

ISSN 2145-6054

INOBSERVANCIA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Inobservance of the Right to the Previous Consultation

Martín Gabriel de la Rosa Rondón¹

Fecha de Recepción: 17 de mayo de 2016

Fecha de Aceptación: 20 de mayo de 2016

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Metodología; 3. Consideraciones jurídicas respecto al derecho a la consulta previa libre e informada; 4. Obligaciones de los Estados que aplican el derecho a la CPLI a partir del Convenio 169 de 1989 de la OIT; 5. La titularidad del derecho a la consulta previa; 6. Aproximación desde el punto de vista social a los derechos que protege la CPLI; 7. Materia objeto de ser consultada; 8. Una visión del derecho a la CPLI en Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú; 9. Discusión; 10. Conclusiones; 11. Referencias Bibliográficas

¹ Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad del Norte. Magister en Derecho de la Universidad del Norte. Especialista en Derecho Procesal Civil, formado por la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" en Restitución y Formalización de Tierras. Fue servidor de la Rama Judicial por más de 20 años. Actual Procurador Judicial II para Asuntos de Restitución de Tierras de Cartagena. El artículo es el primer adelanto del Proyecto de Investigación "Barreras para Acceder a la Consulta Previa".

CÓMO SE CITA ESTE ARTÍCULO (Normas APA-6)

De la Rosa Rondón, Martín Gabriel (2016). Inobservancia del derecho a la consulta previa. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, VIII (16), pág 38-66.

RESUMEN

A través del presente artículo se hace un estudio de la figura de la consulta previa libre e informada (CPLI), derecho que ha sido vulnerado y se ve expuesto a amenazas ante algunas políticas estatales que olvidan la necesidad de conservar las diferencias sociales, culturales, religiosas y de gobierno de las minorías étnicas. Se tomará como punto de partida su nacimiento en el derecho Colombiano en el año 1991. Esto implicó realizar una revisión de la CPLI como derecho fundamental, seguido de la identificación de los elementos a tener en cuenta para su desarrollo. Por último, se realiza el análisis de las posibles consecuencias socio-jurídicas, que desde la posición de los sujetos protegidos, se logren identificar de su inobservancia.

PALABRAS CLAVE

Consulta previa libre, derecho fundamental, inobservancia.

ABSTRACT

Through this article a study is made of the figure of free and informed prior consultation (CPLI), a right that has been violated and is exposed to threats in the face of State policies, which forget the need for conservation of social, cultural, religious and ethnic differences of minority governments. It will take as its starting point its birth in Colombian law, in 1991, which implied a review of the CPLI as a fundamental right, followed by the identification of the elements to take into account for its development. Finally, as a result, it's analyzed the possible dirty legal consequences, that from the position of the protected subjects, are managed to identify of their nonobservance.

KEYWORDS

Free prior consultation, fundamental right, nonobservance.

1. INTRODUCCIÓN

La constante lucha por el reconocimiento de la diversidad surge en contraposición al poder de influencia social que pueden ejercer las mayorías (Bobbio, 1986) Es así como a través de los llamados derechos colectivos se ha permitido que el multiculturalismo haga presencia en el ámbito formativo, por ser una tendencia que se preocupa por los valores y formas de vida propios de cada grupo social (Grueso, 2003).

Los postulados democráticos y pluralistas, en busca de la inclusión social, han impactado en el Estado. Lo anterior ha permitido que las minorías, clasificación en la que se debe incluir a los indígenas, tribales y cualquier grupo de personas que desde el punto de vista religioso, social, cultural, ideológico, tengan intereses distintos a la gran mayoría de los miembros de una población, gocen de mayor reconocimiento, representatividad, participación y un trato igualitario desde el punto de vista de la llamada discriminación positiva. Esta propende por el mejoramiento de la condición de existencia de los grupos menos favorecidos (Departamento Nacional de Planeación, 2012).

Los grupos étnicos del país han encontrado en el ejercicio del derecho a la CPLI, un instrumento que ha contribuido a la defensa de su identidad, cultura y participación como grupos minoritarios. No obstante, este mecanismo ha sido insuficiente. Al respecto Gloria Rodríguez señala:

Actualmente, la situación de los pueblos indígenas es muy compleja. La misma Corte Constitucional ha señalado que están en peligro de ser exterminados cultural o físicamente por el conflicto armado interno y que han sido víctimas de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos y del Derecho Internacional Humanitario, todo lo cual ha repercutido en el desplazamiento forzado individual o colectivo de los indígenas (2010, p. 113).

Así mismo Gloria Rodríguez, agrega:

A lo anterior, se adiciona el hecho que en el país se planea realizar diversos proyectos de minería, viales, de agrocombustibles, hidrocarburos, entre otros, que ponen en riesgo y generan conflictos a los pueblos indígenas. En atención a esta situación, en especial por el tema de desplazamiento como consecuencia del conflicto armado, la Corte Constitucional ha ordenado que se diseñe e implemente un Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas y de los planes de salvaguarda para 37 pueblos afectados por este flagelo (2010, p. 113)

Desde la época de la conquista, los grupos indígenas, después los afrodescendientes, hasta la fecha, han sido víctimas de muerte, desplazamiento, amenazas y desaparición forzada, a lo que se debe sumar las políticas de explotación de recursos naturales en el país, que afectan su pervivencia. El primer antecedente de la defensa del derecho indígena se centró en la protección a la vida del grupo Huma. En dicha sentencia, que es

la T- 428 de 1992, cuyo Magistrado Ponente fue Ciro Angarita, se reprochó la realización de trabajos de ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera que de Remolino conduce a Jardín, al usar dinamita en el territorio indígena. Con estas acciones se puso en riesgo la vida de los integrantes del resguardo La Critianía y aun cuando no se ordenó la realización de la consulta previa, sí se dio un gran paso en la lucha por preservar la existencia del grupo humano diferenciado.

En Colombia, el derecho a la CPLI aún se encuentra en proceso de fortalecimiento y son precisamente los grupos étnicos quienes ponen en evidencia tal situación. A pesar de las reglamentaciones que se han expedido, son ellos quienes rechazan aquellas reglas en las que su voz u opinión no ha sido escuchada. Con la expedición del Decreto 2820 de 2010, artículo 24, se establecía como condición del agotamiento del proceso consultivo que la existencia del grupo étnico se encontrara registrada en el Ministerio del Interior, porque de lo contrario, no existía la obligación de la realización del proceso de CPLI. El impacto de esta situación en las comunidades fue puesta en conocimiento del Máximo Tribunal Constitucional, que es el encargado de velar por la protección de los derechos consagrados en la constitución. Así, en las sentencia T- 294 de del 22 de mayo de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa y la sentencia T- 693 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Cahljub, la Corte Constitucional reiterará que la titularidad del derecho a la CPLI no puede estar condicionada al reconocimiento institucional.

A través de este trabajo se busca realizar un estudio de la CPLI y los derechos que protege, que permita la identificación, desde un punto de vista socio-jurídico, de las consecuencias de su inobservancia.

2. METODOLOGÍA

El documento contiene una descripción del derecho a la CPLI, entendida como aquella figura jurídica que busca garantizar la participación efectiva de los grupos étnicos en los asuntos que los afectan directamente en sus derechos colectivos. Esta descripción permitirá determinar quiénes pueden ser sus titulares, los derechos que protege, siendo el objetivo principal la identificación de las consecuencias de su inobservancia, desde un punto de vista socio-jurídico.

El enfoque a través del cual se trabajará es el descriptivo, teniendo en cuenta que el objetivo principal es conocer el estado actual de la figura jurídica de la CPLI. La temática de la CPLI es abordada desde un plano general que permita la identificación de su composición, para luego emplear el método de análisis que, a través de la interacción de contenido, posibilite la identificación de las consecuencias socio-jurídicas de su inobservancia.

