

**EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, ALCANCES Y EFECTOS EN EL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**



**ALIX YOLANY TOVAR SEDANO**

Tesis de grado presentado como requisito para optar al título de:

Magister en Derecho Público

Asesor

PhD. Janneth Milena Pacheco Baquero

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO  
BOGOTÁ  
2019

## TABLA DE CONTENIDO

|                                                                                                                                              |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUCCIÓN.....</b>                                                                                                                     | <b>4</b>  |
| <b><i>Capítulo 1. DESARROLLO INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y SUS AVANCES EN EL DERECHO COMPARADO.....</i></b>               | <b>8</b>  |
| 1.1 El marco jurídico internacional del Derecho a la consulta previa.....                                                                    | 10        |
| 1.2 El Sistema Interamericano en la protección de la consulta previa.....                                                                    | 14        |
| 1.3 El control de convencionalidad.....                                                                                                      | 17        |
| 1.4 Análisis de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con la protección de los pueblos indígenas. ....      | 20        |
| 1.5 La consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ....                                             | 26        |
| 1.6 Análisis de la consulta previa, desde la perspectiva del derecho comparado. ....                                                         | 36        |
| 1.6.1 Bolivia.....                                                                                                                           | 36        |
| 1.6.2 Ecuador.....                                                                                                                           | 38        |
| 1.6.3 Perú.....                                                                                                                              | 41        |
| 1.6.4 Noruega.....                                                                                                                           | 45        |
| 1.7 Conclusión del capítulo.....                                                                                                             | 47        |
| <b><i>Capítulo 2. GÉNESIS DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS EN COLOMBIA Y EVOLUCIÓN DE LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL ..</i></b>       | <b>49</b> |
| 2.1 Las comunidades étnicas en Colombia. ....                                                                                                | 49        |
| 2.2 La consulta previa como derecho fundamental.....                                                                                         | 61        |
| 2.2.1 La consulta previa en la Constitución Política de 1991. ....                                                                           | 64        |
| 2.2.2 La consulta previa en la legislación Colombiana.....                                                                                   | 65        |
| 2.2.3 La consulta previa como derecho fundamental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. ..                                        | 69        |
| 2.3 Conclusión del capítulo.....                                                                                                             | 84        |
| <b><i>Capítulo 3. OBLIGACIONES DEL ESTADO GENERADAS POR LA CREACIÓN DE ESTRATEGIAS INSTITUCIONALES QUE PROTEGEN LA CONSULTA PREVIA..</i></b> | <b>86</b> |
| 3.1 Estrategias institucionales que protegen el derecho a la consulta previa. ....                                                           | 86        |
| 3.1.1 Dirección de consulta previa del Ministerio del Interior.....                                                                          | 87        |
| 3.1.2 Mesa Permanente de Concertación Indígena. ....                                                                                         | 88        |
| 3.1.3 El Espacio Nacional de Consulta Previa.....                                                                                            | 89        |
| 3.2 Obligaciones del Estado, en relación con la consulta previa.....                                                                         | 94        |
| 3.2.1 Obligaciones normativas e institucionales. ....                                                                                        | 96        |
| 3.2.2 Obligaciones económicas.....                                                                                                           | 98        |
| 3.2.3 Obligaciones sociales.....                                                                                                             | 100       |

|                                                                                                                                                                        |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.3 Conclusión del capítulo.....                                                                                                                                       | 102        |
| <b><i>Capítulo 4. LA CONSULTA PREVIA Y SUS IMPACTOS EN EL MODELO POLÍTICO<br/>ECONÓMICO DEL ESTADO Y EN LA PROTECCIÓN DE LAS COMUNIDADES<br/>ÉTNICAS.....</i></b>      | <b>103</b> |
| 4.1 Pertinencia de la consulta previa en el modelo político – económico de Estado, a partir<br>del análisis de las últimas sentencias de la Corte Constitucional. .... | 103        |
| 4.2 Impactos de la consulta previa en el desarrollo de medidas administrativas y<br>legislativas. ....                                                                 | 115        |
| 4.3 Impactos de la consulta previa derivados del Sistema Interamericano y su incidencia en<br>los planes de desarrollo. ....                                           | 121        |
| <b><i>Capítulo 5. ESTRATEGIAS PARA FORTALECER EL DERECHO A LA CONSULTA<br/>PREVIA. ....</i></b>                                                                        | <b>126</b> |
| 5.1 La definición del alcance del proceso de concertación en la consulta previa.....                                                                                   | 127        |
| 5.2 La creación de una instancia administrativa con funciones jurisdiccionales. ....                                                                                   | 129        |
| <b><i>CONCLUSIONES GENERALES.....</i></b>                                                                                                                              | <b>132</b> |
| <b><i>BIBLIOGRAFÍA.....</i></b>                                                                                                                                        | <b>136</b> |

## INTRODUCCIÓN

La consulta previa es un derecho en construcción que ha adquirido especial importancia y desarrollo en los últimos años, debido a que la Constitución Política de 1991 ha otorgado mayor reconocimiento y protección a las minorías étnicas colombianas, así mismo, el marco jurídico en Colombia ha adoptado una serie de normas, que protegen los derechos de estas comunidades y reconocen la diversidad étnica de la Nación colombiana.

