

**OBLIGATORIEDAD DEL RESULTADO DE LA CONSULTA
PREVIA EN COMUNIDADES ÉTNICAS EN CUYO TERRITORIO
EL ESTADO PRETENDE EJECUTAR PROYECTOS DE
DESARROLLO**



Universidad
del Cauca

Presentado Por:

**HECTOR FABIO IDROBO CERON
DANIEL ERNESTO ERASO CANAL
DANIEL ORTIZ ORTIZ**

**UNIVERSIDAD DEL CAUCA
INSTITUTO DE POSTGRADOS
POPAYÁN
2018**

**OBLIGATORIEDAD DEL RESULTADO DE LA CONSULTA
PREVIA EN COMUNIDADES ÉTNICAS EN CUYO TERRITORIO
EL ESTADO PRETENDE EJECUTAR PROYECTOS DE
DESARROLLO**



Universidad
del Cauca

**Presentado Por:
HECTOR FABIO IDROBO CERON
DANIEL ERNESTO ERASO CANAL
DANIEL ORTIZ ORTIZ**

**Director:
ANGELA PANTOJA MORENO**

**UNIVERSIDAD DEL CAUCA
INSTITUTO DE POSTGRADOS
POPAYÁN
2018**

NOTA DE ACEPTACIÓN

FIRMA JURADO 1

FIRMA JURADO 2

FIRMA JURADO 3

***Dedicado a los
Pueblos Indígenas
de Colombia,
ejemplo de lucha
pacífica, de
sabiduría milenaria
y de vivir en
equilibrio con
nuestra naturaleza;
y a nuestras madres,
por su esfuerzo
inquebrantable
paciencia, su
incondicional
acompañamiento y
por ser ejemplo de
honestidad.***

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a nuestras familias, fuente inagotable de nuestra fuerza, quienes, con profundo amor e incondicional apoyo, nos acompañaron en la construcción y obtención de esta meta.

Gracias también a nuestros queridos amigos, compañeros y todas las personas que creyeron en nosotros y nos apoyaron en la consecución de este triunfo.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	3
1. FUNDAMENTOS Y FUENTES NORMATIVAS DE LA CONSULTA PREVIA FRENTE A LOS PROYECTOS DE DESARROLLO.	5
1.1. Sistema universal	10
1.2. Sistema interamericano.	17
1.3. Sistema jurídico interno colombiano	19
2. DEBATE EN TORNO A PROYECTOS DE DESARROLLO CON ALGUNA AFECTACIÓN A COMUNIDADES INDÍGENAS.	26
2.1. Proyectos de desarrollo que generan impacto sobre comunidades étnicas	27
2.2. Consulta previa y la tensión de derechos generada por proyectos de desarrollo que puedan ocasionar afectaciones directas a comunidades étnicas.....	31
2.3. Tratamiento internacional a proyectos de desarrollos que afectan a comunidades indígenas.....	32
3. SIMPLE PARTICIPACIÓN; CONSULTA PREVIA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO COMO DERECHOS DE PUEBLOS ÉTNICOS.	41
3.1. Simple participación de las comunidades étnicas	43
3.2. Consulta previa	45
3.3. Consentimiento previo, libre e informado	63
CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFIA	87

INTRODUCCIÓN

La presente tesis es una investigación cualitativa documental que tiene como objetivo establecer la existencia de obligatoriedad del resultado de la Consulta Previa en comunidades étnicas en cuyo territorio el Estado pretende ejecutar proyectos de desarrollo, especialmente cuando éste procura realizar obras de como carreteras, puentes, plantas hidroeléctricas, oleoductos, etc. dentro del territorio de las comunidades étnicas y su área de influencia. En ese sentido, la presente investigación tiene como fin brindar claridad sobre cuál es la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional en torno al tema.

Para darle solución al problema planteado se hizo una aproximación al interrogante de una manera teórica, para ello se acudió al método descriptivo y se realizó la compilación y procesamiento de la información obtenida.

Para responder nuestra pregunta de investigación, en el primer capítulo, contextualizaremos al lector analizando la naturaleza jurídica y las fuentes de la consulta previa. Por tratarse de un derecho gestado a nivel internacional, repasaremos sus fuentes desde el Sistema Universal de Los Derechos Humanos, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para llegar así al ordenamiento jurídico colombiano. Seguidamente, en el segundo capítulo, contextualizamos el debate que existe en torno a los proyectos de desarrollo que generan impacto en las comunidades étnicas y abordaremos el equilibrio que se busca entre los proyectos de desarrollo y la prevalencia del respeto a los derechos fundamentales de estas comunidades; posteriormente estudiamos los estándares mínimos y obligaciones que lo Estados deben cumplir cuando pretenden realizar este tipo de proyectos.

En el tercer Capítulo, se identificada la importancia del derecho a la consulta previa, desde la óptica de la Corte Constitucional Colombiana, aportes doctrinales y desde la mirada de la Corte interamericana de Derechos Humanos, para ello

encuadramos este derecho desde el principio democrático de participación y los escenarios que jurisprudencialmente se identifican a favor de las comunidades étnicas, esto es la simple participación, la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado, y consecuentemente en cada uno de estos escenarios señalamos sus principales características y la influencia que generan al momento de valorar la decisión de las comunidades étnicas, en aras de dar respuesta a nuestro interrogante.

Al finalizar el tercer capítulo, planteamos la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional para definir si existe o no obligatoriedad para el Estado Colombiano de acatar la decisión que tome la comunidades étnicas, al momento resolver la aprobación o no de proyectos de desarrollo que los afectan directamente, comprendiendo que en esta discusión se encuentran en juego el interés general representado en la capacidad de decisión del Estado y el derecho a las comunidades indígenas al decidir sobre los asuntos que las afectan.

Finalmente se concluye que existe deber del Estado de realizar la consulta previa cuando se identifiquen de manera virtual afectaciones directas a alguna comunidad étnicamente diferente, sin embargo la decisión que se tome dentro de este proceso, no afecta la competencia que tiene el Estado en tomar la decisión final; y existe la obligación Estatal de acatar la decisión tomada por una comunidades étnicas dentro de un proceso de consulta previa cuando un proyecto de desarrollo, medida administrativa o legislativa tenga o permita vislumbrar la posibilidad de generar afectaciones directas a la comunidad indígena, por ello, se requerirá de la obtención del consentimiento previo, libre e informado, en casos donde que evidencien riesgos para la comunidades étnicas como son el almacenamiento y vertimiento de material toxico en territorios étnicos, el traslado de la comunidad étnicamente diferente, o cualquier medida que pueda configurar la proyección de afectaciones directas e intensas a la comunidad que se pretende proteger.

1. FUNDAMENTOS Y FUENTES NORMATIVAS DE LA CONSULTA PREVIA FRENTE A LOS PROYECTOS DE DESARROLLO.

Para determinar si existe obligatoriedad del resultado de la Consulta Previa en comunidades étnicas en cuyo territorio el Estado pretende ejecutar proyectos de desarrollo, es necesario iniciar estableciendo cuáles son las fuentes y fundamentos de la consulta previa en los sistemas universal, interamericano y local.

Históricamente, los pueblos indígenas sufrieron la invasión de sus tierras, fueron sometidos a esclavitud y pago de terraje, fueron masacrados, avasallados culturalmente por las religiones y la cultura de occidente. Frente a ello y respondiendo a su cosmovisión diferente, los Estados tardíamente han avanzado en los últimos años reconociendo los derechos a estas poblaciones, entre otros, a la libre autodeterminación.

En ese orden hay que reconocer que el ejercicio del derecho a la libre autodeterminación junto a otros componentes, como el reconocimiento de derechos fundamentales para sujetos colectivos, la apertura democrática a la participación y la adopción de un Estado que atienda la diversidad cultural, constituye el sustento del derecho a la consulta previa¹.

La libre autodeterminación significa que *“los seres humanos, individualmente o como grupos, tienen por igual el derecho a ejercer el control sobre sus propios destinos y de vivir en los órdenes institucionales de gobierno que se diseñen de acuerdo con ese derecho”*², facultad que ha generado la participación de las

¹ ALVA, Amelia, Cuadernos Deustos de Derechos Humanos N. 76, “El derecho a la Consulta Previa de los Pueblos indígenas en Derecho Internacional”, Bilbao: Universidad Deustos, 2014. Pag 29.

² ANAYA, S. James, El desafío de la Declaración – Historia y Futuro de la Declaración de la ONU Sobre Pueblos Indígenas. EL Derechos de los Pueblos Indígenas a la libre determinación Tras la adopción de la Declaración. Copenhague: ISBN:978-87-91563-72-0, 2004. Pág. 194.

comunidades étnicas en la toma de decisiones que las afectan, dentro de condiciones de igualdad con los demás pueblos que ocupen un mismo Estado.

Al respecto, James Anaya ha manifestado que el contenido esencial de la libre determinación es el derecho de todos los pueblos a controlar su propio destino en condiciones de igualdad, como lo deja anotado al establecer que:

“La sustancia del derecho de libre determinación, a diferencia de las compensaciones que pudieran derivarse de las violaciones de este derecho, es el derecho de todos los pueblos a controlar sus propios destinos en condiciones de igualdad. Esto no significa que cada grupo que puede ser identificado como pueblo tiene un derecho libre y permanente de formar su propio Estado o de dictar cualquier otra forma de arreglo político. Más bien, libre determinación significa que los pueblos tienen el derecho de participar con igualdad en la constitución y desarrollo del orden institución gobernante bajo el que viven y, además, de que ese orden de gobierno sea uno en el que puedan vivir y desarrollarse libremente de manera continuada”³

En la salvaguarda del reconocimiento y ejercicio del derecho a la libre autodeterminación, el reconocimiento a la consulta previa ha jugado un papel importante por ser un mecanismo idóneo para hacer respetar la dignidad, la forma de pensar diferente de los pueblos indígenas y obtener la reparación a las violaciones padecidas por estas comunidades.

Así mismo, es importante resaltar que los derechos de las comunidades étnicas han evolucionado de la perspectiva individual, al ser reconocidos también sus derechos fundamentales como sujetos colectivos. Es decir, por una parte, se reconoce la existencia de los derechos individuales como una garantía de los individuos frente al poder estatal y, por la otra, se reconocen los derechos colectivos a las comunidades, cuyos titulares son grupos de personas que pueden

³ Ibídem, p 200.

invocar su respeto y cumplimiento solamente mediante una entidad colectiva y los agentes autorizados de dicha entidad⁴.

Los derechos colectivos tienen su fundamento en el enfoque particular de grupos como los pueblos indígenas, que tienen sus propias relaciones interpersonales, sociales y políticas⁵; por lo que puede decirse que esta ampliación de los derechos, de individuales a Colectivos, ha hecho que la consulta previa actualmente sea la principal herramienta para proteger los derechos de una colectividad étnicamente diferente, cuando existen decisiones que los afectan directamente.

En ese sentido la libre autodeterminación de los pueblos, y la inescindible relación generada entre la cultura étnica especial y la cultura general mayoritaria hegemónica u ordinaria, son reconocidas en el artículo 7 de la Constitución Política donde *“el Estado aceptó la política de coexistencia de diferentes sistemas de derecho, bajo el principio de que cada uno dispone de unas competencias y un marco territorial”*⁶; como mejor se explica en palabras del profesor Llano *“En Latinoamérica las confrontaciones étnicas han sido más limitadas y se concentran en las luchas por el reconocimiento de la diversidad de comunidades indígenas, afroamericanos, campesinos y pobladores urbanos en la marginalidad. Para explicar estos fenómenos y otros que se desprenden del movimiento de personas y culturas en pleno auge de la globalización, la propuesta del pluralismo jurídico es acorde para abordar ciertas explicaciones desde la ciencia jurídica”*⁷, en ese orden de ideas, es pertinente citar a Esther Snachez Botero quien ha manifestado que *“la Constitución reconoce la justicia de los indígenas y, en cierta manera, la*

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-030 de 2016, MP María Victoria Calle Correa, 05 de febrero de 2016.

⁵ ALVA, Amelia, Cuadernos Deustos de Derechos Humanos N. 76, “El derecho a la Consulta Previa de los Pueblos indígenas en Derecho Internacional”, Bilbao: Universidad Deustos, 2014. Pág. 19.

⁶ SÁNCHEZ, Esther. La realización del Pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007, pago. 44.

⁷ LLANO, Jairo Vladimir. Teoría del Derecho y Pluralismo Jurídico. Cali: Universidad Pontificia Javeriana, 2012. pág. 193.

*protege, pues les otorga y autoriza su ejercicio dentro de su ámbito territorial*⁸, y a razón de todas esas luchas en reclamación de derechos y de reconocimiento de cultural y legal, se ha permitido la coexistencia de ordenamientos jurídicos al interior de un territorio denominado país para la protección de las comunidades étnicas, en ese sentido, la Constitución actual “abrió la alternativa –sin precedentes- para compartir con las autoridades de los pueblos indígenas la posibilidad de llevar a cabo actuaciones judiciales, reconociendo un pluralismo jurídico y otorgándoles un espacio legal para la participación como iguales en la diferencia”⁹. sin embargo, esta interacción genera múltiples problemáticas como son la poca claridad en los factores de competencia según cada caso, las dificultades de acceder a las cárceles por parte de la comunidad indígena por carecer de las mismas, falta de apoyo de la policía a autoridades indígenas, u debates sobre casos de extradición de indígenas entre otros¹⁰; por ello, doctrinariamente se ha abogado porque exista una ley de coordinación entre jurisdicciones como lo señala Carlos Alfonso Cárdenas de la siguiente manera “Por tal razón es necesario crear un mecanismo para establecer una articulación real entre los dos sistemas normativos y se propone el establecimiento de un modelo enfatizado en el buen vivir, que en su esencia pretende permitir el dialogo intercultural más efectivo que logre coordinar ambos sistemas normativos dentro de una sola unidad constitucional, que tiene como común denominador el respeto de los derechos fundamentales”¹¹. En ese orden es importante parafrasear a Raquel Yrigoyen quien sugiere como características de la ley de coordinación las siguientes: en primer lugar sea una ley de coordinación y no de reglamentación donde la jurisdicción especial no tiene subordinada su vigencia a la promulgación y sanción de esta ley; en segundo reglón, debe existir una coordinación

⁸ SANCHEZ, Esther, JUSTICIA Y PUEBLOS INDIGENAS DE COLOMBIA. Bogotá: UNIJUS Universidad nacional de Colombia, 2010. Pag 119.

⁹ SÁNCHEZ, Esther, La jurisdicción especial indígena en Colombia. En La Jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2007. Pag. 5.

¹⁰ ARBELAEZ, Lucia. La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional. Guatemala: Consejo Superior de la Judicatura, 2004. Pag.22.

¹¹ CARDENAS, Carlos Alfonso. El Pluralismo jurídico en la jurisdicción indígena y el buen vivir en Colombia. Criterio Jurídico Garantista, Bogotá: Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, 2016, vol. 9, no 15. Pág. 119.

horizontal es decir de no subordinación; en tercer espacio, la norma debe fomentar el diálogo intercultural no de supervigilancia sobre la jurisdicción especial; en cuarto lugar, debe regular mecanismos de coordinación entre la jurisdicción indígena y las entidades como la policía y otros; y en quinto lugar, debe adecuarse al convenio 169 de la OIT¹². Cabe anotar que la actualmente la forma de coordinación entre las jurisdicciones, o entre el derecho ordinario y la jurisdicción especial indígena es la Consulta Previa que permite escuchar la voz de las comunidades indígenas en un dialogo intercultural étnicamente adecuado.

De esta manera se identifican como fundamentos de la consulta previa, el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, la ampliación de los derechos individuales a colectivos y las garantías de participación que brindan los Estados, para convertirlo en uno de los principales instrumentos internacionales para hacer frente a la discriminación y promover la dignidad, subsistencia y supervivencia de las comunidades étnicas¹³.

Al respecto, encontramos que la naturaleza de esta figura es la de derecho fundamental con un origen mixto, en tanto, nace de una norma de carácter internacional como lo es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, bajo el cual se estableció el deber de los Estados en consultar a los pueblos interesados que puedan verse afectados por una medida legal o administrativa que pretenda implementar el primero¹⁴ y del ordenamiento interno en cuanto se adopta por parte del ordenamiento interno por medio de la Constitución Política.

El Convenio 169 fue ratificado en Colombia por medio de la Ley 21 de 1991 y , como se expone más adelante, hace parte del denominado bloque de constitucionalidad, por tanto, nace del Derecho Internacional para adoptarse como

¹² YRIGOYEN, Raquel Fajardo. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. el otro derecho: número 30. Bogotá: ILSA, 2004. Pág. 189 y 190.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-002 de 2017, Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos, “3. El derecho fundamental a la consulta previa en el ordenamiento constitucional colombiano”. 2017.

¹⁴ OIT. Artículo 6 convenio 169.

Derecho Constitucional propio de nuestro ordenamiento jurídico interno por disposición de los artículos 2 y 93 de la Constitución Política de 1991.

Para la Corte Constitucional el derecho a la consulta previa es una institución que garantiza el derecho a la participación a favor de comunidades étnicas y tribales, como parte del derecho a su auto determinación¹⁵ y que, cuando se trata de consultar las comunidades étnicas, este mecanismo adquiere la connotación de derecho fundamental en reconocimiento a su forma de pensar diferente y las circunstancias históricas de vulneración y marginamiento de estos pueblos¹⁶.

Así mismo, la consulta previa, en consideración a su connotación de derecho fundamental, se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades étnicas y para asegurar, su subsistencia como grupo social¹⁷.

Los instrumentos jurídicos que han establecido el derecho a la consulta previa se organizan en tres sistemas; *i)* el Sistema Universal de los Derechos Humanos que es creado por la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas -ONU y los órganos que la integran, *ii)* el Sistema Interamericano que es creado por la Asamblea de las Organización de Estados Americanos -OEA, y *iii)* el Sistema Jurídico Interno Colombiano. En ese sentido, analizaremos a continuación los instrumentos jurídicos que se han expedido en estos órdenes.

1.1. Sistema universal

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 213 de 2016, M.P. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 004 de 2009, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, 26 de enero de 2009.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, 1997.

