las Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Belice. Informe N°40/04. Fondo. San José e Costa Rica.
- Dual Process of law foundation. Oxfam. (2011) *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas*. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Perú.
- Duque, A., y Herrera H. (2011) Sistematización de Procesos de Consulta Previa en Colombia. Bogotá: Oxfam Gran Bretaña.
- El Tiempo. (25 de septiembre de 2007) Indígenas emberas katíos protestaron por proyecto Urrú II. Bogotá D.C. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3737780>
- G-DIP. (8 de febrero de 2008) ¿Por qué se cayó la Ley Forestal? Semana On Line. Disponible en <http://www.semana.com/on-line/articulo/por-que-cayo-ley-forestal/90896-3>
- Gómez, F. (2006) Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo En Berraondo, M. *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Herrera, H. (2013) Evaluación de la política pública de consulta previa del Ministerio de Ambiente durante 2009 y 2010. Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar por el título de Magister en Políticas Públicas. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Huertas, V. (2015) Ministerio de Cultura tiene previsto 15 procesos de consulta previa para este año La República. Perú. Disponible en <http://larepublica.pe/01-03-2015/ministerio-de-cultura-para-este-ano-se-tiene-previsto-15-procesos-de-consulta-previa>.
- Konrad Adeneur Stiftung (2009) Situación de los pueblos indígenas Papers N°4.
- La W Radio (2015) Mininterior pide tumbar fallo sobre afrodescendientes en Playa Blanca Disponible en <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/8203mininterior-pide-tumbar-fallo-sobre-afrodescendientes-en-playa-blanca/20150924/nota/2944191.aspx>
- Ochoa (8 de mayo de 2012) La defensa del territorio ancestral. En *Lecturas de Territorio: memoria, identidad y comunidad en las bibliotecas pú-*

- cas. Disponible en <http://www.bibliotecanacional.gov.co/blogs/territorios/2012/05/08/la-defensa-del-territorio-ancestral/>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2009) *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada* Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Colombia.
- OIT (2001) Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Número 169). GB.283/17.
- OIT (2008) Observación general sobre el Convenio Número 169, 79.ª reunión. Ginebra.
- OIT (2009) *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*. Una guía sobre el No. 169 de la OIT. Departamento de normas Internacionales del Trabajo. Ginebra.
- OIT (2013) *Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Número 169)*. Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Departamento de normas Internacionales del Trabajo. Ginebra.
- ONIC (2011) *El derecho fundamental a la consulta de los pueblos indígenas de Colombia* Disponible en <http://www.asfcanda.ca/documents/file/cartilla-consulta-previa-onic-final.pdf>.
- ONU (1997) Recomendación general 23. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a los derechos de los pueblos indígenas. 51.º período de sesiones. Doc HRI/GEN/1/Rev.7 at 248.
- ONU (2008) Informe del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador. James Anaya. A/HRC/9/9/Add 1.
- ONU (2009) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34.
- ONU (2009) *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*. Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya.
- ONU (2009) *Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas*. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Nueva York y Ginebra.
- ONU (9 de Marzo de 2012) Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. CERD/C/MEX/CO/16-17. México.

- ONU, (2014) *Los Pueblos Indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. CEPAL. Santiago de Chile.
- Orduz, N (25 de febrero de 2013) *Consulta previa: se obedece, pero no se cumple* Razón Pública. Disponible en <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3576-consulta-previa-se-obedece-pero-no-se-cumple.html>.
- Orduz, N (18 de diciembre de 2014) *Las mujeres del oro en Cauca* Las2Orillas. Disponible en <http://www.las2orillas.co/las-mujeres-del-oro-en-el-cauca/>
- Orduz, N (29 de marzo de 2015) *Con tutela, el poder afro desafía el PND del gobierno* Las2Orillas. Disponible en <http://www.las2orillas.co/con-tutela-el-poder-afro-desafia-el-pnd-del-gobierno/>
- Pinto, V. (2013) *Implementación del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en la región andina: avances y desafíos* Quito-Ecuador: GIZ.
- Restrepo, L. (3 de diciembre de 2007) *Por qué el pueblo Uíwa se niega a la exploración petrolera en su territorio*. Revista Semana On line. Disponible en: <http://www.humanas.unal.edu.co/colantropos/documentos/uwa%20petroleo.pdf>
- Rico, L. (03 de noviembre de 2009). *La Consulta Previa: Farsa multicultural* Portal digital La Silla Vacía. Disponible en <http://lasillavacia.com/historia/3201>.
- Rodríguez, C., Orduz, N. (2012) *La Consulta Previa: Dilemas y Soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia* Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez, G.A., (2009) *El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia* En *El derecho a la Consulta en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*. Revista el otro derecho No 40. IL-SA. Bogotá D.C.
- Rodríguez, G.A., (2011) *La consulta previa en medidas legislativas: Perspectivas desde la jurisprudencia constitucional* Revista Verba Uris. Enero y Junio. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Rodríguez, G.A., (2014) *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Rodríguez, Gómez y Monroy (2012). *Las licencias ambientales en Colombia: una mirada desde la participación y la responsabilidad*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Romero, M (2012). *La consulta previa, un derecho fundamental* En *El derecho fundamental a la consulta previa: línea jurisprudencia de la Corte*

- Constitucional en la materia. Bogotá: Codhes. Recuperado en <https://alfresco.uclouvain.be/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/5275132a-de4d-42eb-8cfa-6c7dc4253e46/derecho%20fundamental%20a%20la%20consulta%20previa.pdf>
- Ruiz, J. (2015) *La inalcanzable consulta previa* Portal Jurídico Interdisciplinario. Disponible en <http://polemos.pe/2015/09/la-inalcanzable-consulta-previa-en-el-peru/>
- Telesur (12 de mayo de 2014) *Presentan en Bolivia Ley de Consulta Previa sobre proyecto de desarrollo* Disponible en <http://www.telesurtv.net/news/Presentan-en-Bolivia-Ley-de-Consulta-Previa-sobre-proyectos-de-desarrollo-20140512-0038.html>
- Valero, D. (10 de febrero de 2013) *Consultas con minorías étnicas paralizan la agenda estatal: Indígenas y afrodescendientes, las comunidades que más complejidad le han dado al proceso* El Tiempo. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12587449>.
- Vallenas, K., Pautrat, L y Samaniego, C. (2011?) *Análisis de la ley de consulta previa a los pueblos indígenas, y criterios para su implementación en el contexto de debate del proyecto de ley forestal y fauna silvestre* Sociedad Peruana de Ecodesarrollo.
- Yrigoyen, R. (2009) *De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la Consulta y el Consentimiento* En *El derecho a la Consulta en América Latina*. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas. Revista el otro derecho No 40. ILSA. Bogotá D.C.
- Sentencias
- Consejo de Estado. (1999) *Sentencia No. 5091* Sección Primera. Magistrado Ponente, Juan Alberto Polo Figueroa. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (1996) *Sentencia T-422* Magistrado Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (1997) *Sentencia SU-039* Magistrado Ponente, Antonio Barrera Carbonell. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (1998) *Sentencia T-652* Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (1998) *Sentencia T-652* Magistrado Ponente, César Gaviria Díaz. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (2001) *Sentencia C-169* Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C.

- Corte Constitucional. (2003) Sentencia SU-383 Magistrado Ponente, Ivano Tafur Galvis. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (2003) Sentencia T-955 Magistrado Ponente, Ivano Tafur Galvis. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (2006) Sentencia T-880 Magistrado Ponente, Ivano Tafur Galvis. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2008) Sentencia C-030 Magistrado Ponente, Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2008) Sentencia C-461 Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2009) Auto A-004 Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2009) Sentencia C-175 Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2009) Sentencia T-769 Magistrado Ponente, Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2010) Sentencia T-547 Magistrado Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2010) Sentencia T-745 Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2010) Sentencia C-915 Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2010) Sentencia T 1045A Magistrado Ponente, Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2011) Sentencia T-116 Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2011) Sentencia T-129 Magistrado Ponente, Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2011) Sentencia C 187 Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2011) Sentencia C-366 Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2012) Sentencia C-331 Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2012) Sentencia T-680 Magistrado Ponente, Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2013) Sentencia C-359 Magistrado Ponente, Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C.