Este derecho ha tenido un notable avance en nuestro ordenamiento jurídico, ya que se han creado leyes que adoptan y desarrollan la consulta previa, que nace con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual en su artículo séptimo, hace mención al derecho que tienen estas comunidades, de participar en los asuntos en los cuales puedan verse inmersos, postulado que materializa la consulta previa y que insta al Estado Colombiano a crear estrategias para el fortalecimiento de este derecho, contando en nuestra legislación con un amplio desarrollo normativo, previsto en un marco constitucional, legal y jurisprudencial.

La conceptualización de la consulta previa, puede abordarse desde dos ámbitos, como un derecho de contenido procesal que se establece un requisito de procedibilidad, y como un derecho de tipo sustancial, lo que implica, que su desconocimiento afecte la subsistencia misma de estas comunidades, al respecto se ha señalado:

El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas puede verse desde dos ámbitos: como un derecho procesal que presupone un requisito de procedibilidad previo a la realización de cualquier tipo de acto que pueda incidir en el territorio indígena o que los pueda afectar en su identidad cultural y étnica, o como un derecho sustantivo, por medio del cual los pueblos indígenas puedan tener acceso a la participación informada de su desarrollo y a las interferencias que podrían afectarles negativa o positivamente, es decir, incluso en aquellos casos en los cuales

se pudiese creer que la medida le resulta conveniente a los integrantes de la minoría étnica. (Rodríguez Rescia, Ministerio del Interior y de Justicia , 2008, pág 21).

Bajo este análisis, es importante comprender también, que la consulta previa, protege de forma directa el territorio ancestral de los pueblos originarios, ya que como herramienta de participación de las comunidades, permite no solo la toma de decisiones en los asuntos que afecten sus intereses, sino que también, busca garantizar el respeto por el territorio; lo anterior obedece a que la cosmovisión de estos pueblos, sus costumbres y tradiciones, otorgan una gran importancia a la tierra, como recurso sagrado que debe protegerse.

Esta característica de protección del territorio por medio de la consulta previa, permite diferenciar este importante derecho, frente a otras formas de participación, ya que la consulta no solo busca la participación política, sino que mantiene relación directa con la conservación de la tierra y por consiguiente con la subsistencia de estos pueblos (ámbito sustancial) que permite analizar sus alcances y efectos en el ordenamiento jurídico colombiano.

El marco jurídico internacional e interno, que desarrolla la consulta previa, ha traído notables avances en la protección de derechos de las comunidades étnicas, no obstante, también se advierten impactos en las obligaciones del Estado y en su modelo político y económico, que inciden directamente en la efectividad y garantía real del derecho.

Dentro de las dificultades que inciden en la efectividad del derecho a la consulta previa, encontramos la desigualdad que existe entre las comunidades étnicas (indígenas, afrodescendientes, raizales y ROM) y los demás intervinientes en los procesos de consulta, la desinformación que tienen los pueblos afectados debido a que es mínimo su acceso a la información, la falta de un procedimiento que defina claramente el proceso de concertación, donde se garanticen los derechos de las comunidades, así como la carencia de una instancia imparcial, que permita decidir respecto de los procesos y establezca unos parámetros que condicionen los intereses de las partes intervinientes.

De conformidad con lo anterior, la presente investigación tiene como finalidad, determinar *¿Cuál ha sido la evolución de la consulta previa como derecho fundamental, en el derecho internacional y el derecho interno, y su eficacia en el marco del modelo político – económico de Estado, establecido en la Constitución Política?*, teniendo como posible respuesta a la pregunta de investigación formulada, la siguiente hipótesis:

**Hipótesis:** Es notable el desarrollo normativo y jurisprudencial que ha tenido el derecho fundamental a la consulta previa en los últimos años, que impone al Estado obligaciones concretas, que conllevan a la creación de estrategias normativas e institucionales, para garantizar la efectividad del derecho; no obstante, en el acatamiento de las obligaciones internacionales y la adopción de las diferentes estrategias, hay un nuevo contexto de relaciones económicas y sociales en el marco del modelo político y económico de Estado, que afectan la eficacia del derecho y que nos llevan a la conclusión de que para garantizar su protección, es necesaria la implementación de una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, que sea imparcial y que facilite, la toma de decisiones finales en los procesos de consulta previa y garantice la protección eficaz del derecho fundamental.

Para dar respuesta a la pregunta de investigación y con el objetivo de confirmar la hipótesis, se establecen en el presente trabajo los siguientes objetivos:

***Objetivo General:***

*Identificar los avances en el marco jurídico internacional e interno que protege el derecho fundamental a la consulta previa y sus efectos e impactos en relación con las obligaciones del Estado y el modelo político – económico establecido en la constitución política.*

### ***Objetivos Específicos:***

- 1. Describir el desarrollo internacional de la consulta previa y sus avances en el derecho comparado.*
- 2. Analizar la génesis de los pueblos indígenas en Colombia y la evolución de la consulta previa como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico interno.*
- 3. Identificar las obligaciones generadas para el Estado, en el marco de la creación de estrategias institucionales que protegen la consulta previa.*
- 4. Identificar los efectos e impactos de la consulta previa en el modelo político - económico del Estado y en la protección de las comunidades étnicas.*
- 5. Proponer estrategias que permitan fortalecer el derecho fundamental a la consulta previa.*

De conformidad con lo anterior, el plan de trabajo de esta investigación, consta de 5 capítulos en los cuáles se desarrollarán los objetivos descritos. El primer capítulo analizará el desarrollo internacional del derecho a la consulta previa y sus avances en el derecho comparado, permitiendo un estudio de la evolución de la protección de este derecho, en el Sistema Interamericano, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en países como Bolivia, Ecuador Perú y Noruega, en los cuales se han presentado avances significativos que nos sirven de referente para la creación de estrategias que favorezcan a las comunidades étnicas.