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS RESPECTO AL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA

No cabe duda que el multiculturalismo en Colombia es producto de las luchas de los grupos étnicos. De haber permanecido estos en la pasividad, no hubieran participado con voz y voto en la constituyente de 1991 y es quizás la influencia de la ratificación del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, sobre los pueblos indígenas y tribales, que se fomenta su participación política. Este convenio es el producto de reproches y luchas en contra del Convenio 107 del año 1957, que más que garantizar la diversidad social y cultural, propendía por políticas de asimilación e integración de los grupos culturalmente minoritarios, con el fin de que dichos colectivos de forma gradual abandonaran las manifestaciones propias de sus orígenes ancestrales. Es esta proposición una de las causas del auge de los movimientos de las minorías étnicas (Flórez y Moncayo, 2011).

El Convenio 169 de la OIT trajo consigo la incorporación de la figura de la consulta previa, en Colombia con la Ley 21 de 1991, con la cual se da un primer paso en el reconocimiento y aceptación de la existencia del llamado derecho diferenciado, que no es más que el respeto y garantía de inclusión a las distintas manifestaciones culturales y sociales, a través de un procedimiento en el que prime la participación de los grupos étnicos. Los procesos de reglamentación del derecho a favor de los grupos étnicos en Colombia no ha sido un tema pacífico, y menos aún, el referente a la forma de realizar el proceso de CPLI, requisito esencial para que los primeros, puedan entrar en vigencia. Así lo ha evidenciado la Corte Constitucional, en Sentencia T-737 del 14 de julio de 2005, siendo M.P. el doctor Álvaro Tafur Galvis, quien señala:

Ahora bien, el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo. Ciertamente, el estado colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6 y del artículo 7 de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado (Título VII).

En términos generales el derecho a la CPLI en Colombia se caracteriza porque el procedimiento para su realización no se encuentra plenamente regulado en una ley y son precisamente los estándares internacionales y decisiones de la Corte Constitucional los que han permitido aclarar los pasos para su realización. Todo esto a pesar de gozar de plena vigencia el Decreto 1320 del 15 de julio de 1998 sobre la reglamentación de la consulta previa por la explotación de recursos naturales (Rodríguez, 2008) Su aplicación ha sido objeto de controversia, precisamente porque su existencia no estuvo precedida

de un proceso consultivo y porque, además olvida que al tener cada comunidad étnica su propia organización, se tendría que suponer que tendrán sus propias formas de llevar a cabo un proceso consultivo. Cabe agregar que en virtud de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 (DNUDPI), en su artículo 32, se incorporó como característica esencial de la consulta a los pueblos beneficiados del Convenio 169, la condición de ser previa, libre e informada, dándole más elementos garantistas al derecho (Morales, 2014).

A nivel Internacional el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACDH) se ha encargado a través de sus pronunciamientos de hacer aclaraciones y recomendaciones sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), que tiene incidencia en el derecho a la CPLI. Para esto llama la atención y solicita informes a los Estados sobre medidas en la protección de los derechos culturales de las minorías étnicas. Es importante indicar, que a través del Protocolo Facultativo de PIDCP, se ha establecido en su artículo 2: “Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles, podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita”.

Lo antes expuesto evidencia la facultad del Comité de Derechos Humanos de conocer y decidir procesos de violación de derechos contenidos en el PIDCP, por lo que es una garantía que se suma en la protección del derecho a la CPLI. A pesar de no ser vinculantes las decisiones, sí generan obligaciones al Estado involucrado porque como señalan Buriticá, *et al*:

Los organismos financieros multilaterales, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, han emitido políticas y estándares sobre pueblos indígenas y consulta previa que tienen dos tipos de implicaciones: condicionan los préstamos para determinados proyectos a su cumplimiento o sirven como mecanismos de autoevaluación de las actividades realizadas por los mismos organismos (2010).

Las medidas tomadas por los organismos financieros internacionales generan impacto en el derecho interno de los Estados partes, que, de ser manejadas con inobservancia de los convenios o pactos ratificados, se convertirían en una amenaza que se traduce en la poca confiabilidad.

En Colombia, con la expedición del Decreto 2613 del 20 de noviembre de 2013, que adopta el protocolo de coordinación interinstitucional para la consulta previa, la Directiva N° 1 del 26 de marzo de 2010 y la N° 10 del 7 de noviembre de 2013 se fijaron los instrumentos que establecen los pasos a tener en cuenta en la realización de la CPLI. Muy a pesar de lo necesarios que son, se les reprocha que sean producto de una decisión unilateral de la Presidencia, más que el resultado de un acuerdo previo realizado con las comunidades afectadas. A esto se le debe sumar que la CPLI, al ser un derecho fundamental, requiere

que su desarrollo se lleve a cabo conforme lo establecido en el artículo 152 de la C.P., esto es, mediante una Ley Estatutaria.

Muy a pesar de insistir en la relevancia constitucional y en la necesidad de participación de las comunidades étnicas en los procesos que los afecten directamente, como lo es por ejemplo la fijación de los procedimientos para su plena observancia, lo cierto es que el Estado colombiano ha tomado para sí la generación de los espacios que hagan efectivo y eficaz del derecho fundamental a la participación de los grupos étnicos. A pesar de ser el Estado el principal obligado en que se generen los espacios de participación, se insiste en la necesidad de participación activa de los grupos diferenciados, por ser los destinatarios directos de su ejercicio.

4. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS QUE APLICAN EL DERECHO A LA CPLI A PARTIR DEL CONVENIO 169 DE 1989 DE LA OIT

La afectación del derecho de los grupos protegidos por el derecho a la CPLI es el elemento determinante del surgimiento de la obligación del proceso consultivo, que halla su realización cuando formalmente se cumplen todas las etapas que lo hacen eficiente y eficaz. Se garantiza, a su vez, su sustancialidad, cuando la participación de los grupos es integral, es decir, que no da cabida a la afectación de la esencia étnica de la comunidad porque se han protegido sus creencias, formas de vida, costumbres, forma de organizarse y su relación con la tierra.

En la actualidad existe una lucha por la superación del paradigma según el cual el desarrollo del país solo implica movimiento de capital, adquisición de territorios y aprovechamiento de recursos naturales, como consecuencia de las políticas extractivas (Fierro *et al.*, 2012). Quedan en un segundo plano valores importantes como la cultura, los recursos naturales, la vida de los grupos étnicos y las diferencias de criterios. Por ello la CPLI se presenta como una oportunidad de participación y concertación de interés (Padilla, 2012). La CPLI ha sido definida por Gloria Rodríguez: “El derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas [legislativas y administrativas] o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación” (2010, p.36).

Buriticá *et al.*, en el libro *La consulta previa libre e informada*, hacen referencia a dos aspectos de gran importancia, la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado, señalando:

En virtud de la primera, los pueblos indígenas tienen derecho a que se escuche su opinión como condición para la toma de una decisión general o la realización de un proyecto que los afecte. El estándar de la segunda figura es más alto, en la medida en que fija como

condición que los pueblos y comunidades den previamente su consentimiento libre e informado para que proceda la medida o proyecto que los afecten (2010, p. 78).

La Corte Constitucional en sentencia T- 693 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, señaló:

Por ser la consulta previa una forma de participación que realiza el derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas e, incluso, su derecho a la supervivencia como grupo diferenciado, (INDEPAZ, 2009), este mecanismo ha sido protegido por esta Corporación como un derecho fundamental, tanto en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad como en sede de tutela, cuando se trata de la adopción de medidas normativas o administrativas que directamente conciernen a dichas comunidades (Título 4.3).

Teniendo en cuenta los conceptos referenciados en líneas anteriores, el rango que se le reconoce en el país a la CPLI es de derecho fundamental con autonomía, destinado a la preservación de la diversidad étnica y cultural. El hecho, sin embargo, de que en la actualidad no exista ley que de forma clara (Sociedad Colombiana de Consultoría, 2014) y sin restricciones regule su procedimiento (Quesada, 2013) refleja la falta de compromiso del Estado en concertar procedimientos normativos con las comunidades afectadas. Es por ello que Raquel Yrigoyen Fajardo señala:

La ley no va a regular ni puede regular cada forma de tomar decisiones. Por ejemplo, los mayas tienen como parte de su cosmovisión un concepto de calendario, están regidos por el calendario solar y lunar, y toman decisiones en ciertos días del calendario lunar. Entonces no se podría hacer una ley que diga que los mayas van a tomar decisiones tal día del calendario; lo que sí el Estado está obligado, según el Convenio, es a usar procedimientos adecuados (Chanduvi Jaña, 2011, p. 4).