- Corte Constitucional (2014) Sentencia T-576 Magistrado Ponente, Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2014) Sentencia T-800 Magistrado Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza Portelo. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional (2015) Sentencia T-485 Magistrada Ponente, Myriam Avila Roldan. Bogotá D.C.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001) Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. San José e Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005) Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. San José e Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005) Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. San José de Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006) Caso de la Comunidad Sawhoyamaya Vs Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. San José de Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007) Caso del Pueblo Sarakama vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. San José e Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012) Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. San José de Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013) Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia.
- Tribunal Constitucional de Bolivia (2006) Sentencia Constitucional 0045 Sucre. Magistrada Relatora, Silvia Salame Farjat. Bolivia: Distrito La Paz.
- Tribunal Constitucional de Perú (2010) EXP. N° 0022-2009-PI/TC. Lima, Perú.
- Videos
- Morris, H. (2013) *Consulta Previa: una deuda histórica* (documental). Programa Contravía. Bogotá: Canal Capital. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=2IZExfyXXA0>.
- Morris, H. (2013) *El Oro para Suárez*. Programa Contravía. Bogotá: Canal Capital. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=2M4HHIcd8dk>

- Punto Económico (2013) *A quienes debe beneficiar la ley de consulta previa en nuestro país*. Parte 5. Entrevista a Javier La Rosa, Coordinador del área pueblos indígenas del Instituto de Defensa Legal. Perú Tv. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=dQ0CNF63fKY>
- Punto Económico (2013) *Ley de Consulta Previa*. Parte 5. Entrevista con Javier Torres Seoane y Javier de la Rosa. Perú Tv. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=rz3EJNWvpAs>
- Séptimo Día (2015) *Desarmonización del conflicto* (Especial). Séptimo Día. Bogotá: Canal Caracol TV.

**UNA PROPUESTA**



# HACIA LA PROGRESIVIDAD DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

Gloria Amparo Rodríguez

## Introducción

Uno de los derechos más controversiales y judicializados en los últimos años, en relación con los pueblos indígenas y demás grupos étnicos<sup>1</sup>, es el derecho fundamental a la consulta previa. Este se encuentra referido al deber del Estado, de consultar todas las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente estas colectividades. Como lo hemos planteado, es notorio el debate en el país sobre los impactos de la aplicación de la consulta previa, en un contexto donde el gobierno tiene el compromiso de promover el desarrollo fundamentado en la explotación de los recursos naturales, existente especialmente en los territorios colectivos donde habitan dichas comunidades (Rodríguez, 2014).

También, hemos esbozado en el citado texto, los principales argumentos y dilemas de la reglamentación de la consulta previa, algo que hemos denominado como un «permanente conflicto» que además ha sido de larga data. Para ello hemos resaltado que inicialmente la consulta previa se realizaba en el país sin contar con ninguna reglamentación sobre su procedimiento<sup>2</sup>, y que desde que se vienen adoptando decisiones sobre la forma de realizarla, se vienen presentando confrontaciones como lo demostraremos a continuación.

Es conveniente resaltar que, entre los años 1997 y 1998, se efectuaron diversos procesos con los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes

---

1 La consulta previa es un derecho de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. En este contexto, el ámbito de aplicación y por ende de la realización de la consulta previa tiene que ver en Colombia con cuatro grupos étnicos reconocidos: los pueblos indígenas, la población raizal del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; la población negra o afrocolombiana, de la que también hacen parte los palenqueros de San Basilio del municipio de Mahates (Bolívar); y la población Rom o gitana.

2 De acuerdo con nuestros registros, la primera consulta previa efectuada en el marco de proyectos, se efectuó en el año 1994 con el pueblo indígena Sikuni con la empresa Ecopetrol para un programa sísmico en el Departamento del Casanare.

del país, tendientes a buscar un instrumento (lineamiento, protocolo o norma), para establecer el procedimiento para la realización de la consulta previa.

Sin embargo, de manera intempestiva, fue expedido el Decreto 1320 en julio de 1998, un mes antes de culminar el gobierno del presidente Ernesto Samper, desconociendo los avances que se habían logrado y regulando sin participación, la consulta previa para la explotación de los recursos naturales. Desde ese momento, el tema se ha constituido en una reiterada confrontación entre el gobierno nacional y los pueblos, entre otras circunstancias, por la manera como esta norma salió a la luz pública y por sus implicaciones en la aplicación, como también lo analizaremos más adelante.

El presente texto, pretende mostrar la argumentación que desde la labor investigativa que hemos venido realizando desde hace casi dos décadas, podemos proponer sobre la necesidad de generar mecanismos de protección del derecho a la consulta previa y el avance del mismo, teniendo en cuenta los postulados que sustentan la necesidad de hacer realidad el principio de progresividad<sup>3</sup>.

## Antecedentes

Como precedente importante para abordar esta problemática, debemos señalar que la consulta previa aparece en el escenario jurídico, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual tiene como finalidad asegurar los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Este instrumento es resultado del proceso que se presentó en las décadas de los setenta y ochenta del siglo xx, a través del que se dio reconocimiento de los pueblos indígenas como actores políticos y como sujetos de derechos (de forma individual y colectiva)<sup>4</sup>.

Así las cosas, el Convenio 169 se considera hoy como un instrumento histórico que pretende abordar todos los aspectos claves de los derechos de estas

---

3 La Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 26, requiere que los Estados Partes adopten “providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional para lograr progresivamente, por vía legislativa u otros medios apropiados, la plena efectividad” de tales derechos. Los derechos programáticos se enmarcan en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Americana que consagra dicho principio en su artículo 1°.

4 Es importante resaltar que, según la Corte Constitucional (SU-383/03), el Convenio 169 de la OIT y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa, conforman junto con la Carta Política el bloque de constitucionalidad. Así las cosas, puede considerarse que este es un derecho de gran trascendencia, el cual no puede suspenderse ni aún en situaciones excepcionales.

comunidades, relacionadas entre sí. Asimismo, asume temas tales como el que los derechos a la consulta y a la participación son transversales y tienen repercusiones, por ejemplo, sobre los derechos estipulados en sectores como la salud y la educación (OIT 2009, 6).

En este escenario, el Convenio 169 implica avanzar en estrategias para superar la asimilación y la integración de los pueblos indígenas que primaron desde la época de la colonia. Así el derecho internacional tiene el reto de desarrollarse para que se garanticen sus disposiciones sobre integridad cultural, no discriminación, bienestar social, participación y consulta previa, no obstante las limitaciones que se derivan de la diversidad de intereses en relación con los territorios y los recursos que han manejado estas colectividades (Rodríguez, 2015:21).

Así las cosas, la autodeterminación, la autonomía, la protección de la diversidad étnica y la equidad de los pueblos indígenas, tienen correspondencia con sus derechos territoriales, sociales, ambientales y culturales, y por ello, se constituyen en un gran avance para ellos. Dicho de otra manera, los indígenas tienen derecho, en condiciones de igualdad, al goce y a la protección de todos los derechos humanos así como de las libertades fundamentales que se les han reconocido, y que se encuentran contenidos en diversos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales.

En Colombia, pocos meses después de ser ratificado el Convenio 169 mediante la ley 21 de 1991, se da el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución Política promulgada en 1991, la cual marcó un momento trascendental en la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación Colombia. Sobresale entonces que, aunque existen además varios tratados internacionales que consagran derechos en cabeza de los pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT es el único que tiene que ver directamente con su protección, aunque es oportuno mencionar que más recientemente, apareció la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas - DNUDPI.