En el segundo capítulo conoceremos la génesis de las comunidades étnicas, revisando estadísticas de la situación en la que se encuentran los grupos originarios en nuestro país, lo que nos permite hacer un análisis de contexto; así mismo este capítulo, abordará la evolución de la consulta previa como derecho fundamental, en la Constitución Política de 1991, en la legislación colombiana y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Tenemos entonces que estos dos primeros capítulos nos permiten desarrollar los avances en el marco jurídico internacional e interno, que protege el derecho fundamental a la consulta previa.

El tercer capítulo, identifica las estrategias institucionales que protegen la consulta previa y las obligaciones generadas para el Estado Colombiano en relación con este derecho fundamental; de igual manera en el capítulo cuarto, se estudiará su pertinencia en el modelo político – económico de Estado, a partir del análisis de las últimas decisiones de la Corte Constitucional, los impactos derivados del Sistema Interamericano y su incidencia en los planes de desarrollo.

Y por último, este trabajo desarrollará en su capítulo quinto, posibles estrategias para fortalecer el derecho a la consulta previa y sus procesos de concertación, estableciendo como propuesta la creación de una instancia administrativa con funciones jurisdiccionales, que impacte de manera positiva en el fortalecimiento del derecho fundamental y se articule con las obligaciones del Estado y el modelo político - económico de nuestra Constitución Política; ya que la creación de esta estrategia, permitiría generar importantes cambios al proceso de consulta y garantizar la protección real y efectiva de este derecho para las comunidades étnicas.

## **Capítulo 1. DESARROLLO INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y SUS AVANCES EN EL DERECHO COMPARADO.**

La consulta previa ha tenido un notable desarrollo en el derecho internacional, ya que son las organizaciones internacionales, tanto regionales (Sistema Interamericano de Derechos Humanos), como las organizaciones universales de protección de derechos (ONU), quienes en desarrollo de sus facultades, han creado una serie de convenios y tratados internacionales, ratificados por Colombia, como es el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, del cual nace la consulta previa, como el derecho

de participación que tienen las comunidades indígenas para proteger sus intereses y salvaguardar de forma directa sus territorios.

Este derecho internacional, así como el proceso de globalización, que incide en el desarrollo económico de los Estados, genera unas obligaciones para los mismos, las cuales están relacionadas con la protección del medio ambiente, la conservación de territorios y la defensa por salvaguardar las tradiciones, costumbres y cultura de los grupos ancestrales, estas obligaciones, deben materializarse en la creación de normas adecuadas que permitan la implementación de políticas de desarrollo, pero que a su vez conserven los territorios de los pueblos originarios.

Este capítulo, abordará el desarrollo internacional del derecho a la consulta previa, identificando su marco jurídico y la importancia en el Sistema Interamericano, en especial lo referente a sentencias de la Corte Interamericana, que han protegido los derechos de los pueblos indígenas; se analizará la importancia del control de convencionalidad, para poder adoptar en nuestro ordenamiento jurídico interno, disposiciones de organismos internacionales.

Finaliza este capítulo con un estudio desde el derecho comparado, revisando estrategias implementadas en países latinoamericanos como Bolivia y Ecuador donde en sus Constituciones Políticas, expedidas en el 2009 y 2008, respectivamente, consagran como principios fundantes el constituirse como Estados plurinacionales e interculturales, lo que implica el reconocimiento de distintas naciones en un Estado, en este caso el reconocimiento de la autonomía y el autogobierno de los pueblos indígenas. (Rodríguez, 2012, pág. 65. ), también revisaremos el Estado de Perú, que en su constitución consagra la pluralidad étnica de la nación, siendo un Estado que posee 52 pueblos indígenas u originarios.<sup>1</sup> y por último Noruega, que nos permite analizar otros contextos, no solo el Latinoamericano, sino también Europeo, y la forma como ha avanzado en la ampliación de los derechos políticos del pueblo Sami, ya que desde su constitución se establece, el

---

<sup>1</sup> Perú cuenta con 52 pueblos indígenas u originarios: 48 de la Amazonia y 4 de la región Andina – Estadísticas del Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana del año 2007.

derecho a participar en el parlamento, lo que constituye un avance significativo que sirve como referente para nuestro país.

### **1.1 El marco jurídico internacional del Derecho a la consulta previa.**

El marco internacional del derecho a la consulta previa, se encuentra desarrollado en una serie de disposiciones normativas, que protegen los derechos de las comunidades indígenas, una de las creaciones más importantes en relación con estos pueblos, es el **Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales** de la Organización Internacional del Trabajo OIT, que entró en vigor el 05 de septiembre de 1991, reconociendo para estos pueblos, el derecho a ser consultados en los procesos que los afecten, en esta medida el artículo 7 del mencionado Convenio señala:

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan. (Organización Internacional del Trabajo OIT, 199, Art 7).