La principal fuente del derecho a la consulta previa está en el Sistema Universal de los derechos humanos, que tiene su génesis en la Naciones Unidas y en sus órganos de protección de derechos humanos. Los principales instrumentos son el Convenio 169 de la OIT, del cual se fundamenta posteriormente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales veremos a continuación.

Como antecedente al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT tenemos el Convenio 107 de 1957 del mismo organismo, que fue el primer instrumento jurídico de orden internacional que reguló los derechos de las comunidades étnicas y tribales. Sin embargo, en una revisión realizada por el Comité de Expertos convocados desde 1986 por el Consejo de Administración de la OIT, se identificó que el enfoque del Convenio 107 pretendía unificar o integrar todas las comunidades étnicas en una sola forma de cultura moderna, concluyendo que el “*enfoque integracionista del Convenio 107 estaba obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno*”¹⁸. Por ello, en aras de respetar la identidad e integridad cultural de cada etnia, se expidió el 27 de junio de 1989 el Convenio 169 de la OIT.

El Convenio 169 de la OIT, como lo señala su parte considerativa, tiene como objeto fomentar las aspiraciones de esos pueblos indígenas y tribales 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, sin dejar de lado sus leyes, valores, costumbres y perspectivas que han sufrido a menudo una erosión por la cultura dominante¹⁹.

Las disposiciones jurídicas del Convenio relacionadas con la consulta previa regulan desde la forma de aplicación de estas disposiciones, la participación e interacción de las comunidades en la aplicación de este mecanismo, sus

¹⁸ OIT. Sobre el Convenio 107 de la OIT, disponible en: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang—es/index.htm>

¹⁹ OIT. Consideraciones del Convenio 169 de la.

derechos, hasta algunas determinaciones especiales y eventos específicos²⁰. Así mismo, este articulado también refiere a las consultas, pero en concreto respecto de la educación; sin embargo, hay que dejar en claro que la consulta previa es producto de la libre autodeterminación de los pueblos conforme a su propia cultura²¹.

El monitoreo del Convenio 169 de la OIT es competencia de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones que, evaluar a través de sus observaciones a los Estados de manera individual. Las observaciones son publicadas anualmente y parten de la información recolectada a partir de los pedidos de información individual. Si bien estas observaciones no son vinculantes, si son indicadores de progreso de los Estados en la ejecución efectiva en un nivel legislativo y práctico de sus compromisos bajo el Convenio²².

La Comisión de Expertos ha señalado que, aunque su mandato no incluye el deber de dar interpretaciones de los convenios de la OIT, su función es determinar si las exigencias de los convenios se están respetando, así como examinar el alcance jurídico y el significado de las disposiciones de dichos convenios, cuando proceda²³.

Así mismo, los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT permiten la presentación de reclamaciones por parte de las organizaciones de profesionales de empleadores o trabajadores contra los Estados Miembros, por violaciones al Convenio 169 de la OIT. A fin de dar solución a estas reclamaciones se debe conformar un comité tripartito integrado por El Estado, trabajadores y empleadores; quienes en varias de las recomendaciones han desarrollado el concepto de consulta previa, su alcance y en algunos aspectos de procedimiento

²⁰ OIT. artículos 6, 7, 15 y 17 del Convenio 169.

²¹ OIT. artículos 27 y 28 del Convenio 169.

²² MORRIS, Meghan y otros; La Consulta previa a Pueblos Indígenas: los estándares del derecho Internacional. Ediciones Uniandes, pág. 12.

²³ COMISIÓN DE EXPERTOS EN LA APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA A OIT. Observación 2010/81.

que deben seguir los Estados para realizar una consulta eficaz y culturalmente adecuada²⁴.

Aunado a lo anterior, es importante dejar en claro que el Convenio 169 de la OIT no permite a los pueblos indígenas acceder en forma directa a los órganos de la OIT. Esto se debe a que este instrumento se fundamenta en la relación jurídica tripartita sobre la cual se erige la OIT en su conjunto: Estados, empleadores y trabajadores. Por tanto, solo tales gremios tienen acceso directo a la OIT, lo anterior implica que si una comunidad indígena vulnerada en sus derechos desea presentar su caso ante la OIT por incumplimiento del Convenio 169, solo puede hacerlo a través de un gremio de trabajadores²⁵.

En este sentido, se puede tomar como ejemplo la Comunidad Maya Q'eqchi' de Guatemala, quienes accedieron a la OIT en el año 2005 a través de la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad, debido a que la comunidad Indígena por sí sola no tenía competencia para reclamar el incumplimiento del Convenio 169 de la OIT ante la Organización Internacional del Trabajo y de esa manera buscar solución a la expedición por parte del Estado de una licencia de exploración minera dentro del territorio del pueblo Maya Q'eqchi' sin haber realizado consulta previa²⁶, en esta ocasión el Consejo de Administración adoptó el informe del comité tripartito haciendo una serie de recomendaciones orientadas a la protección del derecho a la consulta previa de la comunidad indígena.

²⁴ MORRIS, Meghan; RODRIGUEZ Garavito Cesar; ORDUZ Salinas Natalia y BURITICA Paula; La Consulta previa a Pueblos Indígenas: los estándares del derecho Internacional. Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes, pág. 12.

²⁵ FONSECA, Johanna. Inclusión de los estándares Internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas en políticas bancarias y programas REDD+. Washintong DC: American University. 2013. Pág. 139.

²⁶ FEDERACIÓN DE TRABAJADORES DEL CAMPO Y LA CIUDAD (FTCC), reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT - GUATEMALA - C169 - 2007 ---- Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales. Ciudad de Guatemala: 1989 (núm. 169).

Otra fuente es, El pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece, en su artículo 27²⁷, la protección a los derechos individuales y colectivos de las minorías, lo cual podría efectivizarse a través del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

El Comité de Derechos Humanos es el órgano encargado de la vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), para lo cual expidió tres tipos de actos, mediante los cuales, entre otros asuntos, ha establecido i) la necesidad de consultar los pueblos indígenas, hacer observaciones generales, cuyo objeto es aclarar normas del tratado²⁸; ii) Observaciones y recomendaciones a los países que son parte del PIDCP²⁹, y iii) las sentencias cuando existen violaciones de derechos establecidos en el PIDCP³⁰.

El Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial fue creado en 1969 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y tiene como soporte la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 20 de noviembre de 1963, Resolución 1904 (XVIII) de la Asamblea General, que estableció únicamente la necesidad de eliminar rápidamente en todas las partes del mundo la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y de asegurar la comprensión y el respeto de la dignidad de la persona humana. De igual manera, consideró como su justificación, que toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es científicamente falsa, moralmente condenable y

²⁷ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos, Artículo 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

²⁸ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, observación General No. 23.

²⁹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones Finales a Australia (2000); Guyana (2000); Venezuela (2001); Suecia (2002); Surinam (2004); Canadá (2006); Estados Unidos (2006).

³⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *Äärelä y Jouni Näkkäläjärvi v. Finlandia*, U.N. Doc. CCPR/C/73/D/779/1997 (2001); *länsmann y otros c. Finlandia*, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994); *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda*, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), entre otras.

socialmente injusta y peligrosa y de que nada en la teoría o en la práctica permite justificar, en ninguna parte, la discriminación racial³¹.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, creado por el mismo Convenio en el año 1969, emite recomendaciones a los Estados partes. Así mismo, recibe quejas individuales de ciudadanos de los Estados partes, a través de sus pronunciamientos lo cual ha favorecido a las comunidades étnicas al exigir que la consulta previa deba realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados³². Por otra parte, emite Recomendaciones Generales, en las cuales se ha solicitado a los Estados parte para que dentro de estos procedimientos de consulta se tome el consentimiento informado³³.

Para Colombia y América Latina en general, la xenofobia y exclusión hacia los pueblos indígenas ha llevado consigo la necesidad de establecer protecciones a estos mediante instrumentos constitucionales y además legales, en un estudio sobre discriminación racial de la CEPAL se concluyó que existe un déficit en el *acceso a instancias decisorias*³⁴ para estos pueblos a nivel regional en el continente. Así pues, la Corte Constitucional Colombiana, como se demostrará más adelante, ha debido desarrollar el mecanismo de la consulta previa creando reglas y sub-reglas para su ejecución a fin de evitar la discriminación contra estos grupos y que los mismos puedan decidir sobre circunstancias que los afecten y que se pretendan imponer por el Estado.

En el año 2007, la Organización de Naciones Unidas emitió la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la cual fue adoptada con la participación de pueblos indígenas. En este instrumento se afirmó que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconoció a

³¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, parte considerativa, 1969.

³² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, Observaciones Finales sobre Surinam, 2004, parr.13.

³³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, Recomendación General de 1997.cb

³⁴ HOPENHAYN, Martin. Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe. Bello M. Álvaro 2001-05

los mismos el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, recordó de igual manera que los pueblos son patrimonio de la humanidad y estableció plenamente el principio del consentimiento previo, libre e informado para el traslado de grupos indígenas de sus tierras, en el marco de la adopción de medidas legislativas y administrativas que los afecten, entre otras situaciones.

Siendo este el documento más reciente en materia de consulta previa, sin embargo se recogió las experiencias del Convenio 169 de la OIT y colocó a nivel universal los derechos de las comunidades étnicas, puesto que, anteriormente, solo estaba bajo un órgano de las Naciones Unidas, es decir de la OIT y no del Sistema Universal. Este tratado exige el consentimiento previo, libre e informado de una manera más amplia y reconoce reparaciones a las violaciones al derecho a ser consultado; entre otros derechos abarcados por el Convenio 169 y la jurisprudencia de órganos regionales de protección de derechos humanos.

En este tratado en especial se hace énfasis en que a los pueblos indígenas deben consultárseles las medidas eficaces para combatir perjuicios y eliminar las discriminaciones y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad³⁵. Así mismo, recoge las medidas específicas para proteger los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño³⁶

De igual manera, se advierte en este tratado que a los pueblos indígenas deben consultárseles cuando se va a utilizar sus tierras o territorios para actividades

³⁵ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). Numeral 2 Artículo 15 Declaración universal de sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁶ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). Numeral 2 Artículo 17 Declaración universal de sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

militares³⁷; además de las medidas que el Estado adopte para pueblos indígenas transfronterizos³⁸ y medidas legislativas para alcanzar los fines de la Declaración en comento³⁹.

Cabe aclarar que el Estado Colombiano interpuso una reserva en relación a que no se admita que deba obtenerse consentimiento libre, previo e informado respecto a la desmilitarización de los territorios indígenas, ni sobre la propiedad del subsuelo, ni sobre ninguna situación semejante⁴⁰.

Así mismo este instrumento internacional de derechos indígenas, tiene en su articulado la consagración de la consulta previa en el artículo 19, aclarando que este procedimiento se utilizará en búsqueda de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas, antes de adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten.

1.2. Sistema interamericano.

La Organización de Estados Americanos, a través de la creación de instrumentos jurídicos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros, ha organizado un sistema jurídico orientado a la protección de derechos humanos para los países que la integran, cuyos órganos judiciales son la Comisión y la Corte interamericana de Derecho Humanos. Entre estos instrumentos encontramos que los siguientes se relacionan con el derecho a la consulta previa.

³⁷ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). Numeral 2 Artículo 30 Declaración universal de sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁸ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). Artículo 36 Declaración universal de sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). Artículo 38 Declaración universal de sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁴⁰ MORRIS Meghan, Rodríguez Garavito, Orduz Salinas Natalia, y Buritica Paola. La Consulta Previa a Pueblos Indígenas: Los estándares del Derecho Internacional. Pág. 12, 2009.

Este articulado no establece normatividad específica sobre consulta previa a comunidades étnicas, sin embargo, el artículo XXIII de este instrumento, relacionado con la propiedad privada, ha servido a la interpretación de la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos con el fin de proteger la propiedad colectiva de estos pueblos, comprendida en tierras, territorios y recursos naturales⁴¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la protección de las tierras, territorios y recursos naturales es fundamental para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial.

En sentencia proferida por dicha Corte, analizando el conflicto sufrido entre la comunidad indígena Moiwana vs Suriname⁴², esta determinó que *“el ordenamiento jurídico interno garantizaba derechos individuales a los miembros de las comunidades indígenas y tribales, pero no reconocía a tales comunidades como entidades jurídicas y tampoco establecía derechos colectivos a la propiedad.”* Luego, entonces, ordenó al Estado implementar mecanismos legales y administrativos para el reconocimiento de personalidad jurídica a tal comunidad indígena utilizando el mecanismo de consultas con respeto a sus costumbres y en la búsqueda del prodigar el uso y goce de su propiedad comunal.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su articulado carece de disposiciones jurídicas particulares a favor de las comunidades étnicas, sin embargo a través de las Interpretaciones de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha logrado que los derechos y libertades contenidas en la misma sean relevantes para las comunidades étnicas; tan es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido estándares a favor de los

⁴¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Pueblos Indígenas en aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas, 2013, Fuentes de Derecho y Marco Normativo, pág. 14.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 15 de junio de 2005.

pueblo indígenas respecto a tierras, territorios, recursos naturales, vida, consulta previa y consentimiento, previo libre e informado⁴³.

En lo referente a recursos naturales en conexión con la vida en el caso de la comunidad Yakye Axa vs Paraguay⁴⁴ la Corte Interamericana consideró que dicha comunidad indígena encontraba su subsistencia en riesgo al negárseles por parte del Estado el acceso a sus recursos naturales deviniendo en la imposibilidad de que ellos obtengan agua limpia y puedan prodigarse medicinas naturales de prevención y cura de enfermedades.

1.3. Sistema jurídico interno colombiano

El Sistema Jurídico Interno Colombiano, ha reconocido el derecho a la consulta previa desde la Constitución de 1991 y en especial desde la adopción del Convenio 169 de la OIT a través de la Ley 21 de 1991. Así mismo, la Corte Constitucional, bajo la teoría del Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto, ha dado el valor de derecho fundamental a la Consulta Previa y frente a ello se han expedido leyes, decretos y circulares en búsqueda de proteger este derecho, como pasa a explicarse.

En la Constitución Política, se consagra la expresión democrática del derecho a la consulta previa en los artículos 329 y 330 pero limitada a temas de explotación de recursos naturales en territorios indígenas, no obstante, éste derecho se ha deducido se ha interpretado de manera generosa por la Honorable Corte

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencias: Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay - Fondo, reparaciones y costas; Caso Escué Zapata Vs. Colombia - Fondo, reparaciones y costas; Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de fondo Yakye Axa vs Paraguay, de junio 17 de 2005.

Constitucional de los artículos 1, 2, 7, 40 y 70, en los cuales se deja sentado que es fin del Estado Colombiano facilitar la participación de todos los integrantes de la comunidades étnicas en las decisiones que los afecten en relación con la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación⁴⁵.

En el mismo sentido, el artículo 7 de la Carta Colombiana, consagra que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación. De igual manera, la Corte Constitucional, a partir del artículo 93 de la Constitución, también reconoce como parte del Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto, al Convenio 169 de la OIT, adoptado mediante Ley 121 de 1991 y, finalmente, en el artículo 330 Constitucional se reconoce que los territorios indígenas estarán gobernados según usos y costumbres.

Como ya se ha expuesto anteriormente, la Ley 21 de 1991 es la primera ley en Colombia que reguló el mecanismo de consulta previa y es el instrumento legal mediante el cual se ratificó el Convenio 169 de la OIT.

Posteriormente, en la Ley 70 de 1993, que desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución, se reconoció a las comunidades afrodescendientes la consulta como mecanismos para su protección física y cultural y, en el artículo 22, para su procedencia se señalan las siguientes causales: *i)* cuando se pretenda establecer un plan de manejo de parques nacionales en donde haya territorio o comunidades afrodescendientes; *ii)* cuando se pretenden establecer programas de formación o educación especial para comunidades negras y *(iii)* cuando se requiera seleccionar los integrantes que representaran las comunidades negras en la unidad de gestión para los fondos estatales de inversión social.

En el mismo año y reconociendo la presencia de comunidades étnicas en zonas de interés para la explotación de recursos naturales, se expidió la Ley 99 de 1993,

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-068 de 2013, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13 de febrero de 2013.

que en su artículo 76 establece que la explotación de los recursos naturales en zona de influencia indígena y de comunidades afrodescendientes, deberá realizarse sin desmedro de la integridad cultural y previa consulta.

Así mismo, se promulgó la Ley 165 de 1994, la cual contiene el Convenio de Diversidad Biológica para el caso de permisos de Investigación Científica (conocimientos asociados a la biodiversidad), en el cual, se establece la participación y aprobación de las comunidades étnicas para mantener los conocimientos, innovaciones y las practicas indígenas y locales para la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad.

El primer decreto que reguló la consulta previa, como un mecanismo independiente dentro del ordenamiento jurídico, fue el Decreto 1745 de 1995 que en el parágrafo 2 del artículo 15 dispuso que corresponde a una comisión técnica especial dispuesta dentro de cada territorio de comunidades afrodescendientes, adelantar este procedimiento en casos de otorgamiento de licencia ambiental, concesión o permiso, contratos que tenga como objeto el aprovechamiento de recursos naturales y cuando se pretenda el acceso al recurso geográfico ubicado en comunidades negras.

Así mismo, en un esfuerzo del Gobierno Nacional para lograr escuchar a las comunidades étnicas se expidió el Decreto 1396 de 1996, que en su artículo 11 establece como objeto de crear la Mesa de Concertación de Pueblos Indígenas, cuyo objeto es concertar entre éstos 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.

Por otra parte, y en un esfuerzo para establecer el procedimiento mediante el cual realizar las consultas previas, se expidió el Decreto 1320 de 1998, que reglamenta la consulta previa con las comunidades étnicas y afrodescendientes para la

explotación de los recursos naturales, siendo este el primer instrumento jurídico que se preocupó por desarrollar el procedimiento para realizar una consulta previa. Debe resaltarse en este punto que, esta norma ha tenido objeciones por no haber sido objeto de consulta previa ante las comunidades étnicas⁴⁶, además para nuestro objeto de estudio, este documento no define cuales son las consecuencias de la consulta cuando se niega lo solicitado por parte de las comunidades étnicamente diferentes.