### **Principales instrumentos internacionales de protección de los pueblos indígenas y ley que los ratifica en Colombia**

<b>Instrumento (número, año, entidad responsable)</b>	<b>Ley de ratificación en Colombia</b>	<b>Descripción</b>
Convenio 107 de 1957 - OIT	Ley 31 de 1967	Protección a las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - 1966 – ONU	Ley 74 de 1968	Los Estados se comprometen a asegurar a los hombres y las mujeres igual título para gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - 1966 - ONU	Ley 74 de 1968	Los Estados se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos.
Tratado de Cooperación Amazónica 1978 – OTCA	Ley 17 de 1981	Realizar esfuerzos para promover el desarrollo armónico de sus respectivos territorios amazónicos tendientes a lograr resultados equitativos y mutuamente provechosos, así como para la preservación del ambiente y la conservación y utilización racional de los recursos naturales de esos territorios.
Convención sobre los derechos del niño – 1989 – ONU	Ley 12 de 1991	Por el cual los Estados partes se comprometen a reconocer los derechos de los niños y a adoptar medidas para dar efectividad a los mismos.
Convenio 169 de 1989 – OIT	Ley 21 de 1991	Versión revisada del Convenio 107 de 1957. Busca asegurar los derechos de los pueblos indígenas y tribales a su territorio y la protección de sus valores culturales, sociales y económicos.
Convenio sobre Diversidad Biológica 1993 - ONU	Ley 165 de 1994	Conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos.
Decisión 391 de 1996 - Comisión del Acuerdo de Cartagena - Comunidad Andina	No requiere ratificación	Reglamenta los artículos 8, 10 y 15 del Convenio de Biodiversidad, que tratan de la protección al conocimiento asociado a los recursos genéticos, su acceso, la distribución de los beneficios y la utilización. Establece el régimen común de acceso a los recursos genéticos.
Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas - 2007 - ONU		La Asamblea General de la ONU adopta la DNUDPI, que establece un marco universal de estándares mínimos para la dignidad, bienestar y derechos de los pueblos indígenas del mundo.

<p>Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial-1965 – ONU</p>	<p>Ley 1482 de 2011</p>	<p>Mediante la cual los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el <i>apartheid</i> y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar todas las prácticas de esta naturaleza.</p>
--	-------------------------	--

Fuente: Elaboración de la autora (Rodríguez, 2015:40-41).

De manera conexas a la consagración de normas en el orden nacional e internacional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana (ccc) ha garantizado mediante varios pronunciamientos los derechos de los pueblos indígenas y ha brindado claridad sobre su protección. El Tribunal Constitucional (ccc, T-973/09) subraya que estas comunidades y pueblos indígenas son titulares de los siguientes derechos:

- (a) A la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (art. 11 CP).
- (b) A la integridad étnica, cultural y social, del que se desprenden tanto la protección a la diversidad y al carácter pluralista de la nación (art. 1, 7 y 8 CP), como el derecho a la supervivencia cultural, el derecho a la preservación de su hábitat natural, el derecho de la comunidad a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros y la prohibición de toda forma de desaparición forzada (artículo 12 CP).
- (c) A su autodeterminación y autogobierno (art. 9 y 330 CP).
- (d) El derecho a la oficialidad de lenguas y dialectos de las comunidades nativas y a que la enseñanza que se les imparta sea bilingüe ( art. 10 CP).
- (e) Al respeto a la identidad cultural en materia educativa (art. 68 CP).
- (f) Al reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las formas de cultura (art. 70 CP).
- (g) A la protección del patrimonio arqueológico de la nación (art. 72 CP).
- (h) A una circunscripción especial para la elección de senadores y representantes (art. 171 y 176 CP).
- (i) A administrar justicia en su propio territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (art. 246 CP).
- (j) A la propiedad colectiva y su naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable (art. 58, 63 y 329 CP).
- (k) A gobernarse por consejos indígenas y autoridades por ellos elegidas, según sus usos y costumbres y a determinar sus propias instituciones jurídicas (art. 330 CP).
- (l) A acudir como comunidad a la justicia.
- (m) A la consulta previa.

Como precedente a tener en cuenta desde la jurisprudencia, la Corte Constitucional (Sentencia T-376/12) ha avanzado en los criterios generales de aplicación de la consulta, dejando claro que:

el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.);

el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta;

por medio de las consultas se debe asegurar una participación *activa y efectiva* de los pueblos interesados. Que la participación sea *activa* significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea *efectiva*, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas;

la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente,

la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, Colombia, como un país democrático y participativo, encuentra en la consulta previa su máxima expresión como un espacio de articulación étnica e intercultural. Así las cosas, los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos, tienen derecho a la participación y a la consulta, siendo imprescindible tener presente que la consulta, además de un derecho, es un proceso de carácter público, especial y obligatorio, intercultural e interinstitucional. El cual debe realizarse siempre antes que se vaya a decidir sobre asuntos de carácter administrativo, legislativo o en proyectos públicos o privados que incidan en sus formas de vida o su integridad étnica, cultural, espiritual, social y económica.

Este derecho fundamental<sup>5</sup> es además un mecanismo que le permite al Estado cumplir con su responsabilidad y deber de proteger la diversidad étnica y

---

5 Mediante Sentencia SU-039/97, el Tribunal Constitucional deja claro que la consulta previa se constituye en un derecho fundamental cuando manifiesta que: 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,

cultural, respetar el territorio, la autonomía, la participación y el desarrollo propio, entre, otros derechos (Rodríguez 2014, 34).

## Desarrollo normativo de la consulta previa

A nivel del ordenamiento jurídico interno y como complemento al Convenio 169 de la OIT, *con relación a la consulta previa*, encontramos las normas constitucionales colombianas que protegen a los pueblos indígenas y sus derechos, entre las cuales está el de participar en la toma de decisiones.

En este sentido, la Carta Magna considera que uno de los fines del Estado es facilitar la participación de estos pueblos en todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación. La Constitución Política sobre este tema en el parágrafo del artículo 330 menciona que «La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades».

De otro lado, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, mediante la cual se crea el Ministerio de Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) y se organiza el Sistema Nacional Ambiental, señala 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 se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades».

De igual forma, el derecho a la consulta previa cuenta con otras normas que hacen referencia a dicho derecho, las cuales se presentan a continuación:

---

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.

**Principales normas sobre consulta previa  
a pueblos indígenas de Colombia**

Norma	Contenido
<p>Convenio 169 de la OIT Ley 21 de 1991</p>	<p>Artículo 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.</p>
<p>Constitución Política de Colombia</p>	<p>Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de las comunidades en las decisiones que pueden afectarlo (artículo 79).</p> <p>La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se debe efectuar sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política de Colombia).</p>
<p>Ley General Ambiental Ley 99 de 1993</p>	<p>Art. 76. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, de acuerdo con el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.</p>
<p>Decreto 1320 de 1998</p>	<p>Por el cual se reglamenta la consulta previa a comunidades indígenas y negras, para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.</p>
<p>Directiva Presidencial No. 01 de 2010</p>	<p>Reseña los mecanismos para la aplicación de la Ley 21 de 1991, 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.</p>
<p>Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 46.</p>	<p>Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.</p>

Ley 1444 de 2011 y Decreto 2893 de 2011	Sobre las competencias del Ministerio del Interior y de las direcciones con competencias en materia de consulta previa.
Decreto ley 4633 de 2011	Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas.
Directiva Presidencial No. 10 de 2013	Por medio de la cual se expide un protocolo que busca regular la coordinación interna de las entidades involucradas, a efectos de garantizar la integración de las competencias correspondientes y la distribución eficaz de los recursos, así como a la eficiente circulación de la información relevante, la transparencia de los procesos y permitir el seguimiento al cumplimiento de los deberes de las entidades responsables en materia de consulta previa.
Decreto 2613 de 2013	Por medio del cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa <sup>1</sup> .

Fuente: Elaboración de la autora (Rodríguez, 2014:62).

Adicional a este marco normativo, recalca el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, los parámetros para la realización de las consultas previas y ha establecido importantes aportes para la protección y garantía de los derechos de las comunidades étnicas. En este sentido, ha dejado claro que la explotación de los recursos naturales en los territorios colectivos debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades. La integridad configura un derecho fundamental para los pueblos indígenas por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar la subsistencia se ha previsto que, 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<sup>6</sup>.

6 Para el Tribunal Constitucional, 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 a la 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 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 (CCC, SU 039/97).