En Colombia este Convenio se aprobó por medio de la Ley 21 de 1991<sup>2</sup> y a partir de su aprobación y adopción, el Estado colombiano, ha dispuesto de una serie de normas para proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas, así como la implementación de estrategias tendientes a fortalecer el desarrollo legal y jurisprudencial de la consulta previa, aspectos que se analizarán más adelante.

Tenemos también dentro del desarrollo internacional, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**<sup>3</sup>, el cual aborda el derecho de los pueblos indígenas a su

---

<sup>2</sup> “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989”.

<sup>3</sup> Este pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

autodeterminación, lo que implica que puedan hacer uso de sus libertades para establecer su condición política.<sup>4</sup>

En este sentido la investigación realizada por la Universidad Nacional de Colombia, sobre *“La consulta previa para la explotación de recursos naturales...”* nos señala que:

Los artículos 1 y 27 del Pacto, reconocen el derecho de las comunidades étnicas, a tener su propia cultura, religión, idioma y aunque no consagra literalmente el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha interpretado esta norma en el sentido de que la misma protege los derechos individuales y culturales de las minorías. (Perdomo, 2011, pág.33).

Es así como el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, permite que los mismos, no solo establezcan libremente su condición política, sino también que desarrollen su economía, cultura y vida en sociedad, es decir permite la participación en la toma de decisiones de estas comunidades, lo cual constituye un postulado específico de consulta previa.

Encontramos que la Organización de Estados Americanos OEA, aprobó la **Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas**<sup>5</sup>, instando a los países que hacen parte de esta organización, a dar cumplimiento a los postulados normativos establecidos en la declaración, la cual se constituye como una de las contribuciones más importantes para proteger los derechos de los pueblos indígenas, y que se logra luego de un periodo amplio de negociaciones, teniendo como objetivo principal: *“La necesidad de lograr el consentimiento informado y la participación de los pueblos indígenas en los proyectos de desarrollo de sus tierras”*. (Megan Morris, 2009, pág. 18).

---

<sup>4</sup> Artículo 1: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

<sup>5</sup> (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016).

Asimismo, la Organización de las Naciones Unidas ONU, en el año 2007, con aprobación de la Asamblea General, expide la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**, la cual establece en su artículo primero, que todos los derechos que han sido reconocidos, a través de normas internacionales, deben garantizarse a estas comunidades:

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos. (Organización de las Naciones Unidas ONU, 2007, Art. 1)

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, en conferencia de la Organización de las Naciones Unidas ONU, sobre los pueblos indígenas, desarrollo el concepto de cosmovisión indígena, estableciendo:

Para la Cosmovisión Indígena, el concepto de Madre Tierra se considera al medio ambiente como “Toda la Vida”, incluyendo los bosques, praderas, la vida marina, el hábitat, los peces y la biodiversidad, teniendo cada una de ellas un significado simbólico que define la relación de estos Pueblos con la tierra, el territorio, el agua, y demás recursos, ya que constituye la base física, cultural y espiritual de su existencia. (Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, 2014, Pág. 3).

En esta conferencia también se resaltó la importancia de la conservación del medio ambiente, para garantizar la supervivencia de las generaciones futuras y así mismo preservar los territorios ancestrales de los pueblos originarios, e instó a los Estados a celebrar las consultas, de forma previa, libre e informada, en pro de la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

La visión del mundo que tienen los grupos originarios, es decir “*la manera de ser y de pensar de acuerdo a su cultura*” (Montero, pág. 19), conlleva al respeto por sus territorios, sus tradiciones, costumbres y creencias, es por esto, por lo que es importante conocer los orígenes de los pueblos indígenas, en este caso los de nuestro país y resaltar la importancia histórica de la lucha de las comunidades étnicas por la protección de sus derechos.

Otros instrumentos jurídicos internacionales que tienen relación directa con las comunidades étnicas son:

- **Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe**<sup>6</sup>, ratificado por la Ley 145 de 1994.
- **Tratado de Cooperación Amazónica (TCA)**<sup>7</sup>, ratificado por la Ley 17 de 1981, el cual se fundamenta en el reconocimiento de los derechos indígenas y en la conservación de los recursos naturales de la cuenca amazónica.
- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, ratificado por la Ley 74 de 1968.
- **Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial**, ratificada por la Ley 22 de 1981.

Los anteriormente descritos, son los instrumentos y normas internacionales más importantes que protegen los derechos de los pueblos indígenas y que se constituyen como las garantías desarrolladas por los organismos universales de protección de derechos humanos, que materializan la constante lucha de estos pueblos originarios, por ser

---

<sup>6</sup> “El cual tiene por objeto: Establecer un mecanismo destinado a apoyar los procesos de autodesarrollo de pueblos, comunidades y organizaciones indígenas de la América Latina y del Caribe”. (Organización Internacional del Trabajo OIT., 1991)

<sup>7</sup> “El principal objetivo del TCA es la promoción del desarrollo armónico de la Amazonía, y la incorporación de sus territorios a las respectivas economías nacionales, lo que es fundamental para el mantenimiento del equilibrio entre crecimiento económico y preservación del medio ambiente.” (Cancillería de Colombia)

reconocidos y contar con disposiciones internacionales adoptadas por los países a nivel interno, para hacer efectivos sus derechos.