Frente al Sistema Subsidiado en Salud para comunidades indígenas y la elección de su entidad prestadora de servicios se expidió la Ley 691 de 2001, la cual establece cómo se elegirá colectivamente a la EPS-S que atenderá desde el sistema de salud a las comunidades indígenas, dejando por sentado que es bajo sus usos y costumbres.

También es importante mencionar el Decreto 200 de 2003, por el cual se determinaron los objetivos y la estructura del Ministerio del Interior y de Justicia, en el que se estableció que a este ente le corresponde, a través de la Dirección de Etnias (Hoy Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías), coordinar interinstitucionalmente la realización de la consulta previa.

Respecto a la adopción de niños indígenas se sancionó la Ley 1098 de 2006, que en su artículo 70 establece que cuando el adoptante no es del territorio indígena se hace necesaria la consulta previa para la adopción de un niño, niña o adolescente indígena.

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-383 DE 2003, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, 13 de mayo de 2003. "En la Sentencia SU-383 de 2003 la Corte puso de presente que 'por haber expedido el Decreto 1320 de 1998 sin recurrir a la consulta previa y debido a que la consulta que la norma diseña no se ajusta a los dictados del Convenio 169, las reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y por la Central Unitaria de Trabajadores ante la Oficina Internacional del Trabajo fueron admitidas por el Consejo de Administración por recomendación de la Mesa –276^a y 277^a reuniones- y culminaron con la aprobación, por parte del Consejo de Administración, de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, las que coinciden en la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998".

Teniendo en cuenta las dificultades y desconocimiento⁴⁷ respecto al procedimiento de la consulta previa⁴⁸ se expidió la Directiva 001 de 2010 de la Presidencia de la Republica, mediante la cual se consignan instrucciones para el respeto al derecho fundamental a la consulta previa, correspondiendo con lo estipulado en el Convención 169 de la OIT y el Decreto 1320 de 1998; sin embargo en este documento no se define cual es la consecuencia de la negativa de la comunidad étnicamente diferente sobre lo consultado, solo se limita a decir que en algunas ocasiones se debe solicitar el consentimiento de las comunidades según la jurisprudencia.

Debido al esfuerzo estatal relacionado con la reparación de la víctimas del conflicto armado se promulgó la Ley 1448 de 2011 que, en su artículo 205, estableció la obligatoriedad de hacer la consulta previa para la expedición de normas que pudieran afectar a las comunidades que serían beneficiarias de la política diferencial que debía expedirse mediante decretos con fuerza de ley para su atención, asistencia y reparación integral a víctimas indígenas, ROM, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

En consecuencia y respetando el derecho a la consulta previa se expidió el Decreto Ley 4633 de 2011, que en sus artículos 27 #2 114, literal L 126, 127, 128,

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 737 de 2005, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, 14 de julio de 2005; en la cual se consignó lo siguiente: “En este contexto, debe señalarse que al no haberse hecho la consulta previa por parte del Estado para la expedición del Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamentaba el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales en su territorio, llevó a que el Informe del Comité de Expertos de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT aceptará unas reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y la Central Unitaria de Trabajadores, en la que recomendó al Gobierno nacional modificar el decreto 1320 de 1998, adecuándolo al Convenio 169, para lo cual deberá consultar de manera previa con los pueblos indígenas de Colombia. Igualmente instó al Gobierno para que estableciera “consultas en cada caso concreto, conjuntamente con los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, o antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-562 de 1998, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, del 10 de noviembre de 1998; la cual en su resuelve 4 establece “ORDENAR a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que inapliquen del Decreto 1320 de 1998 en este proceso de consulta, pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991”

133, #2 175 consagró el Derecho de la Consulta Previa, para establecer el Programa de Reparación Integral Colectiva. Así mismo, el numeral 1 de artículo 46 determinó como un daño colectivo a las Comunidades indígenas la realización de consultas previas de manera inadecuada o su omisión.

Por otra parte, en un esfuerzo para regular las Entidades Territoriales Indígenas se expidió el Decreto 1953 de 2014, instrumento jurídico mediante el cual se pretende dar vida a las Entidades Territoriales Indígenas de manera transitoria en espera el trámite del proyecto que regula las Entidades Territoriales Indígenas. En esta disposición jurídica se exigió la consulta previa para temas como la administración del Programa Semillas de Vida o Primera infancia en territorios no certificados y administración de recursos de la educación.

Ahora, en cuanto a la regulación más reciente tenemos que, en búsqueda de lograr una interacción coordinada entre las entidades encargadas de realizar las consultas previas, se expidió la Directiva Presidencial 010 de 2013, por medio de la cual se creó el protocolo denominado "*Guía para la realización de Consulta Previa con Comunidades étnicas*". Esta guía deberá ser aplicada por las entidades de la rama ejecutiva en donde se registre presencia de este tipo de comunidades, con el objeto de coordinar interinstitucionalmente las entidades públicas involucradas, a efectos de garantizar la integración de las competencias correspondientes y la distribución eficaz de los recursos, así como la eficiente circulación de la información relevante, la transparencia en los procesos, y permitir el seguimiento al cumplimiento de los deberes de las entidades responsables.

Finalmente, mediante el Decreto 2613 de 2013, se adoptó el protocolo de Coordinación interinstitucional para la consulta previa como mecanismo de coordinación entre las entidades públicas, destinado a facilitar el enlace de las responsabilidades correspondiente y a compartir criterios e información actualizada que sirvan de soportes para la expedición de las certificaciones de presencia de comunidades étnicas y para el desarrollo mismo de la Consulta

Previa, el cual había sido creado inicialmente en la Directiva Presidencial 010 de 2013.

2. DEBATE EN TORNO A PROYECTOS DE DESARROLLO CON ALGUNA AFECTACIÓN A COMUNIDADES INDÍGENAS.

El Estado en procura de garantizar el bienestar general, la prestación eficiente de los servicios públicos y el desarrollo del pueblo colombiano, crea en todo su territorio obras de infraestructura como puentes, hidroeléctricas, carreteras, oleoductos, dragados, entre otros; de igual manera, autoriza la exploración y explotación a de minas de materiales renovables y no renovables; todo esto con el fin de permitir la mayor calidad de vida para el pueblo colombiano. Sin embargo, en muchas de las políticas de desarrollo, se vulneran los territorios o identidad de los pueblos indígenas, por lo cual se plantea la discusión sobre si debe primar el interés general representado en la capacidad de tomar decisiones respecto las políticas Estatales que benefician a la población mayoritaria, o si se debe privilegiar la protección integral a las comunidades étnicas.

Lo anterior, se puede constatar con la publicación de la revista Semana de febrero de 2012, en la que se evidencian los roces entre el desarrollo estatal y el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas, de la siguiente manera:

“los abusos y negligencias para cumplir con el requisito de consultar a las minorías étnicas han sido el verdadero palo en la rueda del desarrollo del país. Por su parte, el diario más extendido en Colombia, El Tiempo, tituló un año después “Consultas con minorías étnicas paralizan la agenda estatal” y citó al entonces Ministro de Agricultura Juan Camilo Restrepo quien afirmó que las consultas se convirtieron en algo “laberintico, interminable y costosísimo que ha hecho crisis.”⁴⁹

⁴⁹ SALINAS, Natalia Orduz. La Consulta Previa en Colombia, 2014. Pág. 24.

2.1. Proyectos de desarrollo que generan impacto sobre comunidades étnicas

Para darnos una idea sobre qué actividades en las que se encuentra el debate sobre los derechos a la comunidad y la potestad decisoria estatal en representación del interés general, es preciso recurrir a algunos casos en particular en los que se presenta esta situación.

Así, en la Sentencia T-605 de 2016 de la Honorable Corte Constitucional, relacionada con un proyecto para la construcción de un gasoducto se constató que en el área de influencia del proyecto se hallaba únicamente la presencia de la parcialidad indígena La Peñata y no se pronunció sobre la presencia de indígenas Maisheshe La Chivera y La Piche, concediéndose la licencia para la ejecución y operación del referido gasoducto por parte de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales. La comunidad manifestó que no fue tenida en cuenta para la expedición de la certificación y, en otro expediente de la misma tutela, el Cabildo Menor Indígena La Piche de Toluviejo, pidió amparo porque se ejecutaban obras del proyecto "gasoducto Loop San Mateo-Mamonal" sin haberse agotado el proceso de consulta previa.

Frente a la situación planteada, el Alto Tribunal señaló que los Proyectos de construcción de vías producen afectación directa en las comunidades étnicas o tribales cuando tales programas intervienen los territorios titulados de esas comunidades, zonas que incluyen las áreas necesarias para su desarrollo espiritual, ritual, económico y social. Así mismo, aclaró que los proyectos de infraestructura pueden afectar a comunidades étnicas que se encuentren en el área de influencia de estas obras; es decir que las comunidades se pueden afectar porque las obras de infraestructura vial pasen sobre el territorio titulado de las comunidades o sobre las franjas que han sido ocupadas ancestralmente y que

constituyen el ámbito tradicional de sus actividades, sociales, económicas, religiosos y espirituales⁵⁰.

Por su parte, cuando la Honorable Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 (inciso 3°), 35, 37, 41, 48, 59, 78, 79, 122 (inciso 2°) y 131 de la Ley 685 de 2001 *“Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”* y contra el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 *“Por la cual se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”*, dejó sentado que en la actividad de exploración y explotación minera, para el caso Colombiano, convergen diversos factores de riesgos para la vigencia de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas. También señaló que aunque se trata de una actividad legal sometida a fuertes regulaciones, la experiencia histórica ha demostrado que los proyectos mineros son especialmente sensibles a acciones como la incursión de grupos armados ilegales, el desplazamiento forzado de las comunidades que habitan las zonas afectadas y la contaminación del medio ambiente, riesgos que para la Corte, lastimosamente son connaturales a la actividad minera, exigen un especial deber de garantía de la consulta previa a las comunidades étnicas y afrodescendientes⁵¹.

En el mismo sentido, la Honorable Corte Constitucional, en la sentencia C-371 de 2014, recopiló algunas decisiones, en las cuales se protegió el derecho fundamental a la consulta previa por no haberse cumplido este derecho de manera previa antes de ejecutar proyectos de desarrollo tales como construcción de represas⁵², contratos de concesión para la explotación de minas⁵³ y concesiones

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-605/2016, Magistrado Ponente GLORIA ESTELLA ORTIZ DELGADO, 02 de noviembre de 2016.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-395/12, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 30 de mayo de 2012.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-652 de 1998, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, 10 de noviembre de 1998.

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-769 de 2009; Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, 29 de octubre de 2009.

mineras⁵⁴, construcción de infraestructura portuaria⁵⁵, construcción de carreteras⁵⁶, entre otros, que sirven como ejemplos de la disputa entre el interés general que defiende el Estado y los derechos de las Comunidades étnicas.

En el mismo sentido, en la sentencia T-049 de 2013, se advirtió que una medida administrativa, como lo es definir el pensum de las instituciones educativas, siempre que influye en las comunidades étnicas debe someterse a consulta previa, por lo que la Corte tuteló los derechos a la consulta previa y a la cultura, entre otros, de la comunidad indígena Páez de la Gaitana, departamento del Cauca, en la medida en que la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes, institución que atendía un porcentaje importante de miembros de la comunidad, había sido declarada establecimiento educativo oficial por el Decreto 0591 de 2009, siendo excluida de la política de etnoeducación, sin que se consultara previamente a la comunidad. La Corte aclaró que, “al tenor del artículo 6 del Convenio 169 de OIT, la obligación de adelantar la consulta previa se activa en presencia de cualquier medida que afecte directamente a unas comunidades étnicas y no solamente con aquellas que se ejecuten en su territorio”⁵⁷.

En ese sentido y no menos importante, es reconocer que la consulta previa genera dificultades en la aceptación por el no reconocimiento de que somos una nación multiétnica o multicultural, lo cual es reconocido por Libardo Ariza quien manifiesta que “el reconocimiento y la desconfianza son dos principios que orientan el comportamiento y la toma de decisiones por parte de funcionarios públicos”, y arreglon seguido manifiesta la tensión se puede observar en micro espacios (...),

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1045A de 2010, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, 14 de diciembre de 2010.

⁵⁵ Corte Constitucional, T-547 de 2010, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 01 de julio de 2010.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-129 de 2011, Magistrado Ponente, Jorge Iván Palacio Palacio, del 03 de marzo de 2011T; Sentencia T-745 de 2010, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, 14 de septiembre de 2010.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-049 de 2013, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 05 de febrero de 2013.

pasando por los espacio de toma de decisión como la consulta previa en donde se debe establecer la vocería y representación del sujeto consultado”⁵⁸, lo cual quiere decir que existe resistencia a la aplicación de esta figura; siendo así se agrava con la falta de regulación de este mecanismo como lo resalta Mauricio García *“la falta de reglamentación de esta figura por parte del legislador ha hecho que sea la Corte Constitucional la doliente en este asunto y la que desarrolla el tema, en contravía con las visiones desarrollistas imperantes en el gobierno”*⁵⁹; además de las demás dificultades en factores económicos, y políticos que genera el otorgar el derecho a la consulta Previa a las comunidades indígenas por cada plan, proyecto o actividad que se pretenda ejecutar en su territorio o los afecte de manera directa.

De lo anterior, logramos evidenciar que el poder del Estado representado en la capacidad de tomar sus propias decisiones unilateralmente, en procura de mejorar la calidad de vida de sus habitantes, a través de proyectos de desarrollo que pueden ser la construcción de carreteras, hidroeléctricas, oleoductos, dragados entre otros; pueden llegar a tener un impacto directo en las comunidades étnicas, como pueden ser la explotación de sitios de especial connotación cultural, la contaminación de aguas, talado de bosques sagrados, el ingreso de trabajadores con otras formas de pensar a su territorio, el desplazamiento de las comunidades étnicas, el establecimiento de programas de educación contrarios a su cosmovisión, entre muchas otras afectaciones a las comunidades étnicas; estos puntos de vista generan un dilema para el Estado entre prevalecer los fines estatales a favor de la comunidad general o proteger los derechos de las minorías étnicas amenazados. Frente a este dilema a continuación presentamos los análisis realizados por la Corte Constitucional.

⁵⁸ ARIZA, Libardo. Revista de Derecho Indígena, “Malicia Indígena”: EL reconocimiento y la desconfianza en la puesta en marcha del Régimen multicultural en Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, 2013. Pag. 10 a 12.

⁵⁹ GARCIA, Mauricio. Derecho a falta de democracia: la jurisdicción del régimen político Colombiano. Bogotá: Universidad Nacional revista Análisis Político N. 82, 2014. Pag. 184.

2.2. Consulta previa y la tensión de derechos generada por proyectos de desarrollo que puedan ocasionar afectaciones directas a comunidades étnicas.

La prevalencia del interés general puede llegar a efectivizarse a través de la capacidad decisoria del Estado, la misma que en determinados casos puede llegar a interferir con el respeto y protección de la integridad de las comunidades étnicas. Al respecto la honorable Corte Constitucional ha establecido que se debe buscar un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país, el cual incluye la explotación y exploración de recursos naturales no renovables, y la preservación de dicha integridad étnica, como garantía de su subsistencia⁶⁰.

De igual manera, el derecho a la Consulta Previa y al auto gobierno se encuentra en tensión, con el derecho a que el Estado es propietario del subsuelo y recursos naturales no renovables, derecho a la libertad de movimiento, y la prevalencia del interés general⁶¹

Así entonces, en medio de estos proyectos no solo se debe analizar la visión de desarrollo impulsada por el Estado, sino también se debe considerar la especial protección de estas comunidades y su forma de ver el mundo o cosmovisión, donde también se debe incluir y garantizar el progreso de esta comunidad.

Ahora bien, ya que los derechos étnicos y culturales de estas comunidades, pueden llegar a ser un límite material a las acciones del Estado, incluyendo la construcción de un plan de desarrollo; solo la participación efectiva de esta, puede ser la herramienta con la cual se acerquen y prioricen los objetivos que buscan el

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-1045A de 2010, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, 01 de diciembre de 2010.

⁶¹ BONILLA, Daniel, Constitucionalismo del Sur Global. Bogotá: Siglo del Hombre editores, 2013. Pag. 315.

ejecutivo y las comunidades étnicas⁶²; siendo el mecanismo idóneo la consulta previa, por lo cual, no cabe duda que su realización es imperativa.

Ahora, reconociendo que existe la obligatoriedad de realizar consulta previa cada vez que un proyecto de desarrollo afecte a comunidades étnicas de manera directa; se hace necesario respondernos ¿cuándo esa decisión que toma la comunidad indígena dentro del proceso de consulta previa es de obligatorio acatamiento para el Estado? y ¿cuándo el Estado a pesar de la decisión negativa de la comunidad queda con la potestad de decidir si la medida o proyecto de desarrollo se ejecutará?, lo cual definiremos en el siguiente capítulo.

2.3 Tratamiento internacional a proyectos de desarrollos que afectan a comunidades indígenas

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, fundamentándose en la Convención Americana de Derechos Humanos ha construido los contenidos de los derechos de los pueblos étnicos, enfocándose principalmente en la propiedad colectiva de sus tierras, territorios ancestrales y los recursos naturaleza que en ellos existen; así mismo, ha resaltado que los derechos territoriales se relacionan con “el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida⁶³. Razones que han reconocido el derecho a la participación de las comunidades étnicamente diferentes a través de la Consulta Previa y el Consentimiento previo, Libre e Informado, aclarando que estos no se limitan exclusivamente a derechos

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-129 de 2011, Magistrado Ponente, Jorge Iván Palacio Palacio, del 03 de marzo de 2011.

⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay, Fondo, reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

sobre la propiedad, sino también aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tiene un impacto sobre derechos o intereses de estos pueblos, especialmente en proyectos de desarrollo a gran escala como la explotación minera y de hidrocarburos, construcción de carreteras, canales, represas, hidroeléctricas, puertos, complejos turísticos, parques eólicos o similares⁶⁴, frente a ello, la Corte Interamericana ha establecido a partir de los artículos 21 y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los estándares mínimos de protección a las comunidades indígenas cuando se encuentran frente a planes y Proyectos de extracción o de Desarrollo, especificando que la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional⁶⁵, a pesar de que no esté expresamente en la Convención americana de Derechos Humanos⁶⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha identificado frente a estos Proyectos de Desarrollo, tres condiciones obligatorias para que un Estado pueda aprobar un Proyecto, la primera es, el cumplimiento del derecho internacional sobre la expropiación, como se estipula en el artículo 21 de la Convención Americana; el segundo es, la no aprobación de proyectos que puedan amenazar la supervivencia física o cultural del grupo; y por último, la aprobación sólo después de asegurar su participación efectiva de un estudio previo de impacto ambiental y social realizado con la participación indígena⁶⁷.

Una de las obligaciones principales o más importantes es el deber de asegurar que las restricciones al uso goce de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas no impliquen una denegación de su supervivencia física y

⁶⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo; 31 de diciembre de 2015. Pág. 81.

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Fondo y reparaciones del Caso Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador, 27 de junio de 2012 Serie C N. 245

⁶⁶ ARIZA, Rosembert. Pueblos indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogota: Editorial Universidad del Rosario, 2013. Pag. 129.

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO SHUMANOS, Sentencia Caso del Pueblo Saramaka

cultural; en ese sentido la Corte Interamericana estableció que “la supervivencia no se identifica con la mera subsistencia física, sino que debe ser entendida como la capacidad de los pueblos indígenas de preservar, proteger y garantizar la relación especial que tiene con su territorio, de tal forma que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural , estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (...)”⁶⁸, en este sentido la supervivencia en el sentido amplio descrito es la primera garantía que los Estados deben asegurar antes de la aprobación de cualquier proyecto de desarrollo o extractivo que pudiera afectar a las comunidades étnicas.

La segunda obligación reconocido por la Corte Interamericana es garantizar que exista una participación efectiva de los pueblos étnicos que se verían perjudicados por la implementación de un proyecto de desarrollo, en palabras de este tribunal “la participación efectiva consiste precisamente en el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo en su territorio”⁶⁹; es este sentido se ha establecido que la Consulta previa que deben realizar los Estados no es solo un simple trámite, ni solo procesos de socialización, por eso se ha enfatizado en que “la obligación de consultar es responsabilidad el Estado, por lo que la planificación realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta”⁷⁰.

⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, interpretación de la sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Saramaka Vs Surinam, 12 de agosto de 2008 Serie C N. 185.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Saramaka Vs Surinam, 28 de noviembre de 2007 Serie C N. 172.

⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Fondo y reparaciones del Caso Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador, 27 de junio de 2012 Serie C N. 245.

Así mismo se ha resaltado por el tribunal interamericano de derechos humanos que el objetivo de todo proceso consultivo debe ser llegar a un acuerdo y obtener un consentimiento⁷¹, sin embargo, se ha precisado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que “el hecho de que el consentimiento de los pueblos indígenas no se exija al término de todos los procesos de consulta no implica que el deber estatal de consulta se limite al cumplimiento de procedimientos formales”; es decir, que se pretende que las comunidades indígenas tengan la posibilidad de intervenir e influir en la decisión que los afecta, y en consecuencia este procedimiento debe ser respetuoso desde el inicio con las comunidades étnicas y que no sea un trámite iniciado de manera formal y dispuesto a fracasar, sino que por el contrario pretenda lograr un acuerdo u obtener el consentimiento de la comunidad étnica consultada, bajo los principios de buena fe, respeto mutuo y que sea adecuado culturalmente.

Además de ello, se han reconocido que en algunos eventos no solo es exigible la consulta previa sino que se hace necesario obtener de las comunidades el Consentimiento, en ese tenor el Tribunal interamericano de Derechos Humanos ha manifestado que, “Cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio (indígena o tribal), el Estado tiene la obligación, no solo de consultar, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de este, según sus costumbres y tradiciones”⁷², en este caso se habla de que la afectación sobre la comunidad indígena tiene que ser de gran escala de tal magnitud que su impacto haga inevitable la intervención del Estado para obtener el Consentimiento de la Comunidad afectada.

Uno de los requisitos importantes para la legitimidad y legalidad de la Consulta es que debe ser Previa, o como lo dice la Corte Interamericana de Derechos

⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Saramaka Vs Surinam, 28 de noviembre de 2007 Serie C N. 172.

⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Saramaka Vs Surinam, 28 de noviembre de 2007 Serie C N. 172.

Humanos “lo que supone se realice desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”⁷³

La adecuación del proceso de Consulta Previa, también es un deber ineludible para los estados y particulares que promueven este procedimiento, por ello todas sus etapas desde la planeación deben ir acorde a las costumbres indígenas, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha dicho que “todos los asuntos relacionados al proceso de consulta (...) deberán ser determinados y resueltos por el pueblo (indígena o tribal) (...) de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales”⁷⁴

Otro mínimo que deben cumplir los Estados respecto la consulta previa, es entregar a la comunidad consultada toda la información que se tiene del proyecto en lo positivo y negativo, como bien lo dice el alto tribunal interamericano de la siguiente manera “El Estado debe asegurarse de que los pueblos tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”⁷⁵, así mismo ha sentado que “Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes.”⁷⁶

Así mismo, la buena fe es un requisito infranqueable de la consulta previa, lo cual es expuesto en palabras del Tribunal Interamericano de la siguiente manera “la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de

⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador, 287 de junio de 2012 Serie C N. 245.

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Interpretación de la sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Saramaka Vs Surinam, 12 de agosto de 2008 Serie C N. 185.

⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Saramaka Vs Surinam, 28 de noviembre de 2007 Serie C N. 172.

⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Saramaka Vs Surinam, 28 de noviembre de 2007 Serie C N. 172

agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. Del mismo modo, la normatividad y la jurisprudencia nacional de Estados de la región se han referido a este requisito de buena fe”⁷⁷

También es un requisito que la Consulta debe ser libre, es decir que no exista ningún tipo de fuerza en contra de la comunidad consultada, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha dicho así “la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia”⁷⁸

Así mismo, es de gran importancia que el Estado o los particulares interesados en establecer o realizar el proyecto de desarrollo que afecta a las comunidades, al momento de realizar la consulta, lo hagan a través de la comprensión de las costumbres de estas comunidades, bien lo dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente manera “Este Tribunal estableció en otros casos que las consultas a Pueblos indígenas deben Realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus Propias tradiciones. Por su lado, el Convenio N° 169 de la OIT dispone que “los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”, así como tomar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos

⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Pueblo kichwa de Sarayaku Vs Ecuador, 27 de junio de 2012 Serie C N. 245

⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador, 28 de junio de 2012 Serie C N. 245.

legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena”⁷⁹, con lo cual se pretende que la información y la comunicación de los participantes en la Consulta llegue de la manera más eficaz y se haga el procedimiento sin vulneración de las cosmovisiones de las partes intervinientes. En este sentido es igualmente importante resaltar que la afectación la coerción o asesinatos a líderes legítimos, genera la falta de representación culturalmente adecuada como sucedió en el caso Chitay Nech y Otros Vs Guatemala, donde el alto tribunal consideró que la persecución y posterior asesinato de un líder indígena provocó que la comunidad se vea “privada de la representación de uno de sus líderes en diversos ámbitos de su estructura social , y principalmente en el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, donde la representación de grupos en situaciones de desigualdad resulta ser un prerrequisito necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático”⁸⁰.

De igual manera, es una garantía para las comunidades indígenas consultadas que se realice un estudio previo de impacto social y ambiental del proyecto de desarrollo a ejecutar, dicho estudio requiere que sea llevado a cabo por entidades independientes y técnicamente capaces bajo la supervisión del Estado, así mismo deben Los Estudios de Impacto Social y Ambiental, tomar en cuenta o evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de estos estudios no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también, como se señaló en el párrafo de la Sentencia Caso

⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Pueblo kichwa de Sarayaku Vs Ecuador, 27 de junio de 2012 Serie C N. 245

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Chitay Nech y otros Vs Guatemala, 25 de mayo de 2010 Serie C N. 212.

Saramaka Vs Surinam “asegurar que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”⁸¹; así mismo, “uno de los factores que debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales”⁸².

De igual manera el derecho a la participación razonable en los beneficios del proyecto, es un tema ineludible a favor de las comunidades, el Tribunal interamericano ha considerado que “el concepto de compartir los beneficios (...) es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención” y “se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”⁸³, para ello este mismo tribunal ha sentado que es el mismo pueblo indígena que define dentro de su tradición quienes serán los beneficiarios de esa compensación⁸⁴.

En este capítulo hemos expuestos los daños que pueden causar los Proyectos de desarrollo, o de actividades extractivas en los Pueblos étnicos, frente a ello expusimos de igual manera como la Corte Interamericana ha establecidos unos

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Interpretación de la sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Saramaka Vs Surinam, 12 de agosto de 2008 Serie C N. 185.

⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Interpretación de la sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Saramaka Vs Surinam, 12 de agosto de 2008 Serie C N. 185.

⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Saramaka Vs Surinam, 28 de noviembre de 2007 Serie C N. 172.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Interpretación de la sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Saramaka Vs Surinam, 12 de agosto de 2008 Serie C N. 185.

estándares mínimos para la realización de la Consulta previa; en ese sentido es importante ver como en Colombia este derecho ha evolucionado a través de la Corte Constitucional, lo cual expondremos en detalle en el siguiente capítulo.

3. SIMPLE PARTICIPACIÓN; CONSULTA PREVIA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO COMO DERECHOS DE PUEBLOS ÉTNICOS.

Es importante para el objeto de nuestro estudio, recordar la clasificación de filosofía política que subyace en las formas de participación que permite el Estado; entre ellas el modelo monista liberal multicultural, que se basa en una estructura única de la comunidad política, cuya consecuencia es que las decisiones de las instituciones nacionales predominan sobre las minorías culturales, es decir no se incluye derecho al veto, por ello sus críticas radican en no permitir controlar las diferencias de poder que efectivamente existen entre las partes que entran en dialogo (minorías consultadas y órganos del Estado), de igual manera es negativo porque en este modelo se consideran secundarias las consecuencias que tiene el fracaso del dialogo sobre las minorías, y es parcializado pues se compromete con la regla de las mayorías reconociendo escasos espacio de expresión de las minorías. El segundo, modelo es el modelo liberal procedimental monista, el cual conecta el derecho a la consulta previa con el derecho a la propiedad y a la intimidad, en este caso se privilegia nuevamente los intereses del Estado por encima de los presentados por las minorías culturales de igual manera es criticado este modelo por la violación a la igualdad pues no prevé mecanismos para controlar las diferencias de poder entre las partes, resta importancia a las consecuencias del fracaso del dialogo, se compromete con las mayorías, y por último en este caso la cultura no es de interés del gobierno pues es solo interés de una de las partes; y el último modelo es el multicultural pluralista, el cual permite el veto de las decisiones de la mayoría en casos extremos y acepta que en casos no

extremos la decisión que tome el gobierno deba imponérsele a las minorías culturales⁸⁵.

La Corte Constitucional ha reconocido que las comunidades étnicas tienen tres espacios de participación, mediante los cuales pueden presentar sus observaciones o defensas a los derechos frente a las medidas, proyectos o programas que consideren los pueden afectar⁸⁶.

La primera es la *simple participación*, donde las medidas administrativas o legislativas que puedan afectar las comunidades, como cualquier ciudadano Colombiano, es decir no existen una afectación directa a las comunidades étnicas; en segundo lugar, la *consulta popular*, en los casos en los que las comunidades indígenas estén frente a medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlas de forma directa el Estado está obligado a garantizar la realización de una consulta previa con todas la garantías constitucionales y, finalmente, el *consentimiento previo, libre e informado* que se presenta, a criterio de la Corte Constitucional, cuando se presenten posibles afectaciones a las comunidades étnicas, que tienen la particularidad de ser directas e intensas, para salvaguardar los más altos intereses de estos pueblos, incluyendo proteger su propia existencia física y cultural, en estos casos se hace necesario exigir al Estado que a través de un proceso de consulta previa se recoja como necesidad el consentimiento previo, libre e informado⁸⁷.

⁸⁵ BONILLA, Daniel. Constitucionalismo del Sur Global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2013. Pag. 347 a 356.

⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 097 de 2017, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 26 de febrero de 2017.

⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-661 de 2015, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 23 de diciembre de 2015. La participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así:

1. La simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen,
2. La consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente;
3. El consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.

Para un mayor análisis de los espacios de participación de las comunidades étnicas en proyectos de desarrollo que los afecten o que potencialmente puedan afectarlos teniendo en cuenta la finalidad de la investigación que se plantea, describimos a continuación las características de los procedimientos que las comunidades étnicas tienen a su favor para realizar las observaciones y defensa de sus derechos.

3.1. Simple participación de las comunidades étnicas

La Constitución Política reconoció el principio de participación como un pilar democrático, con el objeto de que los ciudadanos puedan participar directamente en el ejercicio y control del poder Político. Por ello, el concepto de democracia participativa, en la sentencia T-540 de 1992, señala que la participación exige la intervención de los ciudadanos en todas las actividades confiadas a las gobernantes y reconoce que sin la participación activa de los ciudadanos en el gobierno de los propios asuntos el Estado se expone a una pérdida irrecuperable de legitimidad como consecuencia de su inactividad frente a las cambiantes y particulares necesidades de los diferentes sectores de la sociedad.

En ese sentido, la Constitución reconoce tres ámbitos de aplicación de los derecho provenientes del principio de participación que son: *i)* cuando el ciudadano interviene para ordenar, estructurar e integrar el poder político (conformación); *ii)* al practicar, desplegar o manifestar la titularidad del poder político, el ciudadano interviene para poder estructurar el poder político (ejercicio) y *iii)* para vigilar, explora y examinar la gestión de los órgano que expresan institucionalmente el poder político (control)⁸⁸.

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-150 de 15, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, abril 8 de 2015.

La importancia de la democracia y el principio democrático ha generado la expedición de normas estatutarias como la Ley 131 de 1994, por medio de la cual se reglamentó el voto programático; la Ley 134 de 1994, que regula los diferentes mecanismos de participación ciudadana entre ellas la iniciativa normativa, el referendo, la consulta popular, el plebiscito, la revocatoria del mandato; la Ley 741 de 2002, que modifica el voto programático y revocatoria del mandato; la Ley 850 de 2003, que regula lo atinente a las veedurías; la Ley 1622 de 2013, por medio de la cual se adoptó el Estatuto de Ciudadanía Juvenil; la Ley 1755 de 2015 mediante la cual se regula el derecho fundamental de petición; la Ley 1757 de 2015 mediante la cual instauran disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática, entre otras más. Todas las normas antes referidas crean mecanismos para la participación de los ciudadanos en el poder público y desarrollo del principio democrático.

Haciendo uso de las leyes antes citadas, las comunidades étnicas pueden ejercer el derecho a la participación consagrado en los artículos 2 y 40 numeral 2 de la Constitución Política, como lo haría la generalidad de la población, es decir haciendo uso de los distintos mecanismos de participación, inclusive de las acciones constitucionales, legales y medios de control pertinentes, cuando existan medidas, planes, programas o proyectos que afecten a las comunidades étnicas de manera general, sin que llegue a ser un impacto directo en su territorio, derechos e identidad de manera directa.

En este espacio las comunidades no tienen ningún tipo de poder de veto y se encuentran inmersas dentro de las condiciones estatales, por lo cual podríamos decir que se está en el modelo liberal monista de participación, sus condiciones son en pie de igualdad con cualquier ciudadano, las consecuencias de la decisión que al final toman las mayorías no tiene análisis de las consecuencias sobre las minorías, quienes solo deben aceptar sus decisiones.

3.2. Consulta previa

La Consulta previa es el derecho fundamental que tiene 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 participación⁸⁹.

Dentro de la Constitución Colombiana se establecieron principios a favor de las comunidades étnicas que se concretan dentro de la consulta previa, a saber, participación democrática, autonomía de los pueblos indígenas, justicia ambiental, libre autodeterminación de los pueblos y subsistencia mínima⁹⁰. De ahí la trascendencia jurídica de esta figura, que se ha convertido en la principal herramienta para la defensa de sus derechos y cosmovisión de estos grupos étnicos, razón por la cual la Corte Constitucional reconoció el derecho a la consulta previa como un derecho de carácter fundamental para las comunidades étnicas y tribales, susceptible de protección constitucional⁹¹.

⁸⁹ RODRIGUEZ, Gloria Amparo, Consulta Previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia, Cap. II. La Consulta Previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia. Pág. 36 y 37.

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-389/2016, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, 27 de julio de 2016. “La consulta previa es, en la jurisprudencia constitucional colombiana, un derecho complejo que concreta los principios de democracia participativa, autodeterminación y autonomía de los pueblos y justicia ambiental”.

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-678/2011, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez, 12 de septiembre de 2011. “La Corte ha reconocido que se trata de un derecho fundamental autónomo, que se concreta asegurando la participación de los pueblos originarios en las decisiones que puedan afectar su integridad cultural, social y económica”.

El concepto de consulta previa, no se ha establecido en ninguna disposición jurídica, sin embargo, se ha ido decantando y se consigna de la siguiente manera:

Es el proceso mediante el cual el Estado garantiza a los grupos étnicos potencialmente implicados y a sus autoridades propias la activa participación y el acceso a la información sobre iniciativas o proyectos, tanto de contenido normativo como de otra naturaleza, entre ellas la exploración de recursos naturales y/o la construcción de obras civiles, que de manera directa afecten a sus comunidades o que deban tener lugar en el territorio que ellas ocupan o al cual se encuentren vinculadas⁹².

Como bien se ha expuesto para la procedencia de la obligatoriedad de la consulta previa se hace necesario identificar la existencia una afectación directa a las comunidades étnicas, debido a que no puede ser cualquier tipo de intervención, sino la que tenga la capacidad de tocar a las comunidades étnicas en sus derechos o intereses culturales, económicos, políticos, organizativos, sociales y de cualquier otra índole, con las condiciones de que sea directa la afectación⁹³ que genere la medida, programa, plan o proyecto que se pretende implementar.