Pese a los intentos de “Concertación de metodologías de consultas previas para leyes” (Orduz, 2014, p. 4), que se dieron durante el primer periodo de gobierno de Juan Manuel Santos, con el “Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014” y el Decreto Ley 4366 de 2011, “sobre reparación y restitución de tierras” (Schilling y Flemmer 2013, p. 40), se evidencia que el Common Law, sistema jurídico caracterizado por la fuerza de aplicación de las decisiones tomadas por los Máximos Tribunales, es la tendencia jurídica en materia de CPLI, Como se comprobó en la primera parte de este artículo, muy a pesar de encontrarse vigente el Decreto 1320 de 1998, a través de decisiones judiciales se ha dado su inaplicación y han primado los parámetros dados por la Corte Constitucional para la realización de los procesos consultivos.

La pobreza, la violencia, el desplazamiento forzado, la discriminación y la falta de atención pública han sido obstáculos que han afectado la representatividad de los indígenas y las comunidades negras (Obregón, 2015) Para la elección de representantes de comunidades afro, durante la época de la constituyente, su participación se logró

a través de la representación indígena, por carecer de recursos económicos para publicitar a sus representantes. Esta situación afectó a la comunidad, al no tener un directo representante de su cosmovisión. Cabe destacar que los grupos diferenciados se caracterizan por tener sus propias manifestaciones culturales, lenguaje, tradición e instituciones de organización. Solo hasta el año de 1993 se les reconoció como titulares del derecho a la CPLI, con la Ley 70 y Ley 99 de 1993 sobre explotación de recursos naturales.

Hay que tener presente que el tema de representatividad de los grupos étnicos es complejo (Carmona, 2013) porque en Colombia las minorías no pueden ser calificadas como una unidad. “Las consultas deben ser procedimientos diferenciados, diseñados específicamente para asegurar el disfrute de los derechos de los pueblos interesados” (Sanhueza *et al.*, 2013, p .114), más aún cuando en términos generales existen diversos grupos diferenciados, dentro de los que se puede mencionar a los Indígenas, Rom o Gitanos, Raizales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Palenqueros y Afrocolombianos. En lo que respecta en forma específica a los indígenas, según el DANE, existen 87 pueblos, de los cuales se han identificado 64 lenguas, población que se encuentran dispersa en 27 Departamentos, 233 Municipios, (Hernandez, 2008).

La visión del territorio por parte de los grupos étnicos sigue siendo un aspecto que genera tensión en el ejercicio del derecho a la CPLI porque, para el caso específico de los indígenas, existen lazos no solo físicos con la tierra, sino de carácter espiritual, “En general, consideran que un pueblo sin territorio se encuentra condenado a la extinción” (Sánchez, et al., 2003, p. 27) Por ello, el desarrollo de mega proyectos, que es de las acciones socioeconómicas que más impacta a los grupos étnicos, genera en la comunidad la necesidad de asumir posiciones de movilización, pues se han visto en la obligación de desplazarse y dejar sus tierras por la incidencia en la convivencia y pervivencia del grupo. Esta situación los expone gravemente a su desaparición, como está sucediendo con los siguientes grupos indígenas: Los Wiwa, los Kankuamo, los Arhuaco, los Kogui, los Wayúu, los EmberaKatío, los Embera-Dobidá, los Embera-Chamí, los Wounaan, los Awá, los Nasa, los Pijao, los Koreguaje, los Kofán, los Siona, los Betoy, los Sikuni, los Nukak-Makú, los Guayabero, los U’wa, los Chimila, los Yukpa, los Kuna, los EperaraSiapidaara, los Guambiano, los Zenú, los Yanacona, los Kokonuko, los Totoró, los Huitoto, los Inga, los Kamentzá, los Kichwa y los Kuiva (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Auto 004 de 2009, aparte 2.3).

El modo diferente de vivir y ver la vida que tienen los grupos étnicos, las tradiciones, fiestas, creencias y moral, deben ser respetados por los Estados. Lo anterior teniendo en cuenta el compromiso asumido con la incorporación al derecho interno de la figura de la CPLI, cuyo radio de acción comprende a los grupos indígenas y tribales. Este objetivo se logra cuando se permite que los grupos minoritarios participen en las decisiones que los afecten, intervención que no puede estar limitada al simple conocimiento de

un proyecto, sino que abarca la toma de acciones positivas como conocer, proponer y cuestionar a partir de su punto de vista, siendo considerados sus aportes.

El Estado falla en sus deberes contenidos en el Convenio 169 cuando un pueblo acude a la acción de tutela, proceso que se caracteriza por garantizar la protección de los derechos fundamentales, por amenaza o vulneración que pueda provenir de autoridad pública o privada. Con la tutela se garantiza su derecho a ser consultado, más aún porque es solo el ente Estatal quien conoce de primera mano la realización de un proyecto, quien otorga concesiones para la exploración y explotación de recursos y es el encargado de promover medidas legislativas y administrativas para el funcionamiento del País. Cada vez que se comprueba un incumplimiento del deber de consultar a los grupos étnicos se pone en tela de juicio la capacidad de la Institucionalidad del Gobierno en sostener un dialogo “intercultural” (Sanhueza, *et al.*, 2013, p. 108), en el que a través de acciones reales se proteja el derecho a la CPLI. Es un asunto que va más allá de la posibilidad de participación, porque tal comunicación se rompe cuando las partes intervinientes se encuentran en diferentes niveles de entendimiento. Cabe destacar que ante el desarrollo de proyectos los grupos étnicos no cuentan con la formación suficiente que les permita entenderlos en un proceso consultivo.

En la actualidad, en el proceso consultivo el Estado hace presencia a través de distintas instituciones, dentro de las cuales se puede indicar al Ministerio del Interior, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, las Personerías Municipales y Distritales. A ellas les corresponde hacer seguimiento, desde que inicia la etapa conocida como la de la pre-consulta, porque es a partir de este momento que se determinará las autoridades étnicas que van a intervenir y se definirán los mecanismos a utilizar para financiar los gastos que se generen durante su desarrollo, como los posibles expertos a intervenir, es decir, que se concretan y concertan los aspectos metodológicos para su realización.

No cabe duda que el ejercicio del derecho a la CPLI va más allá del establecimiento de procesos o etapas que agotar, porque lo realmente importante es la conservación de la integridad de valores culturales, prácticas e instituciones. Al ser estos elementos el fin del ejercicio de la CPLI, se indica que no necesariamente alcanza con la participación activa de los grupos, porque se requiere que estos cuenten con verdaderas herramientas que les permitan tener un conocimiento real, integral y sincero de las medidas que se pretendan llevar a cabo.

5. LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Para ser titular del Convenio 169 de 1989 de la OIT se requiere la demostración de la condición de pertenecer o descender de un grupo indígena o tribal porque, como señala la M.P. Myriam Ávila Roldan en la sentencia T- 550 de 2015, es un derecho que “No se predica de individuos, sino de comunidades, las cuales, en tanto grupos humanos

diversos, son titulares de derechos distintos de aquellos que se predicen de sus integrantes individualmente considerados”. Los grupos diferenciados tienen un estilo de vida que es disímil a la mayoría de una población porque sus tradiciones, costumbres, organización, son distintas, pero a su vez tienen en común que se auto identifican como pertenecientes a un grupo. Las características físicas o morfológicas de los grupos étnicos corresponden a un determinado aspecto racial, que nunca será concluyente para determinar su pertenencia o no a un grupo. Su esencia está en su forma de vida diferente que responde a una tradición, a una cultura, a una organización, a leyes propias y un lenguaje diverso, cuya existencia obedece a una continuidad histórica, por ser anterior a la conquista. Lo más importante en la identificación de sus miembros es el auto reconocimiento que se configura en la participación activa en todas las manifestaciones propias del grupo al cual pertenece.