## ¿Es regresiva la normatividad existente sobre consulta previa?

Los aspectos que tienen que ver con los problemas relacionados con la normatividad expedida sobre consulta, inician por el hecho de haber sido expedida sin el requisito mismo de la consulta previa, desconociendo este derecho fundamental. A continuación se expondrán los argumentos por los cuales se presentan dificultades con los decretos 1320 de 1998 y 2613 de 2013 y con las Directivas Presidenciales 01 de 2010 y 10 de 2013.

Como se planteó anteriormente, en un primer momento fue manifiesto el rechazo del mencionado decreto 1320 por parte de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, que lo cuestionaban por su legitimidad, legalidad, ámbito de aplicación y con el procedimiento establecido, los cuales se constituyeron en los principales argumentos para oponerse a esta norma, considerada ilegal porque, como se ha mencionado, fue expedido sin haber sido consultado previamente con las comunidades étnicas como lo ordena la ley 21 de 1991. Este hecho generó incertidumbre jurídica y gran descontento.

En su momento, el gobierno colombiano argumentó que la mencionada norma (decreto 1320 de 1998) era necesaria para regular de manera especial la consulta previa a las comunidades indígenas y negras tradicionales, mediante un procedimiento específico que permitiera a las autoridades ambientales ejercer su competencia en esa materia y cumplir el mandato contenido en el artículo 76 de la ley 99 de 1993 que se relaciona con la explotación de los recursos naturales y las decisiones ambientales que deberán tomarse previa consulta. No se tuvo en cuenta en su momento, que con anterioridad al Decreto 1320 ya se venían realizando consultas previas sin que fuera un problema de fondo, la falta de reglamentación.

En segundo lugar, el decreto 1320 de 1998 estableció que la consulta previa se realizaba cuando el proyecto, obra o actividad que se pretendía desarrollar, en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, se señalaba que se realizaría cuando el proyecto, obra o actividad se pretendía desarrollar en zonas tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras.

Es evidente entonces que esta determinación era contraria a la Constitución Política Nacional y al Convenio n.º 169 que siempre hablan de la participación y la consulta cuando los proyectos se realizaran en TERRITORIOS INDÍGENAS (un concepto más amplio), nunca se habló de resguardo

o de reservas o zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras.

Esta disposición tal y como se planteaba en su momento, dejaba por fuera y limitaba el ejercicio de la consulta y siendo contraria a la Constitución y al Convenio n.º 169 que establecen que la consulta se realiza en los territorios indígenas. Dicho concepto territorial es más amplio y se considera como aquellas áreas poseídas por una comunidad, que comprende no sólo las tituladas, habitadas y explotadas, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales.

El concepto de territorio comprende el lugar donde los pueblos indígenas desarrollan su vida, su cultura, su economía y su propio desarrollo; los sitios ocupados permanentemente y los ocupados con fines culturales. El territorio incluye no sólo los espacios habitados y explotados, sino también aquellos que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas, sociales y culturales de los pueblos y comunidades étnicas.

En tercer lugar, se cuestionaba el Decreto 1320 por el procedimiento y los tiempos que se establecieron en el decreto para realizar la consulta previa, ya que la redujo a un procedimiento tipo audiencia ambiental que se concretaba en una sola reunión. Así las cosas, este decreto no atendió los postulados del Convenio n.º 169 según el cual, el Estado debe consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados que además reconozcan los espacios propios de reflexión y análisis de los pueblos. El procedimiento que trajo el decreto 1320 de 1998 es inflexible y por lo tanto vulneratorio de los usos y costumbres de los pueblos (Londoño Toro: 1998).

Bajo estas premisas, evidentemente el decreto 1320 de 1998 es considerado contrario a la Carta Política, vulnera los derechos de los pueblos indígenas además que visibiliza la existencia un conflicto de normas: unas normas superiores que establecen los principios (las normas constitucionales, además de una ley 21 de 1991 que ratifica el Convenio n.º 169 que integra el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos de los pueblos indígenas) versus un decreto reglamentario.

Tanto la Constitución como el Convenio 169 tienen prevalencia frente a un decreto reglamentario (el 1320) que vulnera los principios constitucionales y por lo tanto generan inseguridad jurídica y además, limita los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

Los pueblos indígenas siempre se han opuesto al mencionado decreto 1320 de 1998 y han solicitado su revocatoria directa. Sin embargo, esto no se ha efectuado aun existiendo un evidente conflicto de normas. La contradicción del de-

creto en mención no es solamente en la parte sustantiva, el problema es que el convenio internacional y la jurisprudencia están señalando unas pautas de procedimiento de cómo hacer las consultas y eso está en abierta divergencia con las determinaciones que ha tomado dicha norma (Rodríguez, 2014:203).

No obstante todos los argumentos en contra, el Consejo de Estado ratifica en su legalidad, argumentando que no observa que el decreto 1320 de 1998 en su conjunto, presuponga el desmedro de la integridad étnica, social, cultural y económica de las comunidades indígenas, ni que sea un instrumento que no permita garantizar dicha integridad. Por el contrario, para esta Corporación, visto de manera global, es un mecanismo que facilita hacer efectiva la preservación de las mismas, cuando de la explotación de recursos en sus territorios se trata, al permitirles participar, a través de sus representantes, tanto en la elaboración de los estudios ambientales (artículo 5º), como en acuerdos sobre la identificación de impactos y las medidas propuestas dentro del plan de manejo ambiental, y las demás que sean necesarias para su preservación (Consejo de Estado: 1999).

Ahora bien, llama la atención que la misma Corte Constitucional ha ordenado de manera reiterada la inaplicación del decreto 1320 de 1998, al considerarlo a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la ley 21 de 1991. En su lugar ha recomendado consultar a las comunidades y pueblos indígenas, a través de sus representantes, los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas (Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006 y T-745 de 2010)<sup>7</sup>.

---

7 Adicional a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones CEACR, se ha pronunciado sobre esta norma y en el informe del año 2012 recuerda al gobierno colombiano que el Comité Tripartito que examinó la reclamación efectuada a nombre de los pueblos indígenas manifestó en 2001 que el proceso de consulta previa, tal como expresado en el decreto núm. 1320, no está en conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del convenio, y que una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y pueden participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales, pues de lo contrario será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación (documento GB.282/14/3, párrafo 79). La Comisión confía que siendo la consultación y participación uno de los pilares centrales de este instrumento, el gobierno considerará enmendar su legislación para que se encuentre en conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del convenio (CEACR, 2012).

De otro lado, abordamos a continuación el tema de las dos Directivas que han sido expedidas con relación a este tema. En primer lugar, se debe tener en cuenta que esas directivas afectan directamente a las comunidades étnicas y, como tal, debieron ser consultadas. Es menester manifestar que una directiva es un acto administrativo de carácter general que goza de presunción de legalidad, que constituye una instrucción de servicio, dado que incluye indicaciones del superior jerárquico a sus subordinados sobre la manera parcial como deben actuar como máxima autoridad administrativa.

La Directiva Presidencial 01 de 2010 tiene como finalidad garantizar el derecho fundamental a la Consulta Previa, para lo cual da instrucciones a los funcionarios públicos señalando que el desarrollo responsable de los procesos de consulta previa, no sólo permite garantizar el derecho, sino que incrementa la viabilidad de los proyectos.

Llama la atención que esta Directiva de manera taxativa señala qué se consulta y cuales acciones no requieren la garantía del derecho a la consulta previa. Adicionalmente, consagra normas procedimentales al establecer el proceso de consulta previa siempre deberá cumplir las siguientes fases (a) Preconsulta, (b) Apertura del proceso, (c) Talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo, (d) Pre-Acuerdos, (e) Reunión de Protocolización, (f) Sistematización y seguimiento al cumplimiento de acuerdos, (g) Cierre del proceso de Consulta Previa. Aclara en todo caso que estas fases se entenderán como un protocolo sugerido por el Grupo de Consulta Previa, y su aplicación estará supeeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado.

El Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna<sup>8</sup> en respuesta a esta Directiva, promovió una acción de nulidad contra la misma, argumentando la violación del principio de legalidad en razón a que dicho acto violó el derecho fundamental de consulta previa que debe realizarse a los pueblos étnicos en toda actuación legislativa o administrativa que a ellos les incumba.