Así mismo, el objetivo primordial de la consulta previa es lograr un acuerdo entre las comunidades, dentro un proceso de dialogo entre iguales. De no realizarse este procedimiento, la medida que se pretende implementar estará viciada por inconstitucionalidad y no debería entrar a ejecución hasta que se realice el proceso de consulta previa, con las características de que debe ser previo, realizarse de buena fe, con titulares idóneos, respeto a la autonomía de las comunidades étnicas, en condiciones flexibles y adecuadas a la comunidad indígena.

⁹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-764/15, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2015.

⁹³ Para efectos de la consulta, lo relevante es que la intervención avalada por la administración tenga la capacidad de generar la afectación directa a la que tantas veces se ha hecho referencia, y esa afectación puede ocurrir cuando la medida interviene una zona con presencia de minorías étnicas, independiente que aparezca como su propietario (T-678/2011)

Frente a este punto, la Corte Constitucional ha establecido tres sub-reglas que buscan permitir que la comunidad tome la mejor decisión obteniendo toda la información suficiente, con la cual pueda participar libremente y que su voz sea escuchada por las instituciones del Estado, determinadas como finalidades de la consulta previa:

1. Dotar a las comunidades de conocimiento pleno de los proyectos y/o decisiones que les conciernen directamente.
2. Ilustrar sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo de los elementos que constituye la base de su cohesión social, cultural económica y política.
3. Brindar la oportunidad para que, libremente y sin interferencia de extraños, valoren a consciencia las ventajas y desventajas del proyecto; ser oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que conciernen a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad de los proyectos⁹⁴.

La Consulta previa se soporta en la guía de 6 principios, a saber: el primero de ellos es que la obligaciones de organizar y adelantar la consulta previa esta en cabeza del Estado, no de los interesados en los proyectos de desarrollo; el segundo, es que el Estado debe pre consultar a las comunidades sobre cuál será el procedimiento para realizar la consulta previa conforme las costumbres de cada etnia; el tercer principio es, es que las comunidades directamente y través de sus representantes legítimos deben tener una participación efectiva; El cuarto,

⁹⁴ En cuanto a la finalidad del proceso de consulta y las características del mismo, la jurisprudencia ha precisado que la consulta previa debe propender a

1. Dotar a las comunidades de conocimiento pleno de los proyectos Y/o decisiones que les conciernen directamente;
2. Ilustrarlas sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo de los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política;
3. Brindarles las oportunidades para que libremente y sin interferencia de extraños valoren, a consciencia, las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que conciernen a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad de los proyectos (...) (T-384A/2014, C-371/2014)

principio es el acceso total a la información relacionada con los objetivos y contenidos del Proyecto; el quinto, es que las partes intervinientes deben actuar de buena fe, y no se debe reconocer como un trámite adversarial; y el sexto, es que las comunidades no tienen poder de veto, y la decisión en casos de no acuerdo por parte del Estado no puede ser arbitraria y se deben tomar las medidas necesarias para mitigar o compensar los daños⁹⁵.

Por su parte, el Estado Colombiano, con fundamento en el Convenio 169 de la OIT, adquirió ciertas obligaciones respecto a este mecanismo, dentro de las cuales se destaca el deber general en materia de consulta previa de asegurar una participación activa y efectiva de las comunidades con el objeto de obtener su consentimiento, cuando la medida representa una afectación intensa del derecho al territorio colectivo, es decir, es obligatoria previa a la implantación de la medida, política, plan o proyecto⁹⁶.

Así mismo, y como se analizará en detalle al realizar la línea jurisprudencial planteada, la Corte insiste en cualificar el objetivo de la consulta previa exigiendo que se persiga el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades afectadas por la realización del proyecto propuesto, naturalmente, no como resultado de una imposición, sino como fruto de la reflexión franca y transparente a la que se ha hecho referencia⁹⁷.

Previo al análisis del ámbito de aplicación y sus requisitos y partiendo del reconocimiento de la necesidad de la consulta previa en ciertos casos, es importante determinar quiénes son los titulares de este proceso de raigambre constitucional, con el objeto de garantizar la protección de todos los derechos fundamentales en juego.

⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-039 de 1997, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, 03 de febrero de 1997.

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-384A/2014, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 27 de junio de 2014.

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-164/2015, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2015.

La identificación de quiénes son las comunidades a las cuales se les debe hacer la consulta previa, después de establecer la posible afectación directa, genera muchas dificultades entre ellas la inconstitucionalidad por no realizarse a la comunidad indígena o tribal correcta, o hacerse con líderes o autoridades que no representan a dicha comunidad de manera legítima, o realizarse solo con una parte de la comunidad y no con la totalidad. Frente a estas dificultades, la honorable Corte Constitucional ha identificado unos criterios o pautas que permiten orientar la identificación de quiénes son titulares del derecho a la consulta previa y cuáles son sus autoridades legítimas para su realización, las cuales fueron consignadas en la sentencia T-294 de 2014 y reiteradas en la sentencia T-550 de 2015, de la siguiente manera:

1. Los derechos étnicos, como la consulta previa, no se predicán de individuos, sino de comunidades, las cuales, en tanto grupos humanos diversos, son titulares de derechos distintos de aquellos que se predicán de sus integrantes individualmente considerados.
2. La presencia de factores raciales, especiales o formales es relevante, pero no esencial para la atribución de derechos étnicos. Ni la raza, ni el hecho de que el grupo habite determinado territorio ni su reconocimiento formal por parte del Estado son criterios determinantes o excluyentes de la identidad étnica.
3. Las controversias sobre el carácter étnico de las comunidades que solicitan la protección de sus derechos colectivos deben resolverse considerando que no existen una definición acerca de lo que puede entenderse por pueblo tribal o indígena, sino unos criterios descriptivos de los sujetos a los que el marco internacional de protección pretende proteger.
4. El criterio más relevante para determinar si un pueblo o individuo puede ser considerado indígena o tribal es el de auto-identificación.

5. Como colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen una trayectoria social propia que se adapta a los cambios históricos y se reconfigura continuamente y que los derechos concedidos a las colectividades étnicamente diferenciadas no se pierden por hecho de que sus integrantes vivan con menos apego que otros a sus tradiciones culturales.

En ese sentido es claro que los titulares de la consulta previa son las comunidades étnicas, quienes se identificaran a través de un criterio relevante como es la auto-identificación como parte del grupo especial, más que por sus rasgos raciales, formales o su ubicación de residencia. Con lo cual queda sentado que la certificación que entrega la oficina de asuntos indígenas del Ministerio del Interior sobre la existencia o no de comunidades étnicas en un territorio, no constituye requisito suficiente para agotar la existencia de un grupo étnico, pues este reconocimiento es parte de la auto identificación de sus integrantes como parte de esa comunidad.

También es importante, identificar que el concepto de afectación directa de los titulares o comunidades étnicamente diferentes, pues se constituye como requisito de procedencia de la consulta previa y se describe como la interferencia que tienen o pueden tener las medidas, programas o proyectos que se pretende implementar en el territorio de las comunidades étnicas, en sus derechos y dinámicas políticas, económicas, organizativas, culturales o sobre cualquier derecho como pueblo indígena o tribal⁹⁸.

Como se expuso antes, el Convenio contiene una regla general que consagra la obligatoriedad de la consulta frente a cualquier hipótesis que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales. En todo caso, identifica, también,

⁹⁸ Que el criterio de afectación directa que determina la obligatoriedad de la consulta hace referencia a un posible impacto sobre la autonomía, diversidad e idiosincrasia de la comunidad indígena, la Corte ha calificado como eventos de afectación directa las medidas que resulta virtualmente nocivas o que generen una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos. (T-698/11)

una serie de medidas concretas respecto de las cuales la consulta es imperativa, las cuales fueron recogidas en la sentencia T-550 de 2015 de la Corte Constitucional, así:

1. Que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales.
2. Que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan.
3. Las relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir su derecho sobre estas fuera de su comunidad.
4. Las relacionadas con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional.
5. La determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno.
6. Las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua.

Es significativo resaltar que la Corte Constitucional ha precisado que el método para la determinación de temas que afecten a las comunidades étnicas es casuístico, es decir, se debe establecer en cada caso concreto cuales son las medidas que afectan a las comunidades, de manera que en cada oportunidad se evalúe qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo⁹⁹.

Así entonces, al producirse la injerencia dentro de una comunidad, esta no solamente puede ocasionar alteraciones inmateriales o abstractas, por el contrario, esta también podría generar un impacto físico, medible y/o cuantificable dentro de esta, con áreas de mayor o menor influencia.

El área de influencia directa se refiere al área en la cual se van a prestar los impactos sobre los medios biótico, abiótico y socioeconómico causados por las actividades de construcción y operación de un proyecto, obra o actividad y, por

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-384A de 2014, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2015.

ende, donde se va a manifestar la afectación directa sobre las comunidades étnicas¹⁰⁰.

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 6 y 7, insta que los Estados deben consultar las medidas administrativas y legislativas que afecten los pueblos indígenas y que, en casos de traslados y/o reubicación de las comunidades étnicas y tribales, debe realizarse bajo el consentimiento previo, libre e informado de éstas.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha manifestado que la consulta previa se materializa en dos escenarios, a saber: *i)* las medidas administrativas que recogen la obras públicas de gran envergadura como construcción de carreteras, puentes, oleoductos, hidroeléctricas, minería y demás decisiones administrativas y *ii)* las decisiones legislativas que afecten de manera directa a las comunidades indígenas y tribales, como ha sucedido en los estudios de exequibilidad de la ley agro-forestal y el estatuto minero, los cuales fueron declarados inconstitucionales por no haberse agotado la consulta previa antes de iniciar el proceso legislativo¹⁰¹.

En cuanto se refiere a medidas administrativas, se hace referencia aquellas proferidas por el conjunto de entidades pertenecientes a la rama ejecutiva, en ejercicio de su función administrativa, por lo que se entiende el conjunto de

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-605 de 2016 Magistrado Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, 02 de noviembre de 2016.

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-766 de 15, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 15 de diciembre de 2015; y sentencia T-384A de 2014, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 17 de junio de 2014. “El deber de consulta tiene dos tipos de escenarios en los que debe materializarse: 1. El relacionado con la acometida de grandes proyectos incluyendo la construcción de obras de infraestructura (puentes, carreteras, oleoductos, hidroeléctricas u otras semejantes) como también las exploraciones mineras o de otros recursos naturales. El atinen ente a la aprobación de iniciativas normativas, a nivel legislativo, administrativo y aún constitucional, que de manera directa les afecten, casos en los cuales la no realización de la consulta que debiera haberse adelantado puede acarrear la inexecutable de las medidas así adoptadas.

actividades que a diario deben realizarse para satisfacer el interés general y alcanzar el bienestar de los ciudadanos¹⁰².

Ahora bien, existen unos criterios generales de aplicación de una consulta previa que deben ser tenidos en cuentas para que el mecanismo sea eficaz y efectivo a la hora de proteger los derechos de unas comunidades étnicamente diferentes.

El primero de ellos es que el objetivo de la consulta previa sea alcanzar el consentimiento previo, libre e informado, lo cual quiere decir que no se trata de realizar un acto de trámite o simplemente llenar un requisito, sino que, por el contrario, durante todas las actuaciones de la consulta previa el Estado y los particulares interesados deben esforzarse y perseguir que la comunidad indígena apoye el proyecto que se pretende ejecutar otorgando su consentimiento. Es de aclarar que este criterio se enfoca es en el “fin” que se persigue en la consulta previa, el cual es obtener el consentimiento de las comunidades étnicas, con independencia de que se logre o no, debido a que, en la modalidad de participación de consulta previa, esa decisión final de las comunidades étnicas no genera acatamiento obligatorio por parte del Estado, a diferencia de lo que ocurre en consentimiento Previo, libre e informado.

A contrario sensu, si se inicia un proceso de consulta que de antemano se conoce su final infructuoso, generaría que el Estado y los particulares no hagan los esfuerzos suficientes de socialización de la información, no se brinden espacios culturalmente adecuados de comunicación, ni de respeto a la diferencia de las comunidades, lo cual, convertiría al derecho fundamental de la consulta previa en un mero trámite, perdiendo su validez, se pierde su esencia constitucional, se vaciaría de contenido este derecho, y el poder del Estado de afectar derechos

¹⁰² RODRIGUEZ, Gloria Amparo, Consulta Previa con Pueblos Indígenas y Comunidades Afrodescendientes en Colombia, II. La Consulta Previa, un Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas y grupos étnicos de Colombia, pág. 42. 2010.

humanos y el medio ambiente con proyectos nocivos para lograr inversiones se torna absoluto y reduce la consulta a una mera formalidad¹⁰³.

El segundo, es la aplicación del principio de buena fe en todas y cada una de las etapas que se desarrollen dentro del proceso de pre-consulta, consulta y pos-consulta, que como principio aplicable a todas las actuaciones del estado, no es ajeno dentro del presente asunto, el cual se erige como la obligación de la autoridad pública de desplegar en sus actuaciones una conducta honesta, leal y acorde con el ordenamiento jurídico, a fin de generar confianza, seguridad y credibilidad entre los administrados; garantizándose la participación activa y efectiva de los pueblos interesados.

Así mismo, el tercer criterio general de aplicación es que la consulta previa es un dialogo entre iguales o la equivalencia de las partes para llevar a cabo el dialogo, es decir que ninguna de las partes puede considerarse en estado de superioridad frente a la otra, en tanto solo la igualdad real evitaría que de la conversación para la búsqueda de consenso se pase a la imposición.

Al respecto, a lo largo del estudio sobre el mecanismo de la consulta previa a comunidades indígenas hemos observado la existencia de desigualdad entre el Estado y estas últimas, en el entendido, que el Estado emplea todo su poderío económico y político para obtener un resultado que le favorezca por encima de los intereses de las comunidades, las cuales, en la mayoría de casos no cuentan con un buen nivel educativo o económico que permita un conocimiento o asesoramiento certero frente al Proyecto de desarrollo que se pretende realizar en su territorio, *“Las desigualdades en términos de información limitan la posibilidad de considerar alternativas frente a las medidas propuestas o pueden facilitar la inducción a error a los pueblos y organizaciones indígenas”* Rodríguez Cesar¹⁰⁴.

¹⁰³ EQUIPO DE DPLF Y OXFAM, El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada de los pueblos indígenas, La situación de Bolivia, Colombia Ecuador y Perú. Editorial Biblioteca nacional del Perú. Marzo de 2011. Pág. 23, 24 y 25.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ Cesar y ORDUZ Natalia. La consulta previa: Dilemas y Soluciones. Bogotá DC: De Justicia, 2012. P 57 y 58.

Así, es como la falta de conocimiento e indebida asesoría sobre realización de Proyectos de Desarrollo pueden traducirse en inducción en error, el Estado puede dibujar un panorama de progreso y bonanza económica utilizando los medios de información a través de la Televisión, Radio y prensa o internet con determinada obra a fin de lograr su objetivo y de continuar con dicha desigualdad, los resultados de las consultas tendrán no serán los más benéficos para la comunidad, al respecto, se resalta que el poderío económico y político del Estado no es absoluto, pues, con la debida asesoría o conocimiento en cada caso particular las comunidades podrán determinar un resultado que si resulte en beneficio para estas.

En la misma línea encontramos que la consulta debe ser flexible y adecuada a las costumbres de las comunidades étnicas con las cuales el Estado tiene relación, es decir que el actuar estatal debe adaptarse a las necesidades y la forma de pensar y organizarse de las comunidades¹⁰⁵.

En aras de lograr mayor claridad sobre las subreglas que acompañan a la consulta previa, el Tribunal Constitucional Colombiano definió, desde la sentencia T-129 de 2011, varias de ellas que pueden dar luces sobre todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidades étnicas, sin importar la escala de afectación, las cuales deberán ser tenidas en cuenta desde el inicio de las mismas, para protección de los derechos culturales de las comunidades étnicas y tribales, y son:

1. La consulta previa ha sido reconocida por la Corte Constitucional como es un derecho de naturaleza fundamental, en ese sentido este proceso tiene tal connotación y puede ser amparado en cualquiera de sus etapas por la acción de tutela.

¹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias: SU-097 de 2017, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, 16 de febrero de 2017, C-389 de 2016 Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 26 de julio de 2016; y T-766 de 2015, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2015.

2. No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Es decir, que la forma de actuar de los involucrados (particulares, Estado y comunidades) en el proceso de consulta previa debe ser orientado a un trato igualitario, no donde no exista ninguna parte superior a otro, a pesar de las diferencias.
3. No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, no debe considerarse como un simple trámite que agotar por parte de los interesados, sino que debe garantizar el conocimiento total de las implicaciones del proyecto a ejecutar y de esa manera permitir la participación efectiva de las comunidades. Por lo cual, no bastará con considerar a la consulta previa como un mero trámite administrativo, o reuniones informativas, sino que debe tener la importancia de un proceso con todas las garantías constitucionales.
4. Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, o de trato respetuoso, en consideración especial respecto de las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos, en aras de brindar una atención culturalmente adecuada.
5. Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres.
6. Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo, para ello debe definirse un curso de acción con las instituciones representantes legítimos de las comunidades.

7. Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas, es decir debe limitarse los derechos de las comunidades solo en casos de necesidad, como una garantía de respeto a sus derechos constitucionales.
8. Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en unas comunidades étnicas, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma. Y si se prueba que todas las medidas posibles tienen un impacto perjudicial o que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, deberá hacerse prevalecer los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine, en aras de garantizar la existencia cultural y física de estas comunidades.
9. Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.¹⁰⁶
10. Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera

¹⁰⁶ Capítulo (4) de esta sentencia relativo a la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, así como de la obligatoriedad de la licencia ambiental y del Plan de Manejo Arqueológico (4.3).

equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el especial vínculo que existe entre las comunidades étnicas y sus territorios, expresando que *“la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual”*¹⁰⁷.