Es importante indicar que frente a la titularidad del derecho a la CPLI, en forma específica, la Corte Constitucional ve a los miembros de los grupos tribales e indígenas no como un agregado de individuos (Roldan, 2005), sino como un “Sujeto colectivo autónomo” (Corte Constitucional, Sala Tercera, sentencia T- 380 de 1993), cuya atributo radica en su esencia cultural, tradicional, que lo hace diferente, merecedor de protección especial, con el fin de evitar su extinción. Esta concepción ha permitido que el radio de acción del derecho a la CPLI, se amplíe.

Dentro de los grupos que hoy son beneficiarios del derecho a la CPLI, están los Rom, que son grupos que provienen de comunidades gitanas, caracterizados por ser nómadas, que pese a no ser originarios de Colombia, a través del Decreto 2957 de 2010, cuentan con un marco normativo para su protección. El lenguaje a través del cual se comunican es el romaní, pero esto no ha sido impedimento para adaptarse y tomar elementos lingüísticos de cada población a la que llegan, sin perder su esencia. “Para los gitanos el conocer otras lenguas se constituye en un mecanismo de preservación étnica y cultural” (Espinosa y Gamboa, 1999, p. 161).

Otro de los grupos titulares del derecho a ser consultados son las comunidades negras. A través de la ley se busca la protección de su esencia cultural, debido a que durante toda su historia se han visto expuesto a actos de discriminación en diferentes ámbitos de convivencia. La Ley 70 de 1993, en su artículo 2, numeral 5, define a las comunidades negras, señalando: “Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”. Según el DANE, el 10.62%, de la población colombiana se considera afrodescendiente, muy a pesar de que África es considerada la cuna de humanidad (Green,2013) Es importante tener en cuenta que cada grupo étnico tiene sus particularidades que los hacen diferentes, por ello dentro de los afrocolombianos se distinguen a las comunidades negras, los palenqueros, raizales y

cualquier persona, independiente de la tonalidad de la piel. Ser afrocolombiano implica ascender de la cultura africana y ser descendientes de africanos provenientes de distintas regiones de Africa pero, a su vez, se debe destacar dentro de esos grupos a:

Comunidades afrocolombianos palenqueras [descendientes de los cimarrones que huyeron y constituyeron palenques, residencias anticoloniales, fortificadas y aisladas en las que se concentraron como esclavos libres] ; y raizales [descendientes del mestizaje entre indígenas, españoles, franceses, ingleses, holandeses y africanos, en las islas caribeñas de San Andrés, Santa Catalina y Providencia] (Mincultura, 2010, p. 2).

La población afrocolombiana se encuentra dispersa en el país (Hernández, 2012, p. 11) A pesar que el artículo 55 transitorio de la C.P. les reconoce el derecho a gozar la llamada propiedad colectiva, motivo por el cual se están llevando a cabo procesos de titulación de tierras, el avance ha sido lento, según el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural en adelante INCODER, porque “La demanda de tierra por parte de las comunidades negras supera la disponibilidad de “baldíos” de la Nación” (Vidal, 2014, p. 5) Esta dificultad, contribuye a la afectación de derechos a los afrocolombianos, negros, palenques y raizales porque si bien no requieren de un territorio para enseñar a las nuevas generaciones sus propias prácticas culturales, sí requieren encontrar un sitio donde puedan asentarse en forma fija, sin miedo a ser desplazados.

Los indígenas, como grupo étnico, han padecido a lo largo de la historia diferentes violaciones a sus derechos como grupo, al tener que dejar sus creencias al ser evangelizados, dejar de hablar su propia lengua para adoptar la lengua española, realizar trabajo forzado como cargueros y trabajo en minas que, conjuntamente con la aparición de enfermedades, contribuyeron a que ampliamente se disminuyera su población (Arévalo, 2011). La desprotección en la que se encontraban sometidos los indígenas (Yashar, 2013) contribuyó a que la OIT, se preocupara en la elaboración del Convenio 169 de 1989. Este documento les garantiza a los indígenas, afrodescendientes, palenqueros, raizales y gitanos que su cultura, su autonomía y su territorio sean bienes tutelados, por lo tanto inviolables, porque es el propio grupo el que de forma autónoma debe decidir los asuntos que formen parte de la órbita de sus intereses.

Un aspecto importante a tener en cuenta dentro del elemento que comprende la titularidad del derecho a la CPLI está en la identificación de los representantes legítimos de cada comunidad. La OIT afirma : “lo importante es que las instituciones representativas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas” (Buriticá, *et al.*, 2010, p. 69) Situación que no es fácil teniendo en cuenta que cada grupo étnico tiene sus propias autoridades.

6. APROXIMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIAL A LOS DERECHOS QUE PROTEGE LA CPLI

La CPLI es un derecho que, en esencia, se representa en un medio de comunicación y participación social cuya activación se produce frente a circunstancias específicas, las cuales salen a flote cuando entra en contacto con los sujetos tutelados. De lo contrario sería inexistente su surgimiento. Como señala la sentencia SU- 383 de 2003, MP Álvaro Tafur Galvis, “El derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles”.

Cuando un Estado consulta a un pueblo le está diciendo que existe una democracia participativa (Arévalo, 2014), donde el pueblo tiene voz en los asuntos públicos. Respetar, por tanto, la C.P. que determina no solo su estructura, sino la forma en que deben ser manejados los asuntos del país, los cuales pueden ser direccionados a través de los mecanismos de participación democrática, tal como consta en el preámbulo de la Constitución de 1991:

Con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente.

Cuando una sociedad ejerce derechos también asume obligaciones. Está participando en los asuntos de su interés que pueden ser sociales, culturales, políticos, educativos, sexuales, familiares, religiosos, civiles, ambientales etc., pero a su vez está controlando el funcionamiento del Estado, que debe ser acorde con el artículo 2 de la C.P., que señala:

Son fines esenciales del Estado: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden *justo*.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos, libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Colombia se reconoce como pluralista y todas las personas que forman parte del país, gozan de los mismos derechos (Erazo, Lanegra y Mayén, 2014) en el entendimiento del respeto a las diferencias. Por ello el derecho a la CPLI solo se le reconoce a quienes demuestren cumplir los requisitos objetivos y subjetivos del Convenio 169, representado en la continuidad histórica, en la conexión territorial, las instituciones sociales, económicas, culturales, políticas propias y la conciencia de su identidad indígena o tribal

(Blanco, 2015) La Corte Constitucional Colombiana ha afirmado en la sentencia SU-039 de 1997, M .P. Antonio Barrera Carbonell, 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, como es el derecho de participación de la comunidad”.

La CPLI debe sustentarse en el principio de la buena fe, donde el comportamiento de las partes sea honesto (Neme, 2010) Por lo tanto, la información que se suministre debe ser comprendida y entendida en la propia lengua de los intervinientes, garantizándose de esta forma el elemento intercultural, entendido como la comunicación entre distintas culturas que comparten un mismo espacio (Rodrigo, 1997) No se debe buscar la imposición de intereses a través de la posible manipulación de los resultados de los estudios realizados, que vayan en beneficio de unos pocos, afectando el derecho colectivo. Para evitar esto se requiere el agotamiento de conversaciones preliminares que contribuyan a la socialización y concertación de la medida que se vaya a tomar. Es importante, a su vez, que las comunidades cuenten con sus propios asesores, conocedores de la actividad, obra o proyecto a realizar. De esta forma se cumplirá cabalmente con el deber de suministrar la información adecuada y suficiente, más aún cuando en la planificación de una obra participan diferentes profesionales encargados de determinar los riesgos que se asocien en su realización. Al igual de lo establecido en el Convenio 169 de 1989, artículo 6, la DNUDPI, en su artículo 32, numeral 2 señala:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Cada comunidad protegida por el derecho a la CPLI se caracteriza por tener sus propias instituciones que son el resultado de sus costumbres y deben ser respetadas porque tanto los cabildos y las asociaciones indígenas responden a su forma de ver el mundo (Grueso, 2011) Se puede señalar como ejemplo que en el año 1971 se formó el Consejo Regional Indígena del Cauca, preocupado por la recuperación de territorios tradicionales, encargándose de la capacitación en asuntos políticos, de educación, sanitarios, entre otros. Cuentan a su vez con cuerpos de paz (Feiring, 2009) Esta forma de organización no es exclusiva dentro de un grupo étnico y se puede presentar en las demás comunidades. La CPLI es un instrumento de interacción que desde el punto de vista de los grupos protegidos no tiene el alcance de vetar un proyecto o actividad (Charris, 2014), a menos que se compruebe la extinción total del grupo (Corte Constitucional, Sala Quinta, Sentencia T-129-2011) Es un espacio que genera convivencia porque es un medio de comunicación que tiene por fin el que sus intervinientes lleguen a un acuerdo, sin que se coarte libertad de expresión y pensamiento. Por lo tanto, de parte del particular inversionista y el propio Estado (Arboleda, 2015) se debe comprender que en una verdadera democracia las