Estas normas internacionales, una vez son adoptadas y debidamente ratificadas por los Estados, entran a formar parte integral del bloque de constitucionalidad, figura jurídica que insta a los países a cumplir las obligaciones internacionales que nacen de la ratificación de tratados, pactos y convenciones.

Ahora analizaremos la importancia de la consulta previa, en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, para esto es preciso recordar que este sistema es regional, y que tiene como característica principal, la de ser subsidiario de los ordenamientos jurídicos internos de los países que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y que han otorgado competencia a la Corte Interamericana, órgano judicial del sistema, para conocer los casos de posibles vulneraciones a los derechos humanos y a las disposiciones normativas contenidas en la convención.

## **1.2 El Sistema Interamericano en la protección de la consulta previa.**

El Sistema Interamericano de protección de derechos humanos surge, con posterioridad a la creación de la Organización de Estados Americanos OEA, es así como en 1959, se crea la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, como un órgano político, *“encargado de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo del sistema interamericano”*, (Alvarado, 2014, pág. 38), con esta función, la Comisión Interamericana, ha desarrollado una serie de recomendaciones, tendientes a generar que los Estados, en sus procesos de desarrollo, involucren a las comunidades étnicas que se encuentren en sus territorios y brinden garantías reales y efectivas para la protección de sus derechos.

De conformidad con lo anterior, analizaremos, un informe de este órgano del Sistema Interamericano, del año 2015, el cual hace referencia a *“Los pueblos indígenas,*

*comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*". (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

En el informe citado, la Comisión Interamericana, analiza las obligaciones de los Estados, frente a la protección del medio ambiente, y la conservación de los pueblos ancestrales, toda vez que cada día aumentan las actividades extractivas en las regiones, debido a los procesos de globalización, lo que genera, que los Estados deban implementar marcos normativos adecuados, que permitan mitigar los impactos negativos que se puedan presentar y que afecten los derechos humanos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

Para cumplir con estas obligaciones por parte de los Estados, la comisión a establecido, que deben realizarse estudios de impacto social y ambiental, donde se permita la participación de las comunidades y se garantice su derecho la información de forma clara, accesible y suficiente, cumpliendo con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 13:

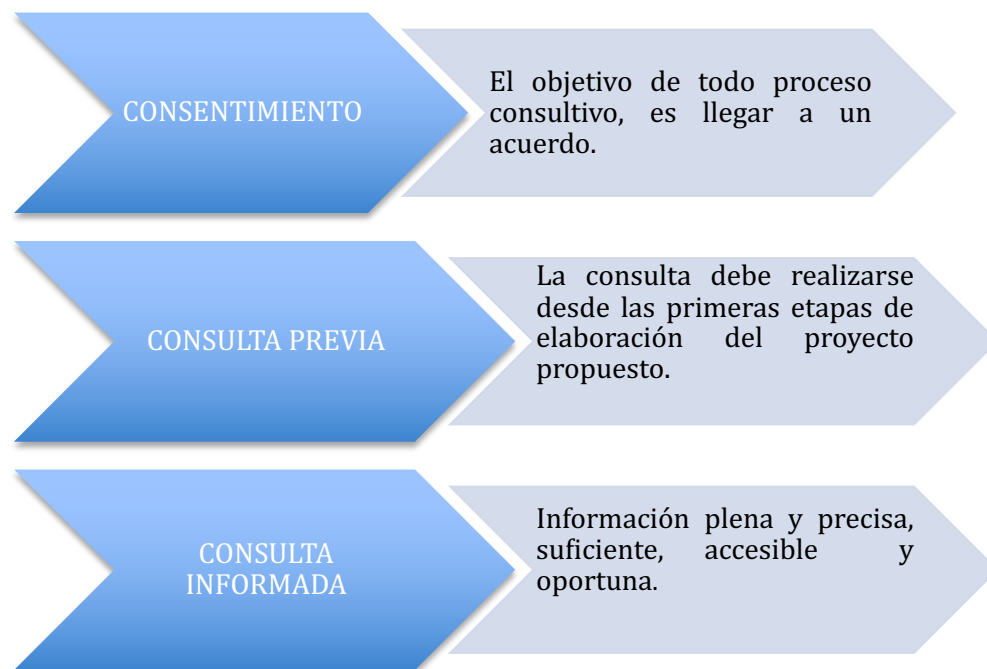
Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. (Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969, Art. 13).

La garantía de este derecho, permite que todas las personas deban ser informadas y el caso particular del informe citado:

Permite que para la aprobación de planes de desarrollo o de explotación de recursos naturales, que afecten la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar de sus tierras y de los recursos naturales presentes en sus territorios tradicionales, debe existir un equilibrio entre los intereses del Estado y la propiedad individual de estas comunidades, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, pág.82)

dando prevalencia a su derecho a la participación, que se materializa en la consulta previa, libre e informada.