De igual manera, la Corte Constitucional, reconociendo la importancia del territorio para las comunidades étnicas no solo bajo el concepto de bien económico sino desde un punto de vista de supervivencia física y cultural de las comunidades y de la especial relación espiritual intrínseca que tiene, destacó unas subreglas que se desglosan del concepto de territorio en relación con la consulta previa, las cuales se consignaron en la sentencia T-376 de 12, de la siguiente manera:

1. La Corte Constitucional ha destacado lo reiterado por la Corte Interamericana de Derechos humanos, respecto a que los pueblos indígenas mantienen una relación espiritual con sus territorios colectivos, que forjan en mayor o menor medida la cultura misma del grupo.
2. También nuestra Corte Constitucional ha reconocido que, en virtud de su naturaleza el territorio para las comunidades étnicas no se define

¹⁰⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia Fondo Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001, párr. 149.

exclusivamente en términos geográficos, pues también tiene un efecto expansivo, que comprende lugares de significación religiosa o cultural, aunque estén por fuera de sus límites físicos geográficos definidos como propiedad colectiva.

3. Así mismo, se dice que por la posesión histórica o ancestral del territorio las comunidades tienen sobre ella el derecho a la propiedad Colectiva. Por ello, que el Estado expida un documento reconociendo esa propiedad, no quiere decir que con tal documento crea el derecho a la propiedad colectiva, pues este ya existía anteriormente por su posesión histórica, es decir que el reconocimiento del estado no tiene carácter constitutivo del derecho a la propiedad colectiva, independientemente de sin embargo ese documento sirve para facilitar su protección jurídica.

Por lo tanto, la ausencia de reconocimiento del Estado de la propiedad colectiva sobre un territorio, no implica la inexistencia del derecho y la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención del reconocimiento de la propiedad colectiva, constituye, en sí misma, una violación al derecho.

El deber de consultar las medidas legislativas con las comunidades étnicamente diferentes, consagrado en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, es sentado por la Corte Constitucional que, aclarando que cuando se pretenda expedir una medida del orden nacional, departamental o local, con la capacidad de afectar de manera directa a los pueblos indígenas y a las comunidades afrocolombianas, debe someterse al procedimiento de la consulta previa, bajo el cumplimiento de todos los requisitos exigidos para ello, en aras de lograr su conformidad con la Constitución Política. La Corte ha manifestado que cuando se trata de medidas legislativas *“puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones*

*o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios*¹⁰⁸, *o esta afectación puede provenir de una regulación expresa o con contenido material con repercusión sobre los pueblos indígenas*¹⁰⁹.

En la sentencia C-366 de 2011, se propusieron los siguientes criterios de identificación de la afectación directa en medidas legislativas:

1. Cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, deber ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales.
2. Cuando a pesar que no se trate de las anteriores materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas.
3. Cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.¹¹⁰

Y se dejó claro, que no es obligatorio realizar esta consulta previa a comunidades étnicamente diferentes cuando, la medida legislativa afecte en la misma forma e intensidad que al resto de la población¹¹¹.

Por su parte, en la sentencia C-389 de 2016 la honorable Corte Constitucional, desarrolló los estándares que en su concepto pueden permitir evaluar, si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas, en aras de

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-030 de 2008, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, 23 de enero de 2008.

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-068 de 2013, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13 de febrero de 2013.

¹¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-068 de 2013, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13 de febrero de 2013.

¹¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-068 de 2013, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13 de febrero de 2013.

lograr que se identifique cuando es procedente la consulta previa a comunidades étnicas y pueblos tribales, las reglas que se especificaron son las siguientes:

1. La afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales.
2. El hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT.
3. La imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica.
4. La interferencia de elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.
5. Se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados.

Respecto de cuándo debe producirse la consulta previa de las medidas legislativas la Corte Constitucional ha concluido que, cuando el gobierno, tan pronto advierta que un proyecto de ley sobre el cual deba realizarse la consulta previa debe acudir a instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, creada por el decreto 1397 de 1996, o las instancias y mecanismos más adecuados¹¹².

De igual manera, en el supuesto de que la comunidad étnicamente diferente no quiera participar, o las comunidades indígenas o pueblos tribales se niegan a participar de este procedimiento, cuando se pretenda realizar el proceso de

¹¹² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-068 de 2013, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13 de febrero de 2013.

consulta por una norma con proyección de afectarla, pese a los esfuerzos del Gobierno Nacional para promover un consenso sobre el articulado, por regla general las autoridades pertinentes están habilitadas para proceder de buena fe, lo que se traduce en la posibilidad de impulsar la aprobación de la iniciativa legislativa, con sujeción a las limitaciones previamente expuestas¹¹³.

En la misma línea, es un aspecto relevante que merece de análisis es lo referente a las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la consulta previa cuando se trata de medidas legislativas, bien porque se omita o bien porque su materialización se realiza de forma indebida. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que este incumplimiento, genera las siguientes consecuencias¹¹⁴:

1. La vulneración de un derecho constitucional.
2. La producción de efectos sustanciales para las medidas:
 - a. La declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial, de la normatividad correspondiente, al oponerse al derecho de consulta previa
 - b. La exequibilidad condiciona el precepto, que privilegie una interpretación que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas, cuando resulte posible.

La consulta previa conforme fue esbozado a través de las decisiones de la Corte resaltadas, se convierte en un mecanismo de participación enmarcado en el modelo liberal multicultural monista, en nuestro entender en concordancia con Daniel Bonilla¹¹⁵, pues no permite el derecho al veto de las comunidades étnicas, reconoce la conexión entre la consulta previa y los derechos a la integridad cultural, propiedad Colectiva y autogobierno; hace obligatorio el dialogo; existe un procedimiento delimitado para las partes; por lo tanto, la decisión Estatal prevalece sobre las mayorías, sin que haya mayor análisis sobre sus consecuencias.

¹¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-068 de 2013, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13 de febrero de 2013.

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-384A/2014, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza martelo, 17 de junio de 2014.

¹¹⁵ BONILLA, Daniel. Constitucionalismo del Sur Global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2013. Pag. 348.

3.3. Consentimiento previo, libre e informado

Acogemos el concepto que David Szablowski, el cual considera el consentimiento previo, libre e informado como “un principio referido a los proceso de participación y toma de decisiones a través de los cuales se obtienen un consentimiento libre e informado de un pueblo indígena antes de un curso de acción particular”¹¹⁶.

En igual sentido, el derecho al consentimiento ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien lo ha distinguido del derecho a la consulta, considerándolo como una salvaguarda reforzada de derechos esenciales¹¹⁷, necesario para asegurar la existencia de los pueblos indígenas ante el impacto de los planes de desarrollo o inversión a gran escala sobre sus territorios, tierras y recursos naturales. El nivel de tal impacto será determinante para que el consentimiento sea exigible¹¹⁸, es decir, que según la intensidad de los daños físicos o culturales que la comunidad pueda recibir se establecerá si es aplicable la consulta previa o el consentimiento previo, libre e informado.

Consideramos relevante recordar a Gloria Amparo Rodríguez, quien ha referido acertadamente que la consulta previa, se fundamenta en el derecho a la participación, por lo cual su efecto ultimo no implica la toma definitiva de la decisión por parte de los pueblos étnicos, es decir no existe poder de veto; y desde otro punto de vista, el consentimiento libre, previo e informado se fundamenta en el principio a la libre determinación de los pueblos, consecuencia de ello las decisiones que tomen, tienen un carácter político, es decir, que estos

¹¹⁶ SZABLOWSKI, David, Re-empaquetando el CLPI: las conexiones globales y el debate sobre el consentimiento indígena para la extracción industrial de recursos, *Anthropologica del Departamento de Ciencias Sociales*, pag.220. 2010,

¹¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales recursos naturales: normas y jurisprudencia de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, parr.333.

¹¹⁸ ARÉVALO, A. A. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional (Vol. 76). Universidad de Deusto: 2014, Pág. 95 y 96.

pueblos pueden tomar la decisión final directamente, evidenciado que tienen derecho a veto de los proyectos sometidos a su examen¹¹⁹.

Concordante con lo anterior, es importante recordar la cita que hace Amalia Arevalo donde sostiene que el consentimiento previo, libre e informado genera una presunción sólida que prohíbe proceder con la medida o proyecto que se quiere ejecutar, porque el citado derecho solo procede en casos donde se ponga en alto riesgo el bienestar físico y cultural de la comunidad; y en todo caso, cuando no existe tal peligro para la comunidad, no se genera tal presunción y el Estado podrá proceder con la medida con base en el interés público, atendiendo siempre a las precauciones que mitiguen impactos nocivos¹²⁰.

Así mismo la Corte Constitucional diferencia el consentimiento previo, libre e informado de la consulta previa, manifestando que esta última tiene un balance adecuado, queriendo significar que las partes que participan en ella (comunidades indígenas, sectores privados, y el Estado) están en igual de condiciones durante el proceso; sin embargo, respecto al consentimiento previo, libre e informado, es un balance constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas y tribales obtiene una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos, es decir que los derechos de las comunidades gozan de un trato preferencial dentro de este procedimiento, en comparación con el Estado y los sectores privados intervinientes¹²¹.

El consentimiento libre, expreso e informado, como garantía reforzada del derecho general de participación de las comunidades étnicas debe producirse al terminar un proceso consultivo, y es aplicable a escenarios de medidas administrativas o

¹¹⁹ RODRÍGUEZ, GLORIA. La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario, 2010. Pág. 69 y 70.

¹²⁰ ARÉVALO, Amelia Alba. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional (Vol. 76). España: Universidad de Deusto. 2014. Pág. 96.

¹²¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-766 de 2015, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza martelo, 16 de diciembre de 2015.

legislativas, en este caso se puede dar cuando una iniciativa legislativa o normativa tenga la virtualidad de poner en riesgo la existencia física y cultural a una comunidad étnicamente diferente, así por ejemplo, podría darse cuando un mandato legal permita el vertimiento de desechos tóxicos en tierras étnicas o cuando la misma genere el desplazamiento de la comunidad¹²².

Las reglas de la consulta son aplicables al consentimiento previo, libre e informado, debido a que éste debe producirse al terminar el proceso consultivo, sin embargo se debe dentro de este procedimiento hacer énfasis en que (i) se haga con representantes legítimos de la comunidad; (ii) se realicen estudios de impacto ambiental y social, y sean dados a conocer en las comunidades; (iii) se concerté con las comunidades la utilidad de los beneficios derivados del proyecto¹²³.

La Corte Constitucional ha destacado que el consentimiento previo, libre e informado, en eventos donde una medida no logre alcanzar la aceptación de la comunidad, genera en términos prácticos que la medida no puede realizarse, así que la comunidad concernida habría efectuado un veto de la misma; lo cual, no ocurre en la consulta previa, donde el Estado continúa con la competencia para decidir de manera posterior al proceso consultivo si ejecuta o no la medida¹²⁴.

Para identificar cuando procede el consentimiento previo, libre e informado, y no otra forma de participación de las comunidades étnicas es importante recordar que la Corte Interamericana de Derechos humanos, en la sentencia del pueblo Saramaka contra el Estado de Surinam, señaló que en aquellos supuestos donde el Estado pretenda implantar una medida que afecte especialmente el derecho

¹²² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-068 de 2013, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13 de febrero de 2013.

¹²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-376 de 2012 Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 18 de mayo de 2012. Sentencia T-766 de 2015, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2012.

¹²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias SU-039 de 2017, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 16 de febrero de 2017. Sentencia C-389 de 2016, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 27 de julio de 2016.

territorial de una comunidad étnica debe obtener su consentimiento previo¹²⁵; se destaca entonces, para la procedencia de este derecho, la exigencia de una afectación especial que recaiga sobre los derechos territoriales de los pueblos étnicos.

Así mismo, la Corte Constitucional ha identificado como regla general de procedencia del consentimiento previo, libre e informado, unas hipótesis concretas frente a las cuales, el consentimiento debe obtenerse necesariamente, las cuales son: almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en territorios étnicos, proyectos que afecten sus territorios particularmente la utilización de recursos minerales, hídricos o de otro tipo y el traslado o reubicación de las comunidad fuera de las tierras que ocupan¹²⁶.

En las sentencias T-769 de 2009 (relativas a la explotación Minera en territorios colectivos de diversos resguardos ubicados entre los departamentos del Chocó y Antioquia) y T-129 de 2011 (caso en que ese estudió la presunta violación al derecho de la comunidad de pescadito y el resguardo de Chidima-Tolo, previa la implantación de diversas medidas de desarrollo, como la construcción de una carretera y el proyecto de conexión eléctrica entre Colombia y Panamá) la Corte Constitucional efectuó similares consideraciones, explicando que, en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad indígena o afrodescendiente no se agota en la consulta, sino que es precisa la obtención del consentimiento previo, libre e informado; en este caso, la Corte Constitucional exigió para la procedencia del consentimiento previo, libre e informado que del proyecto a desarrollar se identifique una posible afectación especialmente intensa en el territorio colectivo, consideración similar a la exigida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es preciso dejar sentado que esta

¹²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2007.

¹²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-550 de 2015, Magistrado Ponente Myriam Ávila Roldan, 26 de agosto de 2015.

intensidad de la que se habla debe comportar una amenaza para la subsistencia de las comunidades y, en específico, implicar un impacto sobre sus territorios¹²⁷.

El Consentimiento Previo, libre e informado, se puede reconocer inmerso del modelo denominado liberal multiculturalista, pues en este modelo se permite el poder al veto de las decisiones estatales por parte de las minorías étnicas, reconoce la justicia redistributiva en casos extremos y solo en casos donde previo análisis de costo beneficio en los cuales se demuestre que es necesario que el Estado imponga su decisión, se hará de esa manera; en este modelo se evidencia que *“las autoridades de las culturas minoritarias y las autoridades nacionales serian, en principio, iguales para los temas que afectan directamente a las primeras”*¹²⁸.

Esta exigencia para la procedibilidad del consentimiento previo, libre e informado, relacionada con las hipótesis concretas y la posible afectación intensa sobre las subsistencias de las comunidades o del impacto en sus territorios se sustenta en el artículo 29 y 31 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales, respectivamente, comprometen a los Estados a adoptar medidas eficaces para asegurar que *“no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”*.

Lo anterior se puede sintetizar en una línea jurisprudencial sobre la obligatoriedad del resultado de la Consulta Previa realizada a comunidades étnicas en las que el Estado pretende ejecutar proyectos de desarrollo en su territorio, para ello hacemos estudio de en qué casos aplica el Consentimiento Previo, Libre e Informado, para dar más énfasis a nuestro estudio.

¹²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-550 de 2015, Magistrado Ponente Myriam Ávila Roldan, 26 de agosto de 2015.

¹²⁸ BONILLA, Daniel. Constitucionalismo del Sur Global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2013. Pag. 356 y 357.

En ese sentido, desde la expedición de la Sentencia SU-039 de 1997 la Corte Constitucional, ha manifestado, de manera constante que la consulta previa es un proceso obligatorio cada vez que se evidencia un riesgo que afecte directamente a una comunidad indígena por una medida, proyecto o programa que se pretenda implementar, como garantía de los principios de participación y autodeterminación y subsistencia de estas comunidades étnicas. De igual manera, estableció que si dentro de este proceso se toma una decisión que niega el acuerdo por parte de la comunidad indígena respecto a una medida, programa o proyecto que se pretenda implementar, la decisión tomada no genera la pérdida de la competencia por parte de la entidad estatal para determinar si se realiza o no esa medida, programa o proyecto, debido a que la decisión tomada dentro de un proceso de consulta previa no tiene el poder de veto, es decir, en principio, no es de obligatorio acatamiento por parte del Estado, esto se reitera en providencias posteriores¹²⁹.

Adicionalmente, en la referida sentencia se condiciona que la decisión final que tome la entidad estatal posterior a la negativa dentro del proceso de consulta previa debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo, esto es que debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le

¹²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias: SU-097/2017, magistrada Ponente María Victoria Calle corre, 12 de diciembre de 2017; T-605/2016, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, 02 de noviembre de 2016; T-436/2016 Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos , 12 de agosto de 2016; C-389/2016, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 27 de julio de 2016; T-766/2015, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2015; T-764/2015, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2015; T-661/2015, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, 23 de diciembre de 2015; T-550/2015, Magistrada Ponente Myriam Ávila Roldan, 26 de agosto de 2015; T-384A/2014, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 17 de junio de 2014; C-371/2014, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 11 de junio de 2014; C-068/2013, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13 de febrero de 2013; C-395/2012, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 30 de mayo de 2012; T-376/2012, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, 18 de mayo de 2012; T-698/2011, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 20 de septiembre de 2009; T-129/2011, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, 03 de marzo de 2011; T-1045A/2010, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, 04 de diciembre de 2012; T-769/2009, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, 29 de octubre de 2009; C-175/2009, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 18 de marzo de 2009; C-461/2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, 14 de mayo de 2008; C-030/2008 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, 23 de enero de 2008..

exige al Estado sobre la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

A pesar de la línea constante respecto a que cualquier afectación directa a una comunidad indígena por parte de una medida que se pretende implementar genera la obligación de realizar el proceso de consulta previa a favor de las comunidades étnicas en aras de proteger sus derechos y en cumplimiento del mandato constitucional de participación, la misma Corte Constitucional, desde la sentencia T-769 del año 2009, ha reconocido paralelamente, como medida de protección adicional a favor de estas comunidades, que el Estado obtenga de ellas el consentimiento previo, libre e informado, cuando se esté frente a medidas específicas o hipótesis previamente definidas, como planes de desarrollo o inversión a gran escala, traslado de las comunidades, almacenamientos o vertimientos de desechos tóxicos en tierras colectivas, privar del uso y goce de sus tierras o de los recursos naturales. Es decir, en estos casos específicos se requiere que la comunidad indígena apruebe o no la medida y de no hacerlo el Estado no podrá realizarla, lo cual se entiende mejor en palabras de la Corte cuando advierte que el consentimiento previo, libre e informado es “*en la práctica un veto*”, esto ha sido reiterado en providencias posteriores¹³⁰.