Adicionalmente, se planteó que el contenido de la Directiva Presidencial controvierte estándares nacionales e internacionales sobre la naturaleza y alcance del derecho a la consulta previa, lo anterior en razón a que en su contenido se excluye la noción de consentimiento previo, libre e informado; asigna competencias entre el Estado y los interesados en los proyectos para adelantar las con-

---

8 Actuando en representación del Consejo Comunitario de la Organización Popular y Campesina del Alto Atrato-COCOMOPOCA; el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó; la Corporación Colectivo de Abogados 'José Alvear Restrepo'; la Corporación Jurídica Etnias y del mismo Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna

sultas; hace referencia al momento en el que deben realizarse dichos procesos y fija etapas expresas para adelantar los procesos de consulta.

Por lo demás, Tierra Digna considera que la expedición de dicha Directiva fue irregular pues con ella se hace una intervención regulatoria de los procedimientos y etapas que se deben seguir para materializar el derecho fundamental de consulta previa, así como sobre aspectos sustanciales relativos al alcance mismo del derecho. Finalmente se señala que esta Directiva de servicio es un real acto administrativo que debió consultarse<sup>9</sup>.

No bastando lo anterior, más recientemente, fue expedida la Directiva Presidencial 10 de 2013, por medio de la cual se expide un protocolo que busca regular la coordinación interna de las entidades involucradas, a efectos de garantizar la integración de las competencias correspondientes y la distribución eficaz de los recursos, así como a la eficiente circulación de la información relevante, la transparencia de los procesos y permitir el seguimiento al cumplimiento de los deberes de las entidades responsables en materia de consulta previa.

Dicha Directiva establece la manera como se lleva a cabo la certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hacen necesaria la consulta previa. También se señala de acuerdo con el sector, el momento en el cual debe realizarse dicha solicitud<sup>10</sup>.

Consagra también que la Dirección de Consulta Previa debe analizar si el proyecto puede afectar directamente o no a las comunidades identificadas. Establece el procedimiento para la convocatoria de la consulta reglamentando el procedimiento al señalar que, de no recibir respuesta de algunos de los representantes de las comunidades étnicas, la Dirección efectuará el intento de notificación 3 veces en preconsulta y 2 veces en consulta, cada ocho (8) días para probar que efectivamente se intentó realizar la convocatoria y que alguna de ellas o todas, se negaron a asistir.

Adicionalmente, esta Directiva Presidencial establece que luego de realizar los intentos de convocatoria y si los representantes de las comunidades involucradas fueron efectivamente notificados más de una vez y no justificaron incapacidad de asistir o nunca se manifestaron, podrá dar por concluido el proceso consultivo. Para ello, la Dirección de Consulta Previa convocará a una reunión con el Ministerio Público, invitará al ICANH y las entidades competentes en

---

9 Hasta el momento de escribir este documento, no se ha presentado fallo definitivo en esta acción de nulidad.

10 Llama también la atención sobre el tema de las certificaciones de presencia de grupos étnicos cuando ha desaparecido el INCODER, tema al cual se debe hacer seguimiento dado que esta era la institución que contaba con la información sobre los territorios titulados y los que tenían expectativas de titulación o ampliación por parte de los grupos étnicos.

el ámbito del proyecto donde se advertirán sus posibles impactos para facilitar a la autoridad competente la construcción del test de proporcionalidad que soportará su decisión final. Como puede verse, a lo largo del texto, la Directiva consagra el procedimiento para la construcción de la metodología, la preconsulta, consulta, protocolización y cierre del proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior, desde la aparición de las Directivas 01 de 2010 y 010 de 2013, los procedimientos de consulta previa en Colombia se han venido desarrollando sobre normas abiertamente inconstitucionales y que están llamadas a ser expulsadas del ordenamiento jurídico. Estos actos administrativos expedidos de manera inconsulta por el Presidente de la República reglamentan, definen y señalan cada uno de los pasos que debe desarrollarse para agotar el requisito de consulta previa, en los casos en los que este debe surtirse. De esta forma, dichas disposiciones han traído como consecuencia la regresión del derecho a la consulta previa.

Adicionalmente a estas directivas, se expide el Decreto 2613 de 2013, por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para consulta previa, como mecanismo entre las entidades públicas, destinado a facilitar el enlace de las responsabilidades correspondientes y a compartir criterios o información actualizada que sirvan de soporte para la expedición de las certificaciones de comunidades étnicas y para el desarrollo mismo de la consulta.

Dicho Protocolo se aplica, entre otros, en los siguientes casos: (a) En los proyectos prioritarios, presentados y monitoreados por el gerente de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos (PINES), de acuerdo con lo establecido en el documento CONPES 3762<sup>11</sup>, sobre lineamientos de política para el desarrollo de proyectos de interés nacional y estratégicos; (b) En proyectos concretos que enfrenten dificultades de gestión durante el desarrollo de la consulta previa, cuando lo solicite el Gerente de los PINE. En estos casos se convocarán las instancias requeridas y, si se considera conveniente, un comité de respuesta inmediata. (c) Cuando el Comité Técnico o el Gerente de los PINES consideren

---

11 El DNP a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social mediante el CONPES 3762 presentó los “Lineamientos de Política para el Desarrollo de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos – PINES”, para la identificación y priorización de proyectos en infraestructura, hidrocarburos, minería y energía en el país. Dicho CONPES plantea que las principales dificultades que afectan la agilidad y viabilidad del desarrollo de los proyectos en estos sectores son, entre otros: la adquisición de predios, la consulta previa a comunidades, los permisos y trámites ambientales, las relaciones con las comunidades de las diferentes regiones, y las dificultades internas de las entidades públicas en la solución de problemas jurídicos. En consecuencia, plantea que se requiere dictar lineamientos de política que permitan solucionar dichas dificultades en proyectos que generan alto impacto en la política económica y social del país.

conveniente asignar a ciertas entidades tareas específicas sobre asuntos que no son objeto de consulta, pero que favorecen la dinamización de la misma.

Una problemática que subyace de este decreto y de las directivas anteriores es la carencia de claridad sobre el papel y el momento de intervención de la autoridad ambiental (ANLA o CAR) en los procesos de consulta previa, lo cual implica que la identificación de los impactos ambientales, sociales, culturales y económicos la efectúan las comunidades únicamente con la intervención de los dueños de los proyectos, generando dificultades en identificar de manera idónea y transparente los efectos de los mismos, en las ejecuciones de los proyectos en las comunidades y su territorio.

Al igual que la Directiva Presidencial 10 de 2013, establece este Decreto también inconsulto, el procedimiento para la certificación de la presencia de comunidades, las oportunidades para hacerlo de acuerdo con los sectores y los demás pasos para garantizar la coordinación y preparación de preconsulta, consulta mecanismo de seguimiento.

Como puede deducirse de la presentación anterior, ante esta circunstancia se han venido presentando dificultades con dichas disposiciones reglamentarias de la consulta previa, se desconoce el principio de progresividad de este derecho y se ha generado inseguridad jurídica para los pueblos.

Esta situación ha minado la confianza y ha vulnerado los derechos de los pueblos, dado que la consulta previa es más una relación política que jurídica y tiene repercusiones y fundamentos profundos en lo social, económico y político, más allá de los desarrollos meramente jurídicos.

Si bien la Corte Constitucional ha instado al gobierno nacional a reglamentar la consulta previa con el argumento de ser necesario contar con reglas pertinentes, lo que es cierto es que de esta forma se ha estado haciendo de forma inconsulta y además vulnerando sus los principios y derechos. Unido a lo anterior se encuentra el hecho de un reclamo que se manifiesta en los últimos tiempos, en el sentido de señalar que cuando de forma rápida no se llega a un acuerdo de consulta previa, se está adoptando un test de proporcionalidad de derechos sin que sea claro este procedimiento, la forma como se adopta y quienes intervienen en la decisión.