La Comisión Interamericana, estableció unas características de la consulta previa, las cuales nos permiten entender la importancia de este derecho, objeto de estudio por este organismo internacional:



(Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, pág. 105)

Este sistema interamericano, también está compuesto, por un órgano judicial, encargado de *“determinar la responsabilidad internacional de los Estados y decretar la reparación integral a las víctimas a través de la tramitación de los casos contenciosos”*, (Alvarado, 2014), este órgano se conoce como **Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

En lo que respecta a las comunidades indígenas y la protección que deben brindarle los Estados a estos pueblos originarios, la corte ha dispuesto que los planes de desarrollo que afecten las tierras y los recursos naturales de las poblaciones indígenas, no pueden

adelantarse sin el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad, es decir sin antes haber realizado la consulta previa, estableciendo responsabilidades para los Estados que incumplan estos postulados, casos que serán analizados en el siguiente subcapítulo del presente trabajo.

La investigación realizada por la Universidad Nacional de Colombia, sobre “*La consulta previa para la explotación de recursos naturales...*” hace referencia a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, frente a la protección de territorios ancestrales:

Es abundante la jurisprudencia de esta corporación relacionada con los derechos indígenas y tribales, en relación con su territorio y la posibilidad de extracción y explotación de recursos naturales por parte de los Estados.

La Corte Interamericana ha establecido un claro marco jurídico para resolver los conflictos que surgen entre los Estados y las comunidades indígenas o tribales debido a las concesiones otorgadas por los gobiernos para la extracción y explotación de los recursos naturales y el desarrollo de los territorios indígenas. (Perdomo, 2011, pág. 46).

Tenemos entonces que la Corte Interamericana, en uso de su facultad de establecer responsabilidades internacionales a los Estados que vulneren derechos de las comunidades étnicas y que han aceptado la competencia contenciosa de este órgano judicial.

El siguiente subcapítulo desarrollará lo correspondiente al control de convencionalidad, para establecer con claridad, como las jurisdicciones internas de cada Estado aplican normas contenidas en tratados y la manera como los tribunales internacionales adquieren competencia para conocer de las violaciones a estas disposiciones de derecho internacional.

### **1.3 El control de convencionalidad.**

Con ocasión a la creación de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas ONU, en 1945 y la posterior configuración de nuestro Sistema Interamericano, surgen una serie de obligaciones para los Estados, que han ratificado los instrumentos normativos, tanto del sistema universal como regional de protección de derechos humanos.

Pero este proceso mediante el cual los Estados asumen compromisos ante la comunidad internacional, con la celebración de tratados internacionales, genera que deban adecuar sus normas internas a las normas internacionales y respetar no solo el control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional, sino también el control de convencionalidad.

En este sentido, los Estados que celebran tratados, pactos o convenciones, para poder adoptarlos en los ordenamientos jurídicos internos, deben realizar un trámite de ratificación, ya que el Presidente de la República, en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Política, artículo 189<sup>8</sup>, puede celebrar tratados internacionales, los cuales deberán ser aprobados por el congreso, artículo 150 superior numeral 16<sup>9</sup>, lo que implica que para que un tratado internacional, pueda adoptarse en nuestra legislación, debe ser aprobado mediante una ley en el Congreso de la República.

Pero también la misma Constitución Política señala que corresponde a la Corte Constitucional, proteger la integridad y supremacía de la Constitución, lo que implica que *“deba decidir sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y las leyes que*

---

<sup>8</sup> Artículo 189 numeral 2: Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.

<sup>9</sup> Artículo 150 numeral 16: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.

*los aprueben*”<sup>10</sup>, toda vez que para que un tratado internacional pueda integrar nuestro bloque de constitucionalidad, debe ser acorde a las leyes preexistentes en el país.

De esa misma manera, nuestro país también hace parte de organizaciones internacionales como la OEA, y ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento jurídico del Sistema Interamericano, aceptando la competencia de la Comisión y Corte interamericana, desde el 21 de junio de 1985 la cual en los artículos 45 y 62 establece:

Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Arts. 45 y 62).

Esta ratificación genera que el Estado Colombiano, deba respetar lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, adecuando sus normas internas y respetando las decisiones que el órgano judicial del sistema (Corte Interamericana), disponga sobre asuntos que lo involucren, y este postulado es el que desarrolla la figura del control de convencionalidad.

Tenemos entonces que es la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 2, establece el deber de los Estados de adoptar en el derecho interno las disposiciones contenidas en este instrumento jurídico:

---

<sup>10</sup> Artículo 241 numeral 10: A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Art. 2).

Es entonces el control de convencionalidad, el que insta a los Estados a cumplir las normas internacionales que han ratificado (Convención Americana de Derechos Humanos), y *“hace efectiva la defensa de los derechos fundamentales vulnerados o no tenidos en cuenta por el respectivo Estado parte,”* (Gerardo A. Durango Álvarez & Keinner José Garay Herazo, 2015), otorgándole una mayor importancia al derecho internacional, ya que éste se encuentra contenido en el bloque de constitucionalidad, y es una fuente de derecho aplicable por parte de los jueces en la toma de decisiones así fundamento de las sentencias de la Corte Constitucional.

Entendiendo la importancia de este control de convencionalidad, revisaremos ahora, algunas sentencias de la Corte Interamericana en relación con la protección de los pueblos indígenas.