decisiones que afecten a sus integrantes, deben estar desprovistas de autoritarismo y poderes unilaterales, las cuales, tarde o temprano, se convertirán en obstáculos que van en detrimento del interés general. Así, cuando se detiene un proyecto, por ejemplo, se generan gastos que terminan afectando las finanzas del Estado (Padilla, 2012).

Por último es conveniente traer al presente escenario la necesidad de garantizar el derecho al goce de un ambiente sano en el que se proteja, la fauna, la flora, el suelo, el aire. Los pueblos de la América latina y el Caribe habitan un territorio en el que crecen el 25% de los bosques y el 40% de la biodiversidad del globo. Casi un tercio de las reservas mundiales de cobre, bauxita y plata son parte de sus riquezas y guardan en sus entrañas el 27% del carbón, el 24% del petróleo, el 8% del gas y el 5% del uranio. Sus cuencas acuíferas contienen el 35% de la potencia hidro-energética mundial, contando –desde la selva chiapaneca a la amazonía– con una de las reservas de biodiversidad más importantes del planeta (Rodríguez, *et al.*, 2015, p. 100)

Es un derecho colectivo que el Estado garantice un ambiente sano en todos los contextos, como ambiente cultural, artificial y físico natural, siendo este último el que despierta el interés, más aun cuando la explotación de recursos naturales ha aumentado. Este derecho, por tanto, también es una obligación colectiva.

7. MATERIA OBJETO DE SER CONSULTADA

La temática sobre la cual puede surgir la obligación de llevar a cabo un proceso consultivo es amplia. Basta con tomar como referencia el Convenio 169 de 1989 de la OIT, que contiene como base para su identificación la susceptibilidad de afectación del grupo diferenciado. Como fue señalado en la sentencia SU-383 de 2003, MP Álvaro Tafur Galvis, “El derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles”.

Algunos de los temas que han sido objeto de consulta en Colombia giran en torno a las llamadas medidas administrativas, que no son más que aquellas actuaciones que provienen del poder ejecutivo cuando emite actos administrativos. Como señaló la Corte Constitucional en sentencia C- 1436 de 2000, M.P Alfredo Beltrán Sierra, no es más que: “La manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados” Un ejemplo de este tipo de actos se encuentra en los llamados procesos administrativos ambientales, porque en ellos se otorgan permisos para realizar proyectos de exploración, explotación de recursos no renovables que se encuentren en territorios pertenecientes a grupos protegidos (Rodríguez, 2014).

Otro de los temas sobre los cuales puede recaer la necesidad de llevar a cabo procesos consultivos está en las llamadas medidas legislativas que comprenden no solo “En forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades” (Rodríguez, 2014, p. 68) Se pueden referenciar, a su vez, los tratados internacionales y los planes de desarrollo.

Es amplia la temática sobre la cual se puede aplicar el derecho a la CPLI. Si se van a utilizar territorios indígenas o de comunidades protegidas existe la obligación de consultar en dos casos: ante el diseño de medidas para proteger la preservación de sus lenguas, tradiciones orales, filosofía, sistemas de conocimiento, escritura y literatura, cuando se trate de políticas para preservar, respetar y proteger sus sitios y objetos sagrados, incluidos sus lugares de sepultura, restos humanos y reliquias; cuando se trate de los planes, políticas públicas, programas y acciones para garantizar que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual de los pueblos indígenas (Buriticá, *et al.*, 2010) Otro de los aspectos a tener en cuenta frente a la realización de la CPLI está en el poder de incidencia (Rodríguez, 2009), en sus aportes dentro de un proceso de concertación y en lo que respecta frente a traslado, desplazamiento de la comunidad, almacenamiento o cuando exista contaminación de desechos tóxicos en territorios de comunidades protegidas que pueda afectar gravemente su cultura, sociedad y ambiente. Se deberá tomar la decisión que menos lesione sus derechos, llegando al punto de poder objetarla, si es el caso (Ocampo y Agudelo, 2014).

El Ministerio del Interior, tomando como referente la sentencia T- 576 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, ha dispuesto en su página web de un protocolo para la realización de la CPLI, tocando un tema que es de gran importancia, una vez que se tiene clara la obligación o no de llevar a cabo un proceso de consulta, el cual tiene que ver con los costos del procedimiento. Para la realización de la CPLI se han determinado tres clases de costos, dentro de los cuales se puede señalar: los costos inmediatos de la consulta, los costos sobre las medidas a tomar y los llamados imprevistos dentro de los cuales se incluyen valores de posibles reparaciones, valores que son solamente asumidos por el Estado y la empresa o inversionista interesado (Salazar, 2015).

La CPLI es un derecho que se garantiza a través de un procedimiento, que como se ha reiterado, va a depender del contexto donde se lleve a cabo. Solo se pueden establecer, por lo tanto, unos pasos o protocolos a tener en cuenta, los cuales servirán de base para hacer estimativos, pero que nunca serán definitivos.

8. UNA VISIÓN DEL DERECHO A LA CPLI EN COLOMBIA, BOLIVIA, ECUADOR Y PERÚ

Para que los instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT, la DNUDPI y el PIDCP puedan ser aplicados en un Estado se requiere que exista ratificación de los mismos, momento a partir del cual surge el deber de acogerlos. Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú forman parte de los países de sur de América que tienen concentración de población indígena, por lo que han incorporado en su ordenamiento interno el derecho a la CPLI. Es necesario aclarar que, en Perú, a diferencia de lo que ocurre en Colombia, Bolivia y Ecuador, en lo que se refiere a la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, no se les ha dado rango Constitucional, como si ocurre en Colombia y Bolivia, con el llamado bloque de constitucionalidad, que les permite estar en el mismo nivel de aplicación a la C.P. (Blanco, 2015) No obstante, Perú sí se preocupó en suscribir y ratificar el Convenio 169 de 1989 de la OIT.

En cuanto a la población indígena Colombia se caracteriza por tener aproximadamente 87 grupos indígenas; en Bolivia, el 62% de su población es indígena (Valenzuela, 2004, p. 83); en Ecuador, según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), la población está compuesta aproximadamente por 830.418 personas que son indígenas; mientras que en Perú, el 25% de la población es indígena (Ribotta, 2010) Estas cifras evidencian la presencia de un número alto de indígenas, quienes tienen su propia cosmovisión, es decir:

Los sistemas de vida y los planes de vida de los pueblos o nacionalidades indígenas se basan en la reciprocidad, complementariedad, solidaridad, desarrollo, respeto del ser humano, la naturaleza y armonía con sus territorios, que son algunos de los elementos que permiten el Sumak Kawsay [“buen vivir”] Por ello, las comunidades se organizan con la participación activa de sus miembros tanto en el desarrollo de sus planes de vida como en la toma de las decisiones: la comunidad y sus autoridades procuran mantener los principios y mandatos: ama quilla, ama sua, ama llulla [no ser ocioso, no robar, no mentir] (Albuja, 2010, p. 25).