En ese sentido y en el decantar de su jurisprudencia, la Corte Constitucional en la sentencia T-129 de 2011 consideró que el consentimiento previo, libre e informado, es exigible a favor de las comunidades étnicas, no solo en las situaciones específicas señaladas, sino que también procede cuando existan medidas que puedan afectar de una manera directa e intensa los derechos de las comunidades étnicas. Es decir, abre la gama de opciones de procedencia del consentimiento previo, libre e informado, alejándose del encuadre de hipótesis

¹³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias: T-769/2009, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, 29 de octubre de 2009; C-068/2013, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13 de febrero de 2013; C-395/2012, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 30 de mayo de 2012; T-384A/2014, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 17 de junio de 2014; y T-764/15, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2012.

preestablecidas, y aclarando que basta con que haya una intensidad o gravedad en la afectación directa, esto en sintonía con decisiones de la Corte Interamericana, donde se ha reiterado que la posibilidad de una afectación directa e intensa a las comunidades étnicas genera la exigencia del Consentimiento Previo, libre e informado, jurisprudencia que se ha reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹³¹.

Se presenta la evolución jurisprudencial en relación con la obligatoriedad para el Estado de acatar la decisión tomada por unas comunidades étnicas dentro de un proceso de consulta previa cuando un proyecto de desarrollo, las afecta directamente, para ello es necesario determinar cuándo procede o no el consentimiento libre, previo e informado.

En primer lugar, es preciso resaltar la sentencia SU-039 de 1997, sentencia hito, desde la cual se exige la realización del proceso de consulta previa cuando existe riesgo de una afectación directa a la comunidades étnicas, sin embargo, en dicha providenciase aclaró que la decisión final seguía estando en cabeza del Estado, quien actuaría responsable frente a los derechos como la integridad cultural de estos pueblos.

En el año 2009, se profirió la primera providencia que inicia el sendero para el consentimiento previo, libre e informado a favor de comunidades étnicas, esto es la sentencia T-769/2009, donde el Alto Tribunal Constitucional aclaró que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, se hace necesario obtener de las comunidades étnicas su consentimiento previo, libre e informado, debido a que estas medidas pueden llegar a causar cambios sociales y

¹³¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias: T-129/2011, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, 03 de marzo de 2011; T-376/2012, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, 18 de mayo de 2012; T-550/2015, Magistrada Ponente Myriam Ávila Roldan, 26 de agosto de 2015, T-661/2015, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, 23 de diciembre de 2015, T-766/2015, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2015, C-389/2016, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 27 de julio de 2016, SU-097/2017, magistrada Ponente María Victoria Calle corre, 12 de diciembre de 2017.

económicos profundos, por lo cual las decisiones de la comunidad se consideran vinculantes, en especial por la gravedad del nivel de afectación, lo cual implica un poder de veto de las comunidades étnicas frente a las decisiones que pretende tomar el Estado¹³².

En la misma línea, mediante la sentencia T-129/2011 la Corporación Constitucional reconoció la necesidad de tomar el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad indígena cuando la medida implique planes de desarrollo e inversión, traslado de las comunidades, o cuando se vayan a realizar almacenamientos o vertimientos de desechos tóxicos en tierras indígenas o cuando exista un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad que ponga en riesgo su existencia¹³³.

Posteriormente, además de las hipótesis establecidas en las sentencias anteriores, en la sentencia T-376/2012 la Corte Constitucional nuevamente reconoce la necesidad de tomar el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad en consulta y por primera vez amplía la gama de opciones de procedencia de este derecho, de hipótesis específicas, al deber de exigir el

¹³² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-769/2009, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla. *“Frente a lo anterior, esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.”*

¹³³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-129/2011, Jorge Iván Palacio Palacio, 03 de marzo de 2011. *“Frente a lo anterior, esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.”*

consentimiento cada vez que se vislumbre una afectación demasiado intensa¹³⁴ de los derechos e intereses de las comunidades étnicas, frente a ello la Corte Constitucional ha manifestado respecto a que “Tal afectación intensa, en los términos de la jurisprudencia constitucional, se estructuraría en aquellos eventos en los que la decisión objeto de consulta comporta una amenaza para la subsistencia de esas comunidades y, en particular, cuando impacta sobre sus territorios.”¹³⁵.

De manera subsiguiente, en la sentencia C-395 del año 2012, la Corte nuevamente hace énfasis al identificar medidas que pueda afectar a las comunidades étnicas por proyectos que impliquen el desplazamiento de los pueblos indígenas de su territorio, cuando se pretenda privar del uso y goce de sus tierras o de los recursos naturales necesarios para su subsistencia o cuando se pretenda depositar o almacenar materiales peligrosos en sus tierras, sería necesario tomar el consentimiento previo, libre e informado¹³⁶. Sin embargo, esta providencia omite referirse a la intensidad de la afectación directa que la medida ocasiona a la comunidad como causal de procedencia para tomar el

¹³⁴ Corte Constitucional, sentencias T-550 de 2015, magistrado Ponente Myriam Ávila Roldan, 26 de agosto de 2015.

¹³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-376/12, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa. “Por ello, en los eventos en que se aplica la regla del consentimiento, adoptar cualquiera de las medidas que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han identificado como potenciales causantes de una afectación demasiado intensa de los derechos de los pueblos indígenas sólo es razonable y, por lo tanto, constitucionalmente válido, si se cuenta con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo interesado.”.

¹³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-395-12, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 30 de mayo de 2012. “Finalmente, cabe anotar que en el ámbito internacional se ha señalado que, en determinadas circunstancias, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o proyectos de inversión a gran escala que puedan tener un impacto significativo en el derecho al uso y al goce de sus territorios ancestrales. Tales hipótesis se presentan, siguiendo lo expresado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, así como pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trate de planes o proyectos que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, esto es, que den lugar a su reubicación permanente ; cuando la ejecución de los planes o proyectos conduzca a privar a dichos pueblos y comunidades de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y otros recursos naturales necesarios para su subsistencia , o cuando se trate de depositar o almacenar materiales peligrosos en territorios de esas comunidades .”

consentimiento de la comunidad, lo cual comprendemos como un retroceso en la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas.

Más adelante la Corte, en las sentencias T-384A/2014 y C-371/2014, reiteró la importancia de tomar el consentimiento previo, libre e informado en los casos que impliquen traslado de las comunidades étnicas de sus territorios, cuando haya almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos o cuando exista un alto impacto social, cultural y ambiental en unas comunidades étnicas que conlleve poner en riesgo la existencia de la comunidad¹³⁷. Sin embargo, en estas providencias también se omitió considerar por parte del Máximo Tribunal Constitucional la intensidad de la afectación directa que la medida ocasiona a la comunidad como causal de procedencia para tomar el consentimiento de la comunidad, lo comporta nuevamente un retroceso en la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, pretermisión que fue resaltada por la Magistrada María Victoria Calle Correa en el Salvamento de Voto de la Sentencia C-371 de 2014¹³⁸.

¹³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-371/14, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 11 de junio de 2014. “Es por ello que la jurisprudencia ha resaltado que con la consulta previa se debe buscar el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas frente a las medidas que puedan afectar directamente sus intereses. Tal consentimiento es además indispensable cuando las medidas, entre otros casos extremos, “(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en unas comunidades étnicas, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”. En estos casos, dada la gravedad de sus posibles consecuencias, el deber de las autoridades de llevar a cabo procesos de concertación con las comunidades étnicas se refuerza, sin que ello signifique en modo alguno que se dote a las comunidades de un poder de veto.”

¹³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Salvamento de Voto sentencia C-371 de 2014 magistrada María Victoria Calle Correa, “Sin embargo, la Sala omitió mencionar que la jurisprudencia de esta Corte, en armonía con la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha entendido que la participación de las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales y rom, es un derecho fundamental que se aplica con distinta intensidad según la naturaleza de la afectación. Así, para medidas que no generan una afectación directa en los intereses de estos grupos debe preverse algún mecanismo de participación que les permita involucrarse en la definición de lo público, en igualdad de condiciones con otros actores sociales; para las que producen afectación directa a los pueblos indígenas debe seguirse el procedimiento de consulta previa; y para las que producen una afectación directa e intensa debe obtenerse el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades interesadas.”

En el mismo sentido, en las sentencias T-661/2015¹³⁹ y T-550/2015¹⁴⁰, nuevamente se exige como causales de procedencia del consentimiento previo, libre e informado la existencia de una medida que pueda afectar a la comunidad indígena de manera directa e intensa, nuevamente ampliando las posibilidades de procedencia del consentimiento previo, libre e informado, de causales específicas o hipótesis definidas, a todas las afectaciones directas e intensas que pueda generar un proyecto de desarrollo en contra de comunidades étnicas y sus territorios.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-764/2015, exige como causal de procedencia del consentimiento, previo, libre e informado la existencia de casos excepcionales, dentro de los cuales reitera entre ellas la medida que impliquen el traslado de la Comunidad por fuera de sus territorios, pero además advierte que procederá ante situaciones que lesionen de manera directa el derecho a la existencia y a la integridad de la etnia¹⁴¹.

¹³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-661 de 2015, Magistrado Ponente María Victoria Calle Corra, 23 de diciembre de 2015. “55. En las sentencias citadas (T-769 de 2009 y T-129 de 2011), la Corporación estableció que, si bien el deber general del Estado en materia de consulta previa consiste en asegurar una participación activa y efectiva de las comunidades con el objeto de obtener su consentimiento, cuando la medida, además de afectar directamente a una comunidad, la afecta intensamente, es obligatoria la obtención del consentimiento de la comunidad previa la implantación de la medida, política, plan o proyecto.”

¹⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-550 de 2015, Magistrada Ponente Myriam Ávila Roldan, 26 de agosto de 2015. “La Corte, sin embargo, ha reconocido que existen ciertas circunstancias frente a las cuales la sola ejecución de un proceso consultivo orientado a alcanzar un acuerdo no garantiza que tal propósito se alcance. Esto es lo que ocurre, puntualmente, cuando la medida susceptible de consulta conlleva una afectación intensa de los derechos fundamentales de las comunidades. Frente a este tipo de casos, no basta con que se intente llegar a un acuerdo en las comunidades. Es necesario que tal acuerdo se alcance, esto es, que la comunidad brinde su consentimiento sobre la medida correspondiente.”

¹⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-764/15, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2015. “Con todo, en esos mismos pronunciamientos, recordó esta corporación que de conformidad con otras normas del referido Convenio 169 de la OIT (entre ellos su artículo 16), el consentimiento de las comunidades consultadas resulta indispensable en casos excepcionales, por ejemplo cuando el proyecto o medida propuesta implique el traslado de la comunidad a un territorio diferente al que aquélla ha venido ocupando, puesto que este hecho lesiona de manera directa el derecho a la existencia y a la integridad de la respectiva etnia.”

Más tarde, en las sentencias T-766/2015¹⁴² y C-389/2016¹⁴³, además del traslado de las comunidades étnicas y el almacenamiento o vertimiento de tóxicos, se puede exigir el Consentimiento Previo, libre e informado cuando exista una afectación directa e intensa a los derechos de las comunidades, reiterando con ello el margen amplio de posibilidades la procedencia de este derecho.

Después de ello, se reiteró en la sentencia T-436/2016 como una causal de procedencia del consentimiento previo, libre e informado, la necesidad de que haya una afectación al territorio¹⁴⁴, es decir, contaminación ambiental, cambio de físico del territorio como ocurre con las represas, el cambio en el uso del suelo, entre otros; asuntos igualmente tratados en la sentencia T-769/2009.

En la sentencia T-605/2016 se hace referencia exclusivamente a la realización de la consulta previa cuando existe una medida que pueda afectar a la comunidad de manera directa¹⁴⁵, es decir no hay consideraciones respecto a la procedencia del

¹⁴² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-766 de 2015, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza martelo, 16 de diciembre de 2015. “Por ello, en los eventos en que se aplica la regla del consentimiento, adoptar cualquiera de las medidas que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han identificado como potenciales causantes de una afectación demasiado intensa de los derechos de los pueblos indígenas solo es razonable y, por lo tanto, constitucionalmente válido, si se cuenta con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo interesado.”

¹⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-389/2016, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, 27 de julio de 2016. “Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho, que pueden sintetizarse así: (i) la simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial.”

¹⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-436 de 2016, Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos, 12 de agosto de 2016. “(...) La idea es obtener el consentimiento de la comunidad. Además, se ha expuesto que esa aquiescencia es necesaria cuando se va intervenir el territorio de la colectividad.”

¹⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia T-605/16, Magistrado Ponente Gloria Estella Ortiz Delgado, 2 de noviembre de 2016. “41. Ahora, en relación con el desarrollo de proyectos, obras o actividades, la Corte ha sostenido que la afectación directa se determina por el impacto que su implementación pueda causar sobre “la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen”, esto es, sobre el medio biótico, abiótico y socioeconómico de los territorios habitados, ocupados o pertenecientes a la comunidad.”

consentimiento libre, previo e informado, solo se hace mención de la consulta previa, lo cual podría considerarse un retroceso porque el Alto Tribunal no hace análisis de la procedencia sobre si es simplemente se requiere la consulta previa o si únicamente el consentimiento, previo, libre e informado, más aun cuando es un tema sensible como la construcción de un gasoducto sobre territorio indígena y licencias ambientales expedidas sin ningún tipo de participación de los grupos étnicos.

La sentencia SU-097/2017, tiene gran importancia porque unifica la posición jurisprudencial entorno al derecho a la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado a favor de las comunidades Raizales del archipiélago de San Andrés y Providencia y, nuevamente, reconoce para la procedencia del consentimiento previo, libre e informado, la necesidad de trasladar o reubicar una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos o en sus tierras y territorios. También se reitera como causal de procedencia la existencia o riesgo de una afectación directa y especialmente intensa a los derechos de las comunidades¹⁴⁶.

Esta sentencia tiene gran trascendencia porque aplica el consentimiento previo, libre e informado a una comunidades étnicas diferente de indígenas y afrodescendientes, tomando en cuenta factores que la diferencia del resto de la sociedad y de otras comunidades étnicas, por características particulares como su ubicación geográfica, la condición de archipiélago de su territorio, una historia de dificultades en la construcción del diálogo intercultural entre este pueblo y la población mayoritaria o continental, además problemas especiales relacionados a autonomía y defensa de su cultura y control de población, entre otros, que le hacen merecedora de un trato diferencial desde la perspectiva del convenio 169

¹⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-097/2017, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 16 de febrero de 2017. “34. La consulta es entonces un balance adecuado para ese potencial conflicto en la mayoría de los casos. El consentimiento expreso, libre e informado, sin embargo —y siempre dentro de la lógica de la proporcionalidad—, es un balance constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas y tribales obtienen una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos.”

de la OIT, sumando a lo anterior a este reconocimiento especial, la Corte posibilita aplicar el Consentimiento Previo Libre e informado a su favor.

De lo descrito anteriormente, se concluye que la sentencia arquimédica para la presente investigación es la Sentencia SU-097 de 2017 porque es la más reciente que trata los temas de consulta previa y el Consentimiento Previo Libre e informado, además nos permitió de su lectura encontrar algunas sentencias hitos que permiten realizar la ingeniería en reversa para identificar el recorrido argumentativo y doctrinal que hace nuestro alto tribunal, sobre la obligatoriedad de las decisiones por las comunidades étnicas tomadas dentro de un proceso de consulta previa.

Por su parte, la sentencia fundadora en la presente investigación en relación con la obligatoriedad de la decisión de las comunidades étnicas en procesos de consulta previa que los afecten directamente es la sentencia SU-039 de 1997, en donde se reconoció el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas como un derecho fundamental, que, como ya se señaló, se concreta en un proceso en donde las comunidades étnicas, el Estado y los particulares interesados interactúan en condiciones de igualdad, de buena fe, respeto mutuo, mediante un proceso culturalmente adecuado, con el fin de lograr un consentimiento por parte de las comunidades; solo exigible cuando estas se vean afectadas directamente por un proyectos de desarrollo y con la claridad de que la decisión tomada por las comunidades durante este proceso no genera acatamiento obligatorio para el Estado; es decir, no tienen poder de veto.

Esta postura continuó sólida hasta el año 2009, donde la Corte Constitucional, mediante sentencia T-769 de 2009, estableció un nuevo hito agregando además de la posibilidad de realizar la consulta previa sin poder de veto, el consentimiento previo, libre e informado, como principio con poder de veto, exclusivamente en casos relacionados con el traslado de las comunidades, almacenamiento de materiales tóxicos o planes de desarrollo o inversión. Situaciones que fueron complementadas en la sentencia T- 129 de 2011, en donde se incluyó como

causal de procedencia para el consentimiento previo, libre e informado la exista de una afectación directa e intensa para las comunidades.

Si bien es cierto, como se expuso la sentencia SU-097 de 2017 reiteró la necesidad de desarrollar procesos de consulta previa cuando se presenten afectaciones directas de las comunidades étnicas, las causales de procedencia del consentimiento libre e informado bajo los criterios específicos y bajo el criterio amplio de afectación intensa, esta línea no ha sido sólida, puesto que, como se desarrolló, han existido algunas providencias que se apartan de estos avances, como la sentencias T-605/2016 y T-436/2016 en las cuales no se hace referencia al consentimiento previo, libre e informado, sino que únicamente se refieren a la Consulta previa sin poder de veto; por lo cual concluimos que existe una línea jurisprudencial variable. Para mayor claridad agregamos línea jurisprudencial en el diagrama siguiente.