Los grupos étnicos en algunos casos señalan que sería conveniente tener claros los procedimientos que además deben ser flexibles dada la diversidad de pueblos y culturas, usos y costumbres existentes en el país. Por eso proponen que, para lograr realizar una consulta idónea, solo es indispensable que esta se efectúe previamente a cualquier decisión y que se dé el cumplimiento de los requisitos de buena fe, procedimiento debidamente informado y una consulta culturalmente adecuada.

En este contexto plantean contar con unos lineamientos propios que recojan los intereses y visiones de cada pueblo. En esta tarea se ha avanzado con la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas en Colombia estableciendo protocolos como instrumentos internos de gobernanza y criterios de relacionamiento no solo con el Estado sino con otros actores.

Teniendo en cuenta entonces los escenarios de las directivas y otras normas sobre consulta previa, los anteriores argumentos me llevan a considerar que tal y como están planteados los procedimientos que se están llevando a cabo en la consulta previa, se está generando una regresividad de este derecho cuando es deber del Estado, adoptar e implementar políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados, y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado cláusula de erradicación de las injusticias presentes.

De igual forma, el Estado colombiano debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de dichos derechos, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de los mismos (CCC, T-025/04).

Teniendo en cuenta estas evidencias, dichas normas son consideradas abiertamente contrarias a la Constitución Política y al Convenio 168, cuya consecuencia será, siguiendo los planteamientos del Grupo de Acciones Públicas de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, que fuera solicitada la declaración de la nulidad por inconstitucionalidad de las Directivas Presidenciales 01 de 2010 y 010 de 2013, por desconocer y vulnerar de forma notoria, el derecho fundamental a la consulta previa, el debido proceso administrativo, la supremacía constitucional, el principio de legalidad en las actuaciones administrativas, el derecho fundamental a la participación y el principio de reserva de ley estatutaria.

En el caso de la Directiva Presidencial 01 de 2010 y de la Directiva Presidencial 10 de 2013 se debe decir que son decisiones de la administración en cabeza del Presidente capaces de generar efectos vinculantes frente a los administrados<sup>12</sup> y que en este caso concreto hacen relación con la consulta previa, afectando a estas colectividades.

---

12 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 27 de octubre de 2011, radicación 110010326000200700040-00, expediente:34.144.

De esta forma, la problemática planteada pone en riesgo el efectivo cumplimiento de las reglas o *subreglas* específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta sobre las cuales se ha pronunciado la Corte Constitucional (Sentencia T-376/12):

la consulta debe ser *previa* a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida;  
es obligatorio que los estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta);  
debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida;  
en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar *desprovistas de arbitrariedad*, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad;  
cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.<sup>13</sup>

De esta manera, esta problemática ha terminado por desdibujar el carácter de la consulta previa como mecanismo de protección de los derechos, de servir de salvaguarda de protección técnica y la posibilidad de dar efectividad a sus derechos sustantivos, representando en últimas la regresividad de este derecho.

## La regresión de la consulta en medidas legislativas

De otro lado, también deben consultarse las medidas legislativas que afectan directamente a los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. Ya contamos con experiencias de este tipo de consultas en Colombia, como las correspondientes a los últimos dos planes nacionales de desarrollo, la ley de víctimas, etc. Según el Tribunal Constitucional, cuando se desee expedir una medida del orden constitucional, internacional, nacional, departamental o local susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, estas

---

13 Esta síntesis se basa en las sentencias T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), fallos recientes en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

disposiciones deben consultarse previamente a través de procedimientos adecuados.

Ahora bien, para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio 169 de la OIT y que interfieran en los intereses de dichas comunidades (ccc, C-175/09).

Sobre las medidas legislativas<sup>14</sup> que tienen que consultarse, la Corte Constitucional ha señalado que están, por ejemplo, la Ley General de Educación, el Plan Nacional de Desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social, el Código Laboral o el Código Penal. Por esta razón, además del proceso deliberativo, público y participativo que se surte en el Congreso de la República, dichas medidas deberán someterse a un proceso específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales. En este sentido, para el Tribunal Constitucional es claro que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos (ccc, C-030/08).

Con el fin de aclarar el alcance, a juicio de la Corte Constitucional, de igual forma el concepto de medida legislativa cubre los actos legislativos, pues considera que la expresión «medidas legislativas» no puede ser entendida en un sentido restringido, alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cubra todo tipo de medidas normativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. Adicionalmente, señala esta corporación que de acuerdo con una interpretación *pro homine*<sup>15</sup>, la exégesis de la expresión «medidas legislativas» que debe ser escogida, es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho fundamental de las comunidades étnicas. Por último, asegura que en el derecho constitucional colombiano, la palabra ley no tiene un sentido unívoco y, por tanto, el adjetivo legislativo tampoco lo tiene (ccc, C-702/10).

Así las cosas, el Tribunal Constitucional ha planteado unos requisitos para la consulta previa en materia legislativa, la cual considera que tiene unas características especiales y que debe sustituirse con un proceso participativo en el que de manera general se cumpla con los siguientes requisitos: (a) poner en conocimiento el proyecto de ley a las comunidades, por intermedio de instancias su-

---

14 Para profundizar en el tema se sugiere ver, entre otras, las siguientes providencias de la Corte Constitucional colombiana: C-030/08, C-461/08, C-175/09, C-615/09 y C-941/10.

15 Este principio significa la necesidad de imponer la aplicación de las normas jurídicas más favorables al ser humano y sus derechos.

ficientemente representativas; (b) ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podrán afectarlas y, (c) darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo (ccc, C-175/09). De manera reiterada esta corporación ha señalado estos requisitos y que además se deben haber propiciado espacios y escenarios de discusión que sean apropiados para el conocimiento de la norma y para la realización de la consulta previa (ccc, C-030/08).

En este marco, de igual forma también se deben consultar las leyes tanto de iniciativa parlamentaria como de iniciativa del gobierno. El gobierno tiene el deber de promover la consulta y, además, debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto, sino que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso (ccc, C-891/02).

Cuando en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución otros sujetos distintos del gobierno<sup>16</sup> deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas, según la Corte Constitucional (C-030/08), parecería necesario que el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación<sup>17</sup> con los Pueblos y Organizaciones Indígenas. En todo caso, cuando se realizan consultas nacionales amplias, existe la necesidad de adoptar un enfoque incluyente, que permita la participación de diversas expresiones organizacionales (OIT 2013, 15).

Así las cosas, la consulta debe efectuarse en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración. No obstante, durante el trámite legislativo en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe (ccc, C-293/12).

---

16 Constitución Política, art. 155: “Podrán presentar proyectos de ley un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país. La iniciativa popular será tramitada por el Congreso, de conformidad con lo establecido en el artículo 163, para los proyectos que hayan sido objeto de manifestación de urgencia”.

17 Mediante el decreto 1397 de 1996 se crea la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas (MPC), adscrita al Ministerio del Interior, que tiene por objeto concertar entre estos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen (este tema será abordado más adelante).

Nuestras consideraciones al respecto, evidencian una preocupación sobre los alcances que este proceso representará si durante los debates y a discusión del proyecto de ley en el Congreso, el proceso termina por generar cambios de fondo en lo que se ha consultado. En este sentido nuestra propuesta es que sólo se protocolice dicha consulta legislativa, cuando se tenga el proyecto de ley listo en todo el proceso, con el fin de evitar que esta se constituya en un mero trámite que no logre los objetivos propuestos y garantizar que la consulta sea un verdadero espacio de participación que permita una incidencia real en la decisiones legislativas que se adopten y que puedan afectar directamente a estas colectividades.

Adicionalmente, algo muy importante a tener en cuenta es que la consulta previa se debe hacer con el pueblo indígena en general, no solamente con sus instancias de representación o solamente con la Mesa Permanente de Concertación (ccc, C-702/10).

Con el fin de avanzar y prevenir futuras confrontaciones en los temas procedimentales, la Corte Constitucional (T-382/06) ha planteado la posibilidad de usar talleres preparatorios en los cuales se informe debidamente a los pueblos indígenas cuáles son las medidas normativas a presentar y qué tipo de consecuencias pueden tener estas sobre cada pueblo, para después efectuar la Mesa de Concertación respectiva.