Los indígenas en Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú se encuentran en estado de vulnerabilidad porque su realidad se ha caracterizado por los procesos de despojo de tierras, que en algunas ocasiones los han visto obligados a desplazarse a zonas urbanas. Este fenómeno amenaza con el desarraigo de las creencias de sus integrantes. En los mencionados Estados se aplica el derecho a la CPLI. No obstante, en Perú, solo se logró su materialización en el derecho interno con el Reglamento de la Ley 29785, cuya aplicación ha sido difícil por la falta de compromiso del Estado peruano. Con base en esta excusa se han hecho caso omiso a los procesos consultivos, lo que sigue generando constantes conflictos entre los movimientos indígenas, quienes se ven gravemente expuestos a su extinción (Aranda, 2012).

En el caso de Ecuador, solo hasta el año de 2008, cuando surge a la vida jurídica la nueva Constitución, se reconoce la ideología pluricultural y multiétnica. Esto posibilitó que los

derechos reconocidos a los indígenas, sean aplicados a otros grupos étnicos, tal como lo establece en su artículo 57:

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

Numeral 7: La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

Cabe agregar que precisamente en cumplimiento a las políticas progresistas del Ecuador, la CPLI tiene rango constitucional desde el año 1998, cuya amplificación se logró en el 2008. Independientemente de que no exista ley que regule la CPLI, lo cierto es que su exigibilidad es indudable, lo que hace suponer que su aplicación debe ser inmediata y sin lugar a dudas.

Bolivia, al igual que Ecuador, ha incorporado en su constitución el derecho a la CPLI de los pueblos indígenas originarios campesinos. Éste responde a los postulados de la buena fe, concertada en asuntos referentes a los recursos naturales, gestión ambiental, territorialidad, el respeto a sus propias instituciones representativas, poder aplicar sus propias normas. Se puede afirmar que es uno de los países en los que su derecho interno está más cerca de responder a los estándares internacionales, tal vez, porque su población indígena es numerosa.

La situación de Colombia muestra que, desde el punto de vista jurisprudencial, ha habido avances frente a la protección del derecho a la CPLI. Al respecto señalan Cesar Rodríguez y Natalia Ordúz:

Hasta hace poco, la Corte Constitucional había protegido los estándares procedimentales de la consulta previa, pero había dejado en cabeza del gobierno, en todos los casos, la decisión final sobre la viabilidad del proyecto, que debía tomarse ‘sin arbitrariedad y sin autoritarismo’, como ordenó en los conocidos casos de los embera katío del Alto Sinú con la represa Urrá y con el proyecto petrolero de la Occidental Petroleum en territorio U’wa. No obstante, en 2009 (sentencia T-769 de 2009), en un caso relativo al proyecto Mandé Norte de exploración y explotación de cobre y otros minerales por parte de la empresa Muriel Mining, el tribunal declaró que, cuando se trate de proyectos con repercusiones particularmente graves sobre pueblos indígenas o comunidades negras se requiere el consentimiento libre, previo e informado de éstos. (2010, p. 35).

Es claro que si no se protege el derecho a la consulta previa se expone gravemente a los grupos étnicos a su extinción y este es un compromiso que corresponde al gobierno

y al propio congreso como encargado de hacer las leyes, más aún, porque los actores armados también intervienen de forma negativa, asesinando y vulnerando los derechos a la libertad sexual de los integrantes de los grupos protegidos. Es importante considerar, a su vez, que la presencia del Estado es insuficiente, y esto se refleja en que no todos los grupos diferenciados tienen fácil acceso a los hospitales, las escuelas, las vías de tránsito y alimentación.

9. DISCUSIÓN

Hay que reconocer que el ejercicio del derecho a la CPLI permite que las minorías étnicas puedan tomar parte en las medidas que adopta el Estado, siempre que tengan la potencialidad de afectarles directamente, y como una forma de poner en conocimiento del grupo las consecuencias de su ejecución. Es un mecanismo también de que estos puedan hacer los aportes a que haya lugar, lo que evidencia que en algunas ocasiones la política de desarrollo económico busca, a través de acciones pacíficas, el objetivo de la realización de proyectos ya sea petrolero, minero, de infraestructura o investigación, sin recurrir a acciones violentas que vayan en contra de los derechos humanos que tanto se han defendido desde la II Guerra Mundial.

Es importante que en una sociedad se garantice la existencia de la diversidad cultural, entre otras manifestaciones, pero queda claro que esto solo de la mano de las políticas de inversión económica de un país. En el proceso consultivo se hacen aportes para la realización consensuada de un proyecto, situación que se configura con el hecho de poder otorgar indemnizaciones cuando exista una afectación o vulneración del derecho a la CPLI. Independientemente de si ocurren o no casos en los que presentan dádivas a través de las cuales se busque amañar los procesos consultivos, los únicos afectados serían los propios grupos étnicos que pierden la oportunidad de ser escuchados y hacer planteamientos a partir de su modo de vivir.

Cabe agregar que mientras las comunidades étnicas padezcan desigualdades sociales, económicas, institucionales, los procesos de diálogo serán difíciles. Independientemente de que expresen su consentimiento favorable, la realidad muestra que su forma de vida estaría expuesta a cambios, lo que implica la posible disminución de los recursos naturales y pérdida de una vida tranquila. Esto se aprecia, aún más, teniendo en cuenta que existen grupos indígenas en Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú, que voluntariamente han decidido vivir aislados.

La omisión total o parcial de parte del Estado (Orduz & Rodríguez, 2012) en garantizar el ejercicio a la CPLI afecta los derechos de los grupos protegidos, pero también afecta al país ante los ojos de la comunidad internacional, lo que refleja poca confiabilidad en el manejo de sus asuntos internos. Esto puede representar afectación económica de los futuros y potenciales inversionistas. Ahora bien, desde el punto de vista de las

manifestaciones sociales y culturales dentro del país que se hace llamar democrático, también se genera una afectación porque se eleva el inconformismo dentro del Estado. Las consecuencias de tales reclamos pueden ser el surgimiento de grupos organizados que luchen por la defensa del pluriculturalismo (Dover & Lopera, 2013). Por ello los gobiernos deben disponerse a impedir que subsista la brecha de desigualdad que mantiene en la marginalidad a los grupos diferenciados, para que puedan libremente iniciar procesos de diálogo y no de mera comunicación o notificación de proyectos.

Insistentemente se reitera en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana que frente a la adopción de medidas legislativas, administrativas, de exploración, explotación de recursos naturales y antes de diseñar, ejecutar programas de formación, reubicación de viviendas, entre otro tipo de situación que tengan el alcance de afectar directamente a los llamados grupos protegidos, se debe agotar un procedimiento pre consultivo, resultado de un proceso de concertación para su realización. En palabras de Maya (2009) “Es un derecho fundamental que debe llevarse a cabo teniendo en cuenta los usos y las costumbres de cada comunidad en particular” (p. 81).

Dentro de los derechos que se pueden ver expuestos ante la omisión de la consulta previa, están en forma general los derechos de las minorías étnicas a participar en las decisiones del Estado, a ser escuchadas en el debido proceso, a la protección de su cultura, condenándola a su extinción. Se encuentra también la afectación a su autodeterminación y autogobierno, porque no pueden decidir los asuntos en los que se verán afectados su vida, bienes, creencias, economía y organización social y el derecho al territorio, a la pervivencia y al medio ambiente que son patrimonio de la Nación (Rodríguez, 2007).

Es delgada la línea que separa la protección y vulneración del derecho a la CPLI. La Corte Constitucional en sentencia T- 129 del 2011 aclaró que cada consulta debe obedecer al enfoque diferencial, es decir, a las condiciones específicas del grupo étnico. Los procesos consultivos “Por esta razón, en principio no son comparables entre sí” (Agudelo, *et al.*, 2014, p. 24) Por esta razón fijar un término para su realización es a todas luces desconocedor de los derechos de las comunidades.

Pensar que, sin importar si un proyecto es consultado o no igual va a afectar al grupo diferenciado, implica deslegitimar la institución de la consulta previa. Tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia T - 969 de 2014, M.P. Gloria Estella Ortíz Delgado, se debilita la autoridad de la institución porque lo que se busca es la minimización de impactos, no la compensación e indemnización por los daños que se hubieran causado.