Colofón de lo anterior, las comunidades tienen 3 formas de participación como lo son la simple participación; la consulta previa y el Consentimiento Previo, libre e Informado, cuyas consecuencias para nuestro estudio se diferencian en los efectos jurídicos de sus decisiones, es decir en la simple participación no existe poder de veto ni ninguna prerrogativa para las comunidades indígenas o étnicas; en la Consulta previa se establece un procedimiento que beneficia a las comunidades étnicas pues pretende realizar un dialogo cultural entre iguales, sin embargo solo el procedimiento es obligatorio, puesto que las decisiones de las comunidades indígenas tomadas en ese marco no son obligatorias para el Estado quien tendrá la última palabra sobre la medida consultada; y el Consentimiento Previo libre e Informado cuyo procedimiento es similar al de la Consulta Previa con la diferencia de que atendiendo a las consecuencias de las medidas su trámite es obligatorio y las decisiones que se tomen también lo son, como es la posibilidad de vetar la medida consultada.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL

<p>¿El Estado tiene el deber de acatar la decisión tomada por unas comunidades étnicas dentro de un proceso de consulta previa cuando un proyecto de desarrollo la afecta directamente?</p>		
<p>No, porque prevalece el interés general representado o en la capacidad del Estado en tomar decisiones unilaterales.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • SU-097/2017 (*) • T-605/2016 • T-436/2016 • C-389/2016 • T-766/2015 • T-764/2015 • T-661/2015 • T-550/2015 • T-384A/2014 • C-371/2014 • C-068/2013 • C-395/2012 <ul style="list-style-type: none"> • T-376/2012 • T-698/2011 <ul style="list-style-type: none"> • T-129/2011(“) • T-1045A/2010 <ul style="list-style-type: none"> • T-769/2009(“) • C-175/2009 • C-461/2008 • C-030/2008 	<p>Sí, porque prevalece la decisión de las comunidades étnicas, en ejercicio de la libre autodeterminación de los pueblos, en casos de afectaciones intensas, mediante la necesidad de obtenerse el consentimiento previo, libre e informado.</p>

	<ul style="list-style-type: none">• SU-039/1997 (**)	
<p>(*) Sentencia Arquimédica (**) Sentencia Fundadora (“) Sentencias hito</p>		

CONCLUSIONES

El nivel universal de los derechos humanos o de la Organización de Naciones Unidas, ha propendido desde el Convenio 169 de la OIT por la protección de las comunidades indígenas y sus territorios a través de la Consulta previa, y desde la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, exige a los Estados enfocarse no solo en realizar el proceso de consulta sino lograr de los pueblos indígenas su Consentimiento Previo, libre e informado, como una medida que busca garantizar la pervivencia de los pueblos étnicamente diferentes con acciones de fondo y no de solo de procedimiento.

Seguidamente en el nivel interamericano, la protección de las comunidades indígenas se ha logrado a través de la interpretación sistemática de los instrumentos interamericanos y por la adopción del Convenio 169 de la OIT interna de los Estados, en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido garante de la exigencia a los Estado de cumplir con la obligación de realizar la Consulta previa, y a su vez ha afirmado la necesidad de exigir el Consentimiento, previo libre e informado en casos en los cuales exista una afectación directa e intensa a los pueblos indígenas.

Conforme las obligación internacional consagrada en el Convenio 169 de la OIT el cual fue aprobado por el Estado Colombiano mediante la Ley 21 de 1991, el gobierno decidió regular el marco general de la Consulta Previa a través del Decreto 1320 de 1998, disposición jurídica que a su vez es el fundamento de la Directiva Presidencial 001 de 2010 y el Decreto 2613 de 2013 que regulan en detalle este procedimiento; sin embargo estas normas violentan el mismo derecho, porque no fueron sometidas a consulta Previa conforme los lineamientos jurisprudenciales y lo regulado en el Convenio 169 de la OIT; así mismo son violatorias de la constitución por no ser leyes estatutarias(tipo de leyes que regulan derechos fundamentales), es decir por no haber seguido el trámite

especial para este tipo de leyes; sin embargo aún están vigentes y son fuente legal para ello.

Así mismo, regulan las consecuencias de la negativa de las comunidades indígenas producidas en la Consulta Previa a pesar de lo establecido en el convenio 169 de la OIT, el Decreto 1320 de 1998, la Directiva Presidencial 001 de 2010, y el Decreto 2613 de 2013; frente a ello solo los órganos encargados de su interpretación a nivel internacional y las cortes regionales y nacionales, han resuelto esa situación.

En ese sentido, la jurisprudencia Constitucional en concordancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dado a la consulta previa el estatus de derecho fundamental, y ha reconocido sus principios, reglas y subreglas; para ello se ha valido de la regulación de este derecho en los instrumentos jurídicos provenientes de los sistemas universal, interamericano, de los cuales emana la obligación para los Estados adherentes de adelantar el mecanismo de consulta previa cada vez que vislumbren que en la ejecución de proyectos de desarrollo pueda conllevar posibles afectaciones a comunidades étnicas, en sus derechos fundamentales y/o sus garantías de integridad cultural, libre autodeterminación de los pueblos y de participación; y a través de una interpretación pro homine ha definido las consecuencias de no adelantar este proceso y de cuando la decisión negativa de la comunidad dentro del proceso de consulta previa es vinculante.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido tres modelos de participación para las comunidades étnicamente diferentes y las consecuencias que genera cada proceso, el Primero de ellos es la simple participación, en la cual una comunidades étnicas interactúa con los mismos derechos que tiene cualquier ciudadano de la Nación, y la decisiones de la comunidades étnicas no obliga al Estado; el segundo modelo se trata de la

consulta previa, la cual procede cuando se identifique la posibilidad de una afectación directa a la comunidades étnicas proveniente de un proyecto desarrollo, en este modelo, la decisión final que la comunidad tome, no genera el deber de acatamiento para el Estado, debido a que éste conserva la competencia para definir si lleva a cabo, o no, determinado proyecto, pues la comunidad no tiene poder de veto; y el tercero es el consentimiento previo, libre e informado, el cual procede cuando la comunidades étnicas identifique la existencia de una posible afectación “directa e intensa” sobre la existencia física y cultural de la comunidades étnicas, amenaza que debe provenir de la medida o proyecto a implementar, esta modalidad se materializa dentro del proceso de consulta previa, pero a diferencia de la consulta, la decisión de la comunidad sea positiva o negativa, genera inescindiblemente un efecto vinculante y tiene poder de veto para el Estado.

Del esfuerzo jurisprudencial, se ha establecido que para la procedencia del proceso de consulta previa se exija la existencia de un riesgo que implique una “afectación directa” sobre las comunidades étnicas, sus derechos o sus territorios, proveniente del proyecto, programa o medida (legislativa o administrativa) que se pretenda implementar por parte del Estado o particulares, con la exigencia de este requisito se pretende identificar que no todas las medidas administrativas o legislativas generan consecuencias a las comunidades étnicas.

Así mismo, del fruto jurisprudencial se ha reconocido a partir del 2009, que el consentimiento Previo, Libre e Informado, es exigible cuando la comunidad indígena puede ser afectada por Planes desarrollo, almacenamiento y vertimiento de materiales tóxicos, y/o cuando exista una afectación directa e intensa sobre las comunidades étnicas.

Identificamos en la línea jurisprudencial, correspondiente a sí *El Estado tiene el deber de acatar la decisión tomada por unas comunidades étnicas dentro de un proceso de consulta previa cuando un proyecto de desarrollo la afecta directamente*, lo siguiente: La sentencia SU-097 DE 2017, es la sentencia

arquimédica, por ser la más reciente que trae una recopilación cronológica sobre decisiones relacionadas a la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado; además reitera que para la procedencia del Consentimiento Previo libre e Informado se exige que exista una afectación directa e intensa. Así mismo, ubicamos la sentencia fundadora en la SU-039 de 1997, pues en ella se reconoció por primera vez la consulta previa de las comunidades étnicas como un derecho fundamental, solo exigible cuando estas se vean afectadas directamente por un proyecto de desarrollo, este derecho se concreta en un proceso culturalmente adecuado, en donde las comunidades étnicas, el Estado y los particulares interesados, interactúan en condiciones de igualdad, de buena fe, respeto mutuo, con el fin de lograr un consentimiento por parte de las comunidades; y con la claridad de que la decisión tomada por las comunidades durante este proceso no genera acatamiento obligatorio para el Estado, es decir, la comunidades no tienen poder de veto; esta postura continuó sólida hasta el año 2009. En ese hilo ubicamos como un hito en nuestra línea jurisprudencial, la sentencia T-769 de 2009, por agregar el consentimiento previo, libre e informado, el cual implica la posibilidad de vetar los proyectos que el Estado o particulares pretendan implementar cuando estos impacten a las comunidades étnicas con su traslado, el almacenamiento de materiales tóxicos sobre sus territorios o traten de planes de desarrollo o de inversión. En la misma secuencia se estableció un nuevo hito que se ha reiterado hasta la fecha en la sentencia T- 129 del año 2011, al agregar que cuando se identifique una “afectación directa e intensa” sobre las comunidades étnicas proveniente de un proyecto de desarrollo o medida, que el Estado o particulares pretendan implementar, es viable además de las causales o hipótesis establecidas en la T-769/2009, el consentimiento previo, libre e informado, como garantía de protección de la diversidad étnica, su integridad cultural y del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos.

Teniendo en cuenta los avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional en comparación con los estándares interamericanos establecidos por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, encontramos que la Corte Constitucional ha acogido y ampliado a través del concepto de afectación directa e intensa las posibilidades de protección de las comunidades indígenas de la consulta previa al consentimiento previo libre e informado, lo cual se encuentra a su vez acorde con la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los pueblos indígenas; sin embargo extrañamente el poder legislativo ha hecho caso omiso de esta tendencia internacional, y por el contrario se ha abstenido de regular la Ley Estatutaria de la Consulta previa y la ley de coordinación entre las jurisdicciones.

Se hace necesario la expedición de una ley estatutaria que regule la Consulta previa y el Consentimiento Previo libre e Informado en comunidades étnicamente diferentes, la cual debe a su vez ser sometida a consulta bajo los lineamientos de la Corte Constitucional Colombiana; en la cual, se acojan los principios, las reglas, subreglas que se han creado jurisprudencialmente y que en este trabajo se recogen que se han señalado por nuestro tribunal Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y las diferentes Comisiones de Expertos en convenios y tratados; de tal manera que cumpla con todos los estándares mínimos internacionales y locales.

Se sugiere la implementación de una única figura de participación para las comunidades étnicas cuando se vean afectadas de manera directa, y que se haga a través de exigir no la consulta previa sino el Consentimiento Previo, Libre e Informado, por ser este el mecanismo más garantista para la protección de los derechos de las comunidades étnicamente diferentes; esto es así, porque, e materialmente y no discursivamente permite a las comunidades consultadas estar en pie de igualdad con el Estado, pues en la Consulta Previa de antemano las comunidades étnicas saben que la decisión última la tomará el Estado, es decir se acude al proceso en una posición de desventaja; por ello la exigencia del Consentimiento Previo, Libre e Informado en todos los casos donde los pueblos étnicos sean indígenas, afrocolombianos y de otras culturas, tengan afectaciones directas con o sin la característica de ser intensas, pues de esta manera se

permite que efectivamente exista un dialogo intercultural en igualdad de condiciones, siendo esta propuesta acorde con el principio Pro homine de interpretación de los derechos humanos, que permite escoger la medida más favorable y garantista a favor de las personas.

BIBLIOGRAFIA

- ALVA, Amelia, Cuadernos Deustos de Derechos Humanos N. 76, “El derecho a la Consulta Previa de los Pueblos indígenas en Derecho Internacional”, Bilbao: Universidad Deustos, 2014.
- ANAYA, S. James, El desafío de la Declaración – Historia y Futuro de la Declaración de la ONU Sobre Pueblos Indígenas. EL Derechos de los Pueblos Indígenas a la libre determinación Tras la adopción de la Declaración. Copenhague: ISBN:978-87-91563-72-0, 2004.
- ARBELAEZ, Lucia. La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional. Guatemala: Consejo Superior de la Judicatura, 2004.
- ARÉVALO, A. A. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional (Vol. 76). Universidad de Deusto: 2014.
- ARIZA, Libardo. Revista de Derecho Indígena, “Malicia Indígena”: EL reconocimiento y la desconfianza en la puesta en marcha del Régimen multicultural en Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, 2013.
- ARIZA, Rosembert. Pueblos indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.
- BONILLA, Daniel. Constitucionalismo del Sur Global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2013.

- BOTERO, Sánchez Esther. La realización del Pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.
- CARDENAS, Carlos Alfonso. El Pluralismo jurídico en la jurisdicción indígena y el buen vivir en Colombia. Criterio Jurídico Garantista, Bogotá: Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, 2016, vol. 9, no 15.
- COMISIÓN DE EXPERTOS EN LA APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA A OIT. Observación 2010/81.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Pueblos Indígenas en aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en las Américas, 2013, Fuentes de Derecho y Marco Normativo.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo; 31 de diciembre de 2015.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Äärelä y Jouni Näkkäljärvi v. Finlandia, U.N. Doc. CCPR/C/73/D/779/1997 (2001); länsmann y otros c. Finlandia, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994); Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), entre otras.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell. 1997.

- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 213 de 2016, M.P. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-002 de 2017, Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos. 2017.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-384A/2014, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza martelo, 17 de junio de 2014.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 004 de 2009, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, 26 de enero de 2009.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 737 de 2005, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, 14 de julio de 2005.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-384A de 2014, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2015.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-605 de 2016 Magistrado Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, 02 de noviembre de 2016.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-661 de 2015, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 23 de diciembre de 2015.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-030/2008, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, 23 de enero de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-068 de 2013, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13 de febrero d 2013.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-150 de 15, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, abril 8 de 2015.

- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-175/2009, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 18 de marzo de 2009.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-371/14, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 11 de junio de 2014.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-389 de 2016, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, 27 de julio de 2016.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-395-12, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 30 de mayo de 2012
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-461/2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, 14 de mayo de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-745 de 2010, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, 14 de septiembre de 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 097 de 2017, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 26 de febrero de 2017.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-039 de 2017, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 16 de febrero de 2017.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-383 DE 2003, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis, 13 de mayo de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-030 de 2016, MP María Victoria Calle Correa, 05 de febrero de 2016.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-049 de 2013, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 05 de febrero de 2013.

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1045A de 2010, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, 14 de diciembre de 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-129 de 2011, Magistrado Ponente, Jorge Iván Palacio Palacio, del 03 de marzo de 2011.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-164/2015, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2015.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-376/12, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 18 de mayo de 2012.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-384A de 2014, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 17 de junio de 2014.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-436 de 2016, Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos, 12 de agosto de 2016
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-550 de 2015, Magistrada Ponente Myriam Avila Roldan, 26 de agosto de 2015.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-562 de 1998, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Días, del 10 de noviembre de 1998.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-605/2016, Magistrado Ponente Gloria Estella Ortiz Delgado, 02 de noviembre de 2016.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-652 de 1998, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, 10 de noviembre de 1998.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-661 de 2015, Magistrado Ponente María Victoria Calle Corra, 23 de diciembre de 2015

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-678/2011, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez, 12 de septiembre de 2011.
- CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-698/2011, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 20 de septiembre de 2009.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-764/15, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2015.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-766 de 2015, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza martelo, 16 de diciembre de 2015.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-769 de 2009; Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, 29 de octubre de 2009.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-376 de 2012 Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa, 18 de mayo de 2012.
- Corte Constitucional, T-547 de 2010, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 01 de julio de 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL, T-764/15, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 16 de diciembre de 2012.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-585 de 1995, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, 7 de diciembre de 1995.
- CORTE CONSTITUCIONAL; C-395/2012, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 30 de mayo de 2012.
- CORTE CONSTITUCIONAL; Sentencia T-376/2012, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, 18 de mayo de 2012;

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Fondo y reparaciones del Caso Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador, 27 de junio de 2012 Serie C N. 245
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay, Fondo, reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales recursos naturales: normas y jurisprudencia de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Interpretación de la sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Saramaka Vs Surinam, 12 de agosto de 2008 Serie C N. 185.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2007
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia Caso Escué Zapata Vs. Colombia - Fondo, reparaciones y costas;
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de excepciones, Fondo, reparaciones y costas del Caso Chitay Nech y otros Vs Guatemala, 25 de mayo de 2010 Serie C N. 212.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de fondo Yakyé Axa vs Paraguay, de junio 17 de 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia Fondo Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001, párr. 149.
- EQUIPO DE DPLF Y OXFAM, El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada de los pueblos indígenas, La situación de Bolivia, Colombia Ecuador y Perú. Editorial Biblioteca nacional del Perú. Marzo de 2011. Pág. 23, 24 y 25.
- FEDERACIÓN DE TRABAJADORES DEL CAMPO Y LA CIUDAD (FTCC), reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT - GUATEMALA - C169 - 2007 ---- Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales. Ciudad de Guatemala: 1989 (núm. 169).
- FONSECA, Johanna. Inclusión de los estándares Internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas en políticas bancarias y programas REDD+. Washintong DC: American University. 2013.
- GARCIA, Mauricio. Derecho a falta de democracia: la jurisdicción del régimen político Colombiano. Bogotá: Universidad Nacional revista Análisis Político N. 82, 2014.
- LLANO, Jairo Vladimir. Teoría del Derecho y Pluralismo Jurídico. Cali: Universidad Pontificia Javeriana. 2012.

- HOPENHAYN, Martin. Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe. Bello M. Álvaro 2001-05 Ibídem.
- MORRIS Meghan an, Rodríguez Garavito, Orduz Salinas Natalia, y Buritica Paola. La Consulta Previa a Pueblos Indígenas: Los estándares del Derecho Internacional. 2009.
- MORRIS, Meghan; RODRIGUEZ Garavito Cesar; ORDUZ Salinas Natalia y BURITICA Paula; La Consulta previa a Pueblos Indígenas: los estándares del derecho Internacional. Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes, 2009.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, Observaciones Finales sobre Surinam, 2004.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, Recomendación General de 1997.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, observación General No. 23.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones Finales a Australia (2000); Guyana (2000); Venezuela (2001); Suecia (2002); Surinam (2004); Canadá (2006); Estados Unidos (2006).
- SANCHEZ, Esther, JUSTICIA Y PUEBLOS INDIGENAS DE COLOMBIA. Bogotá: UNIJUS - Universidad nacional de Colombia, 2010.

- SÁNCHEZ, Esther, La jurisdicción especial indígena en Colombia. En La Jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2007.
- RODRÍGUEZ Cesar y ORDUZ Natalia. La consulta previa: Dilemas y Soluciones. Bogotá DC: De Justicia, 2012.
- RODRIGUEZ, Gloria Amparo, Consulta Previa con Pueblos Indígenas y Comunidades Afrodescendientes en Colombia, II. La Consulta Previa, un Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas y grupos étnicos de Colombia. Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.
- SZABLOWSKI, David, Re-empaquetando el CLPI: las conexiones globales y el debate sobre el consentimiento indígena para la extracción industrial de recursos, Anthropologica del Departamento de Ciencias Sociales, pag.220. 2010,
- YRIGOYEN, Raquel Fajardo. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. el otro derecho: número 30. Bogotá: ILSA, 2004.