También la Corte Constitucional ha dado luces sobre las consultas previas en cuanto a los planes de desarrollo que pueden contener programas, proyectos y presupuestos que inciden de manera directa y específica en los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes que residen en las zonas de aplicación de los mismos. En este caso, dicha consulta previa debe ser realizada con pleno cumplimiento de todos sus requisitos, porque de lo contrario se presentará un vicio de inconstitucionalidad, es decir, se estará violando la Constitución Política de Colombia (ccc, C-461/08<sup>18</sup>).

Sin embargo, llaman la atención las últimas sentencias de la Corte Constitucional (C-196/12 y C-317/12), en especial porque encontramos un cambio en la posición de este Tribunal en cuanto a la garantía del derecho a la con-

---

18 Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1151 de 2007, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”. La Corte Constitucional declara inexecutable esta norma, en el entendido de que suspende 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.

sulta previa, al precisar que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa susceptible de afectar a las comunidades étnicas, sino sólo frente a aquellas que puedan afectarlas de manera DIRECTA O ESPECÍFICA<sup>19</sup> en su condición de tales.

No obstante los avances que se han presentado a través de las providencias de la Corte, debemos manifestar que en el caso de la sentencia referida al Acto Legislativo No. 5 de 2011 por el cual se constituye el Sistema General de Regalías (Sentencia de Constitucionalidad C-317/12), se menciona que la jurisprudencia constitucional ha seguido un curso uniforme y pacífico en el sentido de proveer distintos criterios hermenéuticos, una metodología y unos lineamientos constitucionales para determinar, en cada caso concreto, si una medida legislativa surte un IMPACTO DIRECTO, ESPECÍFICO Y PARTICULAR<sup>20</sup> sobre los grupos étnicos del país, de manera tal que con respecto a ella sea obligatorio cumplir con el derecho a la consulta previa, en forma plenamente respetuosa de los estándares trazados por la jurisprudencia interamericana y la jurisprudencia constitucional al respecto (CCC, C-317/12).

Se resalta el hecho que estas sentencias presentan salvamentos de voto, entre los cuales está el del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, quien sostiene que dicha decisión implica una INVOLUCIÓN constitucional en materia de consulta previa a comunidades étnicas cuando éstas resultan afectadas directamente por leyes aprobatorias de tratados internacionales. En este mismo sentido, el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva aseguró que esta modalidad de decisión de la Corte termina por configurar un déficit de protección del derecho fundamental a la consulta previa a tales pueblos de identidad étnica y cultural diversa (CCC, C-196/12).

## La reglamentación de la consulta ¿un riesgo?

Siendo la consulta previa un mecanismo de protección, es pertinente mencionar que lo que se pretende con ella es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. La Corte Constitucional (SU-039/97) estableció que cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, esta debe ser

---

19 El Convenio núm. 169 dice que la afectación debe ser directa, por lo cual llama la atención el hecho que la Corte Constitucional incluye otro nuevo adjetivo a la afectación “específica”.

20 En este caso la Corte va más allá y menciona un impacto “directo, específico y particular”.

objetiva, razonable y proporcional a la finalidad constitucional que le exige al Estado a la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

Para este tribunal (C-175/09), el ejercicio de esa potestad carece de naturaleza omnimoda y en cambio debe estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; fundarse como se ha mencionado en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al grado de afectación de los intereses de las comunidades tradicionales; contemplar instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural.

Lo anterior conlleva una preocupación de los pueblos y comunidades con relación a la reglamentación de la consulta previa. Consideramos en consecuencia, que cualquier posibilidad de reglamentar la consulta previa en Colombia debe de cumplir con varios postulados a saber, entre los cuales está que la propuesta de reglamentación en ningún momento puede limitar o disminuir el alcance del derecho a la consulta porque estaría vulnerando el principio de progresividad de los derechos y violando los derechos establecidos para estas colectividades.

El país está endeudado de realizar consultas adecuadas, que exista seguridad jurídica no solo para el sector empresarial sino para todos y en especial para los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. Las directivas y los decretos anteriormente mencionados, generan incertidumbre, no solo por temas procedimentales y de tiempos de las consultas, sino por la limitación del alcance al derecho mismo a la consulta previa.

Los pueblos a través de los mecanismos de gobernanza como los protocolos pueden establecer la forma de relacionamiento con los actores externos y la forma como debe adelantarse la consulta previa. En todo caso, la seguridad jurídica para los grupos étnicos implica contar con elementos para hacer realidad las garantías legales, políticas y jurisprudenciales en materia de consulta previa, así como establecer mecanismos para promover la progresividad de este derecho a través del reconocimiento de los derechos étnicos, la inclusión y no discriminación de las comunidades, la promoción del diálogo intercultural en todos los temas de su interés.

Aunque los pueblos cuestionan la necesidad de reglamentar la consulta previa porque consideran que con el Convenio 169, la Constitución Política y la jurisprudencia son suficientes, consideramos que cualquier disposición sobre esta materia, no puede hacer regresivo este derecho, todo lo contrario debe promo-

ver mayor alcance y debe garantizar la pervivencia y permanencia de los pueblos en sus territorios.

## Hacia el consentimiento libre, previo e informado (CLPI)

El antecedente más relevante del CLPI lo encontramos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso del pueblo Saramaka *versus* Surinam (Sentencia del 28 de noviembre de 2007) señala que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrán un mayor impacto dentro del territorio, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar, sino también debe obtener el consentimiento libre, previo e informado de estos, según sus costumbres y tradiciones.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 19, señala que «Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado».

Se ha considerado que en situaciones como: almacenamiento de desechos tóxicos, traslado de grupos indígenas, y proyectos de inversión de gran escala en territorios indígenas donde se genera un impacto significativo sobre el ejercicio de una serie de derechos de los pueblos indígenas, se requiere no solo de la consulta previa sino del CLPI. Esto generalmente hace difícil que en los referidos eventos pueda demostrarse una necesidad y proporcionalidad sin el consentimiento de la parte indígena, aun asumiendo que existe un propósito estatal válido (Anaya 2013).

En este mismo sentido, el ex relator especial de la ONU determinó que es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo. Asegura que mientras el Convenio 169 y la declaración se refieren a la consulta como una obligación o deber de los Estados, entre actores institucionales y los que abogan por los pueblos indígenas se ha venido hablando cada vez más del derecho de estos pueblos a ser consultados. Es importante recordar, sin embargo, que este derecho es corolario de la consulta, tal como se plantea en los instrumentos y jurisprudencia internacionales, no es un derecho aislado o

independiente. Más bien la norma de consulta, con su principio conexo de consentimiento libre, previo e informado, se presenta en el derecho internacional como una salvaguarda para el conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas que pueden ser afectados por las decisiones administrativas o legislativas de los Estados (Anaya 2013).

Precisando lo anterior, en el caso colombiano la Corte Constitucional (T-129/11) encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva, cuando existan proyectos que tengan el potencial de poner en peligro sus formas de vida y específicamente en aquellos eventos que: (a) Impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto. (b) Estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas. (c) Representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.

Cabe destacar que no sólo se debe obtener el CLPI de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino que obtenida su aprobación debe garantizarse que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación en forma equitativa (ccc, T-129/11). En consecuencia, el CLPI opera en los siguientes casos, según la Corte Constitucional (T-769/09 y T-129/11):

Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de los pueblos indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su CLPI, según sus costumbres y tradiciones. Para este tribunal, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, estos pueden conllevar a: (a) cambios sociales y económicos profundos; (b) la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural y (c) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias. Así en estos casos, las decisiones de las comunidades indígenas se consideran vinculantes, debido al alto grado de afectación que les acarrea y el CLPI implica la aplicación del principio *pro homine*.

La Corte Constitucional (T-129/11) también encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva o exigir, como se ha mencionado, la aplicación del principio *pro homine* en aquellos eventos anteriormen-

te señalados. Dicho principio significa que, en todo caso, siempre se da aplicación a las normas jurídicas que son más favorables al ser humano y sus derechos. En otras palabras, prima la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política.