Es importante indicar que la CPLI es un derecho para que los indígenas, afrodescendientes, palenqueros, raizales y gitanos en Colombia intervengan haciendo aportes en la realización de un proyecto, obra o actividad, siendo el Estado el principal obligado a garantizar su ejercicio, sin limitación alguna. Como establece el artículo 13 del Convenio 169 de 1989,

numeral 1: “Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

Es una realidad que en el Estado Colombiano las comunidades étnicas se encuentran dispersas en el país (Alfonso, *et al.* , 2008) Algunas porque, como señala la Corte Constitucional en sentencia T – 969 de 2014 , “Las comunidades indígenas y negras suelen vivir en zonas apartadas y olvidadas de la geografía nacional”. Por esta razón los ejecutores o particulares interesados en la realización de un proyecto deben velar porque se respeten los derechos de los grupos protegidos (Romero y Rosas, 2013) Los grupos étnicos también tienen la obligación de participar y hacer presencia en el desarrollo de todas y cada una de las etapas, participación que debe ser activa y abierta al diálogo para que exista un equilibrio entre el avance económico y el respeto a “Los valores históricos, culturales y sociales de los grupos étnicos y de la población en general” (Rodríguez, 2011, p. 69).

10. CONCLUSIONES

- La inexistencia de una ley que de forma detallada regule el procedimiento de la CPLI no impide que se lleven a cabo procesos consultivos donde se respete el principio de participación, información adecuada y suficiente, de prevención y buena fe. No hay que olvidar que los grupos protegidos no son homogéneos, por lo tanto, deben gozar de gran importancia las condiciones específicas que se presenten al momento de su realización.
- Cuando un grupo se ve obligado a recurrir a mecanismos legales para proteger su derecho a la CPLI, se atenta contra el diálogo pluricultural que debe existir entre el Estado y los grupos étnicos.
- A pesar que el derecho a la CPLI obedece a una regulación internacional que se ha reflejado internamente en Colombia a través de algunas disposiciones normativas, el hecho que la Corte Constitucional fije las pautas a tener en cuenta para desarrollar un adecuado proceso consultivo, evidencia la presencia del sistema jurídico del Common Law.
- Los Estados que aplican el Convenio 169 de 1989 de la OIT no les corresponde determinar quiénes son sus titulares, porque lo realmente importante es el cumplimiento del elemento de la auto identificación, que va más allá de tener unos rasgos físicos específicos.
- Debe existir un cambio de mentalidad en la sociedad en general porque no es lo mismo que se realice un proceso consultivo en forma integral a que no se realice. Lo que se busca es la concertación.
- La consulta previa libre e informada es un derecho fundamental que se garantiza a través de un procedimiento que va a depender del contexto del grupo diferenciado.

11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo, *et al.* (2014). Proyecto de investigación Gestión en infraestructura: efectos de la consulta previa. Ediciones Antropos Ltda.
- Albuja. V. (2010). Ecuador: Estado Plurinacional, pueblos indígenas y planes de vida. *Aportes DPLF (14)*, 23-24.
- Alfonso T, *et al.* (2008). El derecho a no ser discriminado. Primer informe sobre discriminación racial en Colombia. Observatorio de Discriminación Racial Dejusticia-Cijus Bogotá: Universidad de los Andes.
- Aranda, M. (2012). Los desafíos de la implementación de la consulta previa en el Perú. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina. *Konrad Adenauer Stiftung e.V*, 199-231.
- Arboleda. S. (2015). Muerte, destierro y simulacro estatal, la consulta previa entre los afrocolombianos. Ecuador: Universidad andina Simón Bolívar.
- Arévalo. A. (2014). El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en derecho internacional. *Cuaderno Deusto de Derechos Humanos (76)*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Arévalo. G. (2011). Los prismas de la lucha transnacional indígena. *Trabajos y ensayos (13)*, 1-21. Recuperado de: http://www.diprrihd.ehu.es/revistadoctorado/n13/Gabriel_Andres13.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- _____. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Recuperado de: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Blanco, C. (2015). Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en America Latina. Washington: OXFAM.
- Bobbio, N. (1986). Democracia y pluralismo. *Revista de Ciencia Política*, 8(12), 127-137.
- Buriticá, P, *et al.* (2010). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes.

- Carmona Caldera, C. (2013). Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del Convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas. *Ius et Praxis*, 19(2), 301-334.
- Chanduví Jaña, E. (2011). "No se pueden modificar las condiciones de existencia de un pueblo sin su consentimiento" Entrevista con la doctora en Derecho Raquel Yrigoyen Fajardo. Recuperado de: <http://www.noticiasaliadas.org/articulos.asp?art=6428>
- Charris Benedetti, J. P. (2014). El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la administración pública. *Revista Derecho del Estado*, (33), 123-147.
- Constitucion Ecuador, A. N. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Recuperado de: http://www.inocar.mil.ec/web/images/lotaip/2015/literal_a/base_legal/A._Constitucion_republica_ecuador_2008constitucion.pdf.
- Coronado, et al. (2012). Minería territorio y conflicto en Colombia. Universidad Nacional de Colombia.
- Departamento Nacional de Planeación. (2012). Guía para la incorporación de la variable étnica y el enfoque diferencial en la formulación e implementación de planes y políticas a nivel nacional y territorial. Subdirección de ordenamiento y desarrollo territorial dirección de desarrollo territorial sostenible. Recuperado de: http://www.juntosconstruyendofuturo.org/uploads/2/6/5/9/26595550/guia_relacionada_con_enfoque_diferencial.pdf
- Dover, R. y Loper, G. (2013). Consulta previa, ciudadanía diferenciadas y conflicto socioambiental. Universidad de Antioquia. *Boletín de antropología* 28 (45), 78-104..
- El Nuevo Siglo .(2012). Minorías étnicas, casi no les aprueban proyectos. Recuperado de: <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/11-2012-minor%C3%ADas-%C3%A9tnicas-casi-no-les-aprueban-proyectos>
- Erazo D., Lanegra, I. y Mayén, G. (2014). El derecho a la consulta previa, libre e informada. Hallazgos de un proceso de aprendizaje entre pares para la investigación y la acción en Ecuador, Guatemala y Perú. Lima: Negrapata S.A.C.
- Espinosa, H. P., y Gamboa, J. C. (1999). Los gitanos: tras la huella de un pueblo nómada. *Nómadas*, (10), 156-170.
- Feiring, B. (2009). IV Instituciones indígenas. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*. OIT.

- Fernández, R. V. (2004). *Inequidad, ciudadanía y pueblos indígenas en Bolivia* (Vol. 83). Chile: United Nations Publications.
- Flórez M y Moncayo H. (2011). *Grandes inversiones en territorios indígenas. Colombia: dos casos de estudio*. Bogotá, Colombia: Instituto Latinoamericano para una sociedad y un derecho alternativos, ILSA.
- Gonza, A. (2011). *El derecho a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas*. OXFAM.
- Green, C. (2013). Verdadero significado de la palabra afrodescendiente. Recuperado de: https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/c/c8/Verdadero_significado_de_la_palabra_afrodescendiente.pdf
- Grueso, D. I. (2003). ¿Qué es el multiculturalismo? *El hombre y la máquina* (20-21), Universidad Autónoma de Occidente Colombia, 16-23.
- Grueso, L. (2011). *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*. Naciones unidas y derechos humanos Oficina en Colombia del Alto. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602.pdf>
- Hernández, A. (2008). La experiencia de la identificación étnica en los censos de población de población de Colombia. Retos para un próximo censo. Santiago de Chile. Recuperado de: http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/0/34650/hernandez_identificacion_etnica_colombia.pdf
- Hernández, B. A. (2012). Presentación. *El derecho de las minorías étnicas a la consulta previa "Retos y perspectivas"*. Bogotá: Memorias del Seminario Internacional Archivo General de la Nación, 5 y 6 de diciembre de 2012, 9-12.
- INDEPAZ. (2009). *Situación de los pueblos indígenas de Colombia*. Fundación Konrad Konrad Adenauer Stiftung. Recuperado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_17956-544-4-30.pdf
- INEC. Estadísticas. Recuperado de: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/estadisticas/>
- Maya, A. (2009). El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado colombiano. *Otro Derecho* (40), 75-96.