#### **1.4 Análisis de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con la protección de los pueblos indígenas.**

Analizaremos sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tratan sobre la protección de los pueblos indígenas y establecen responsabilidades para los Estados, cuando incumplen normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, este análisis se realizará tomado como referente nuestro país en dos sentencias, una para comunidades indígenas, la otra para comunidades afrodescendientes, donde la corte reitera la importancia de conservación de los territorios de estos grupos étnicos.

Posteriormente analizaremos una sentencia de Ecuador, del año 2012, donde la Corte Interamericana, insta al Estado para que realice la consulta previa, y así proteger los derechos de la comunidad Kichwa de Sarayaku, que se ven vulnerados por la explotación de hidrocarburos.

Iniciamos el análisis con los casos de Colombia:

| <p><b>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS</b></p> <p><b>Caso Escué Zapata Vs. Colombia<sup>11</sup></b></p> <p>Sentencia de 4 de julio de 2007</p> |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>HECHOS</b>                                                                                                                                           | El señor Germán Escué Zapata, era gobernador del resguardo indígena de Jambaló en el Departamento del Cauca y se dedicaba a la defensa del territorio indígena, pero fue víctima de secuestro y posterior asesinato por parte de militares, quienes ingresaron a su vivienda y de manera violenta, lo llevaron a las inmediaciones de un caserío ubicado en el resguardo, donde posteriormente sus familiares encontraron el cuerpo sin vida del señor Escúe. |
| <b>DERECHOS VULNERADOS</b>                                                                                                                              | Los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos.                                                                                                                                                                                                                                            |
| <b>ANÁLISIS DE</b>                                                                                                                                      | La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |

---

<sup>11</sup> Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

|                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>LA CORTE</b> | el caso constituye un patrón de violencia contra los pueblos indígenas del Cauca, recordando que este uno de los Departamentos en Colombia con mayor población indígena 247.897 <sup>12</sup> integrantes, pertenecientes a distintas comunidades étnicas como los Paeces, Guambianos, Totoroes, Yanacona, Eperara-Siapidara, Inga y Kokonucos. Así mismo la corte señaló que a lo largo de la historia, han sido estos grupos los más vulnerados, instó al Estado Colombiano a crear instancias de diálogo y concertación de políticas públicas que protejan a los pueblos indígenas. |
| <b>DECISIÓN</b> | La Corte decide que el Estado colombiano debe indemnizar a los familiares de la víctima e iniciar eficazmente procesos penales para establecer responsabilidades por los hechos ocurridos.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007)

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p align="center"><b>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS</b></p> <p align="center"><b>CASO DE LAS COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES<br/>DESPLAZADAS DE LA CUENCA DEL RÍO CACARICA (OPERACIÓN<br/>GÉNESIS) VS. COLOMBIA</b></p> <p align="center">SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2013<sup>13</sup></p> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

---

<sup>12</sup> “Colombia: una nación multicultural. Su diversidad étnica”, Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, Dirección de Censos y Demográficas (expediente de anexos a la contestación a la demanda, Tomo I, Anexo 1, folio 1118). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>13</sup> (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

|                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|-----------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>HECHOS</b>               | <p>Las violaciones de derechos humanos cometidas en relación con la denominada “Operación Génesis”, llevada a cabo entre el 24 y el 27 de febrero de 1997 en el área general del Río Salaquí y Río Truandoó, zona cercana a los territorios de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica, departamento del Chocó, que resultaron en la muerte de Marino López Mena y el desplazamiento forzado de cientos de personas, muchos de los cuales eran miembros de las comunidades afrodescendientes Asimismo, se alega la violación del derecho a la propiedad colectiva de dichas comunidades sobre los territorios que han poseído ancestralmente y que el Estado les ha reconocido.</p> |
| <b>DERECHOS VULNERADOS</b>  | <p>Los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| <b>ANÁLISIS DE LA CORTE</b> | <p>Los desplazamientos forzados se dieron por acción de los grupos paramilitares que, en el marco de la operación “Cacarica”, ordenaron a los pobladores de las comunidades de la cuenca del río Cacarica desalojar sus territorios provocando así un desplazamiento masivo de población.</p> <p>Por lo anterior el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias tendientes a garantizar el retorno integral de las comunidades a sus territorios y a su vida en familia y comunidad.</p>                                                                                                                                                                                                   |
| <b>DECISIÓN</b>             | <p>La Corte concluye que el Estado es responsable por haber incumplido con su obligación de garantizar los derechos a la integridad personal y a no ser desplazados forzosamente</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |

|  |                                                                                      |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------|
|  | (contenido en el derecho de circulación y residencia), reconocidos en la convención. |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------|

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013)

El siguiente análisis del caso de Ecuador, desarrolla los parámetros que ha venido siguiendo la Corte Interamericana en relación con la protección de los derechos de los pueblos indígenas en lo que respecta a la consulta previa, encontraremos en la sentencia, que se establecen unas reglas para los casos en los cuales se van a desarrollar explotaciones o exploraciones petroleras, señalando que si se involucran territorios indígenas, las comunidades deben consultarse previamente, indicando impactos ambientales y compartiendo los beneficios que se produzcan.