En ese sentido, toda medida de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el CLPI de las comunidades étnicas implicadas. En este contexto, aclara el Tribunal Constitucional, que la intervención del Estado o concesionarios del proyecto en estos territorios debe estar irradiada desde la etapa de planificación o proyección no sólo del derecho fundamental a la consulta previa, sino que existe la obligación de estar enfocada en conseguir el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades y pueblos étnicos. Sumado a ello, insiste en el derecho de compartir los beneficios derivados de los proyectos y obras que se realicen en los territorios de estas comunidades.

Sobre el particular, la misma Corte Constitucional (T-129/11) ha señalado que conforme al desarrollo normativo y jurisprudencial actual no es fácil este tema, puesto que está ante un problema de dos extremos difíciles. Por un lado, está la consulta previa veto (que estará dentro de los términos del Convenio 169, pero que genera todo tipo de resistencia) y la consulta previa mera información (que no estará conforme con la convención y que con frecuencia es empleada para aparentar un cumplimiento de dicho instrumento). Conforme a lo expuesto, para la corte el criterio que permite conciliar estos extremos depende del grado de afectación de la comunidad, de los eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades y pueblos indígenas. Por ello, según este tribunal, todo proceso deberá calificarse conforme a las características propias de cada caso concreto, pues lo que está de por medio no es sólo la expectativa de recibir ciertos beneficios económicos por un proyecto económico, sino entender y reconocer que lo que se discute es el presente y futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene derecho a autodeterminarse y defender su existencia física y cultural, por absurdas o exóticas que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida.

En síntesis, para el Tribunal Constitucional es fundamental lograr el CLPI porque en los casos mencionados se generan cambios sociales y económicos

profundos; se presenta la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo y la migración. Adicionalmente, se puede dar el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias.

Termina asegurando la Corte Constitucional (T-129/11) que si se tienen en cuenta los presupuestos, al igual que los factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación 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 o autorización administrativa de entidades del Estado o particulares. En esta circunstancia habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional.

## Conclusiones

En primer lugar se debe resaltar la importancia de la consulta previa en la protección de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. La consulta previa además de un derecho-deber, es un principio fundamental que previene y resuelve conflictos, promueve la participación y genera espacios para que los proyectos sean más incluyentes.

En consecuencia, es trascendental tener en cuenta con respecto a los derechos étnicos que el principio de progresividad obliga al Estado colombiano a no tomar medidas que resulten regresivas, esto es, medidas que constituyan una interrupción del avance en la ampliación de los niveles de satisfacción, y mucho menos medidas que signifiquen un retroceso injustificado en términos de la protección de los derechos fundamentales y con respecto a los niveles de satisfacción ya alcanzados. Dichas decisiones no son únicamente de tipo económico, se refieren también a cualquier disposición, política, programa o medida específica de derecho interno que tenga que ver con los contenidos prestacionales del derecho.

Así las cosas, las obligaciones de realización de los derechos y de respeto del principio de progresividad exigen al Estado la obtención de las condiciones materiales necesarias para hacerlos posibles, en el contexto de sus posibilidades. Este principio establece que tales medidas se adopten de manera que, constante y

consistentemente, promuevan la plena efectividad de los derechos. Ello ha sido ampliamente desarrollado en los instrumentos internacionales relativos a los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Como puede deducirse del análisis anterior, tanto la normatividad interna como la del ámbito internacional requieren procesos de integración y coordinación, teniendo presente que para los pueblos indígenas el derecho al territorio contribuye a fortalecer la identidad étnica y cultural, a proteger el patrimonio cultural y a consolidar el derecho a la autonomía. Ante la situación y la realidad que viven los pueblos indígenas, la defensa territorial es fundamental para su pervivencia como culturas.

Las constantes acciones y demandas realizadas por los pueblos indígenas clamando por el respeto de sus derechos representan su esperanza por forjar un futuro que permita la pervivencia de sus culturas, el bienestar de su pueblo y el pleno goce de sus derechos humanos. En este contexto, es necesario superar las dificultades que han dado lugar a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, como el conflicto, el desplazamiento y la realización de proyectos inconsultos y sin participación en sus territorios, para que los pueblos indígenas puedan disfrutar, usar, disponer y gozar autónomamente de sus derechos territoriales. Para ello, es importante contar con una política pública clara, mediante la cual se hagan efectivos dichos derechos.

Aunque la Constitución Política de 1991 y el Convenio 169 contienen el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, el Estado debe consagrar medidas efectivas para garantizar su participación y protección de los derechos de los pueblos indígenas, acordes con sus tradiciones y culturas. Las condiciones políticas y sociales, así como el desarrollo social, cultural y económico con identidad como ellos lo plantean, deben constituirse en determinantes para superar la discriminación y efectivizar los derechos de estas colectividades. Para lograrlo, es indispensable garantizar el ejercicio y control de sus territorios y recursos además de la participación y la consulta previa en las decisiones del orden nacional, regional o local que pueden afectarles.

El Estado colombiano debe asumir y hacer realidad su responsabilidad de desarrollar, con la contribución de los pueblos indígenas, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos y garantizar el respeto de su integridad. De igual forma, debe iniciar acciones que aseguren la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de estos pueblos,

respetando su identidad, sus costumbres, tradicionales y sus instituciones, para prevenir todo tipo de conflictos.

En conclusión, la escalada actual que se presenta en Colombia de los conflictos exige una respuesta urgente, eficaz y coordinada, con políticas y controles que se traduzcan en el respeto de los derechos de los pueblos indígenas. La garantía de los derechos previene y soluciona conflictos y, en consecuencia, se constituye en un importante factor de la construcción de la paz en Colombia.

Finalmente, concluimos señalando que la consulta previa debe ser un derecho que posibilite la salvaguarda de otros derechos, la preservación de la cultural y la paz en Colombia.

## Bibliografía

- CEACR (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones) [2012] Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A). Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión. Ginebra: OIT.
- OIT (Organización Internacional del Trabajo) [2009] Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio N.º 169 de la OIT. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo (2014) De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Bogotá: GIZ, Universidad del Rosario, 2014.
- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo (2015) Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia Luchas, contenido y relaciones. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia (Colección Textos de Jurisprudencia)

## Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 20 de mayo de 1999, Expediente No. 5091 (Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997. (M. P. Antonio Barrera Carbonell). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia T-652 de 1998. (M. P. Carlos Gaviria Díaz). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia T-955 de 2003. (M. P. Ivano Tafur Galvis). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia T-880 de 2006. (M. P. Ivano Tafur Galvis). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia T-973 de 2009. (M. P. Mauricio González Cuervo). Colombia.



Para la diagramación se utilizaron  
los caracteres Utopia Std y Frutiger  
Diciembre de 2013

El conocimiento es un bien de la humanidad.  
Todos los seres humanos deben acceder al saber.  
Cultivarlo es responsabilidad de todos.



“Las rutas de la consulta” es una indagación sobre la cuestión de si es necesario reglamentar el ejercicio de la Consulta Previa Libre e Informada que es un derecho fundamental de los pueblos étnicamente diferenciados. Una cuestión que ha sido objeto de agudas controversias. Mientras que el gobierno colombiano, al igual que otros en América Latina, insiste en la urgencia de reglamentar (desde hace más de tres años viene anunciando un proyecto de ley estatutaria), las organizaciones de los pueblos indígenas y afrodescendientes sostienen que significaría un recorte del derecho. Y no les falta razón. En la práctica, la Consulta se ha convertido en asunto de trámite que, a través de medidas puramente administrativas (directivas presidenciales), se ha venido simplificando y haciendo cada vez más expedita. En los textos que aquí se presentan se hace un juicioso examen de algunas alternativas. No se pretende cerrar la discusión; al contrario, lo que se busca es apenas estimular la reflexión dentro de las organizaciones étnicas. Al fin y al cabo cualquier disposición –ley o decreto– sobre el derecho a la consulta debe ser, a su vez, consultado con los pueblos.



ISBN 978-958-8341-64-4