- Minicultura. (2010). Afrocolombianos, población con huella de africanía. Recuperado de <http://www.mincultura.gov.co/areas/poblaciones/comunidades-negras-afrocolombianas-raizales-y-palenqueras/Paginas/default.aspx>.
- Morales, J. (2014). *La consulta previa: un derecho fundamental*. Ediciones doctrina y ley Ltda.
- Neme, M. (2010). La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. *Revista de Derecho Privado (18)*, 65-94.
- Obregón. (2015). Procedimiento de consulta previa frente al contrato estatal de concesión de obras en Colombia. (Tesis de especialización) Universidad Militar Nueva Granada.
- Ocampo, D. y Agudelo, J. (2014). Consulta Previa Colombia. Consulta Previa and Investment. *Americas quarterly*. Recuperado de: <http://www.americasquarterly.org/content/country-study-colombia>
- Orduz Salinas, N. (2014). La consulta previa en Colombia. Documentos de Trabajo ICSO. Santiago de Chile: Instituto de Investigación en Ciencias Sociales UDP.
- Ordúz N. y Rodríguez, C. (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. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia. Bogotá: Dejusticia.
- Organización Internacional del Trabajo. (1957). Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales. Ginebra: Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107
- _____. (1989). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales. Ginebra: Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314
- PADILLA, G. (2012). Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales. Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado. V. Ameller, D. Chávez, G. Padilla, G. Máyen, L. Aparicio, J. Panay, et al. *El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina*. La Paz: Editora Presencia SRL.
- Paternina y Gamboa. (1999). Los gitanos tras la huella de un pueblo nomade. *Nomadas (10)*, 156-170.

- Presidencia de la República de Perú. (2012). Reglamento de la Ley N° 29785, Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) [Decreto supremo N° 001-2012-MC].
- Quesada Tovar, C. E. (2013). *Derecho a la Consulta Previa para comunidades campesinas* (Tesis doctoral). Universidad Nacional de Colombia.
- Ribotta, R. (2004). Diagnóstico sociodemográfico de los pueblos indígenas del Perú. CEPAL.
- Roldán Ortega, R. (2005). Manual para la formación en derechos indígenas. Territorios, recursos naturales y convenios internacionales. COICA-InWEnt-Alianza del Clima. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala.
- Rodrigo, M. (1997). Elementos para una comunicación intercultural. *Afers Internacionals* (36), 11-21.
- Rodríguez, G. (2005). La consulta previa a pueblos indígenas. Comunidades Etnicas en Colombia. Cultura y Jurisprudencia. Universidad del Rosario.
- _____. (2007). Conflictos ambientales amenazan la salud de la población y la biodiversidad del planeta. *Revista de Derecho*, 28, 329-347.
- _____. (2008). Los obstáculos y las potencialidades de la consulta previa en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. El derecho a tener derechos para los pueblos indígenas. *Etnias & Política*.
- _____. (2009). El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia. *Revista El Otro Derecho*(40), 55-74.
- _____. (2010). La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- _____. (2011). Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa. *Opinión Jurídica*, 57-72. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4851905.pdf>
- _____. (2014). De la Consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a los pueblos indígenas en Colombia. Grupo Editorial Ibáñez S.A.S.
- Rodríguez, et al. (2015). Abordando la Justicia Ambiental desde la transformación de conflictos: experiencias con Pueblos Indígenas en América Latina. *Revista de Paz y Conflictos* 8, (2), 97-128.

- Romero, X y Rosas, A. (2013). Implementación de la consulta previa en Colombia y su debate actual. A propósito de los de los pueblos indígenas y tribales. Bibliotecas Jurídicas UNAM. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3536/5.pdf>
- Salazar, K. (2015). Empresas y derechos humanos ¿un nuevo desafío para la OEA? *Aportes DPLF (20)*, 9-13.
- Sánchez, E., *et al.* (2003). Los pueblos indígenas en Colombia: Derechos, políticas y desafíos. Bogotá: Unicef.
- Sanhueza, C., Saber, *et al.* (2013). No nos toman en cuenta. Pueblos indígenas y consulta previa en las pisciculturas de la araucanía. Andrea Palet (Ed.) Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Schilling, A. y Flemmer, R (2013). Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América latina, PROINDÍGENA. El derecho a la consulta previa: normas jurídicas prácticas y conflictos en América latina. GIZ. Recuperado de: https://www.giga-hamburg.de/sites/default/files/md_pdf/1303_destradi_konferenzbericht_es.pdf
- Sociedad Colombiana de Consultoría. (2014). Estudio de caso consulta previa e informada a las comunidades indígenas en Colombia. Organización Latinoamericana de energía. Recuperado de: <http://www.olade.org/wp-content/uploads/2015/09/EAP-Colombia2014.pdf>
- Vidal, J. (2014). Implementación del programa de legalización de tierras y fomento al desarrollo rural para comunidades negras a nivel nacional. INCODER.
- Yashar, D. (2013). Derechos indígenas y comisiones de la verdad: Reflexiones para el debate. Centro internacional para la justicia transicional. Fortaleciendo los derechos Indígenas a través de comisiones de verdad.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

- Congreso de Colombia. (4 de marzo de 1991). Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. [Ley 21 de 1991].
- _____. (26 de agosto de 1993). Artículo transitorio 55 de la Constitución Política. [Ley 70 de 1993].
- _____. (22 de diciembre de 1993). Se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los

recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. [Ley 99 de 1993].

Constitución política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 152 [Capítulo III]. 2da Ed. Legis.

____. [Const.] (1991). Artículo 55 [Capítulo II]. 2da Ed. Legis.

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (24 de junio de 1992). Sentencia No. T-428/92 [MP Ciro Angarita Barón].

____. Sala Tercera de Revisión. (1993). Sentencia No. T-380/93 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

____. Sala Plena. (1997). Sentencia SU-039/97 [MP Antonio Barrera Carbonell].

____. Sala Plena. (25 de octubre del 2000). Sentencia C-1436/00. [MP Alfredo Beltrán Sierra].

____. Sala Plena (13 de mayo del 2003). Sentencia SU.383/03 [MP Álvaro Tafur Galvis].

____. La Sala Octava de Revisión. (14 de julio del 2005). Sentencia T-737/05 [MP Alvaro Tafur Galvis].

____. Sala Segunda de Revisión. (26 de enero del 2009). Auto 004 de 2009 [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

____. Sala Quinta de Revisión. (3 de marzo del 2011). Sentencia T-129/11 [MP Jorge Iván Palacio Palacio].

____. Sala Séptima de Revisión de tutelas. (23 de septiembre del 2011). Sentencia T- 693. [MP Jorge Ignacio Pretelt Cahljub].

____. Sala Primera de Revisión (22 de mayo del 2014). Sentencia No. T- 294 [MP María Victoria Calle Corre].

____. Sala Novena de Revisión (4 de agosto del 2014). Sentencia T- 576 [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

____. Sala Sexta de Revisión (15 de diciembre del 2014). Sentencia T-969/14 [MP Gloria Estella Ortiz Delgado].

____. Sala Novena de Revisión (26 de agosto del 2015). Sentencia T-550/15 [MP Myriam Ávila Roldan].

Presidencia de la República (julio 13 de 1998) Consulta previa con las comunidades indígenas y negras. [Decreto 1320 de 1992].

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

_____. (26 de marzo del 2010). Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales. [Directiva N° 1 del 2010].

_____. (5 de agosto del 2010). Artículo 24 [Título IV]. Reglamentación de las licencias ambientales [Decreto 2820 del 2010].

_____. (6 de agosto del 2010). Marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico Rrom o Gitano [Decreto 2957 del 2010].

_____. (9 de diciembre del 2011). Medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales [Decreto 4663 del 2011].

_____. (7 de noviembre del 2013). Guía para la realización de consulta previa. [Directiva N° 10 del 2013].

_____. (20 de noviembre del 2013). Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa. [Decreto 2613 del 2013].