| <b>CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS</b><br><b><i>PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR</i></b><br><b>SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2012<sup>14</sup></b> |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>HECHOS</b>                                                                                                                                                           | Los hechos consistieron en el otorgamiento por parte del Estado de Ecuador de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, en la década de 1990, sin que se hubiere consultado previamente con éste y sin su consentimiento. |
| <b>DERECHOS VULNERADOS</b>                                                                                                                                              | El derecho a la propiedad privada, reconocido en el artículo 21, el derecho a la vida, las garantías judiciales y la protección judicial, contemplados en los artículos 4, 8 y 25, el derecho de circulación y residencia reconocido en el artículo 22, de la Convención Americana de Derechos Humanos.                                           |

<sup>14</sup> Sentencia (*Fondo y Reparaciones*) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

|                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|-----------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| <b>ANÁLISIS DE LA CORTE</b> | <p>La Corte estableció que para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir las siguientes recomendaciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>i) <i>Efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala;</i></li> <li>ii) <i>La realización de un estudio de impacto ambiental;</i></li> <li>iii) <i>En su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quienes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones.</i></li> </ul> |
| <b>DECISIÓN</b>             | <p>El Estado debe consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de conformidad con las normas internacionales que regulan la consulta previa.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012)

Concluimos que con ocasión a haber realizado el trámite de ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, los países que también hacen parte de la OEA, se comprometen mediante el control de convencionalidad a cumplir lo establecido por la convención y a realizar la adecuación de sus normas a nivel interno; asimismo están obligados a cumplir las decisiones contenidas en los fallos de la Corte Interamericana, y en caso particular de análisis a tomar las acciones pertinentes para proteger los derechos de las comunidades étnicas, ya que como se ha establecido hasta el momento, la protección de estos pueblos, se origina en el derecho internacional y los tratados, pactos y convenciones creados para tal fin.

Analizaremos ahora cuál ha sido el avance en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, frente al tema específico de este trabajo que es la consulta previa, realizando una síntesis de las sentencias que desde el año 2000 hasta la fecha, ha desarrollado el órgano judicial del sistema interamericano, en torno a las obligaciones generadas para los Estados, con ocasión al desarrollo del derecho a la consulta previa para comunidades étnicas.

### **1.5 La consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Las obligaciones que surgen para los Estados en relación con la consulta previa, nacen en el derecho internacional, en especial de la aplicación y adopción de tratados, que consagran deberes de protección a las comunidades étnicas e instan a los gobiernos a garantizar su derecho de participación en aquellos asuntos en los que se involucren intereses de los pueblos originarios o se afecten sus territorios.

Con lo anterior tenemos que, el desarrollo internacional de la consulta previa es fundamental, ya que a partir de este, nacen las obligaciones para los Estados a nivel interno, quienes deben en sus ordenamientos jurídicos, adoptar las normas y procedimientos necesarios para dar cumplimiento a estas disposiciones internacionales, en este caso específico nos ocuparemos de las responsabilidades que deben asumir los Estados

derivadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la consulta previa.

El primer caso que analizaremos es el de la **Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**, sentencia de 31 de agosto de 2001, en donde la petición elevada por la comunidad indígena se centra en solicitar, que el Estado de Nicaragua realice la demarcación de las tierras comunales del pueblo indígena Awas Tingni y se abstenga de otorgar concesiones para el aprovechamiento de recursos naturales en tierras ocupadas por esta comunidad, ya que no realizó proceso de consulta previa.

La Corte Interamericana, determinó, que Nicaragua vulneró el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho de propiedad consagrado en el artículo 21 y estableció que el Estado de Nicaragua, debe delimitar y titular las tierras a la comunidad indígena, así como abstenerse de realizar trámites que atenten contra el territorio de los Awas Tingni.

Es de resaltar dentro de la sentencia las obligaciones que surgen para Nicaragua con ocasión a este fallo y que consisten en adoptar en su ordenamiento jurídico interno las normas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Interamericana, al respecto se señaló:

El Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001).

El siguiente caso es el de la **Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**, sentencia de 17 de junio de 2005, donde se solicitó al Estado de Paraguay, adoptar medidas de reparación, ya que a la comunidad étnica no se le garantizó su derecho a la propiedad ancestral, toda vez que desde 1993 tramitaron una solicitud de reivindicación territorial sin que esta haya sido resuelta, lo que genera que la comunidad no logró acceder a sus tierras, hecho que ocasionó una afectación a sus derechos fundamentales y su propia supervivencia.

Es necesario tener en cuenta que el Estado de Paraguay había hecho unos ofrecimientos para otorgar unas tierras a la comunidad indígena, pero la misma no aceptó esta oferta ya que estas tierras, pertenecían a otra comunidad étnica y no se había realizado el proceso de consulta previa que es fundamental cuando el Estado realiza acciones que involucran territorios indígenas.

En este caso la Corte Interamericana, ordena al Estado realizar la delimitación del territorio de esta comunidad, adoptando en el derecho interno las medidas necesarias para garantizar el respeto de los territorios y los derechos de los pueblos indígenas, en especial el de la comunidad Yakye Axa. (Corte Interamericana, sentencia Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, 2005).

En el mismo sentido del fallo descrito anteriormente, se pronunció la Corte Interamericana, en el caso de la **Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay**, sentencia de 29 de marzo de 2006, donde la comunidad indígena también reclamaba, la reivindicación de la propiedad ancestral que había solicitado desde 1991, sin que el Estado haya entregado los territorios, por tal motivo el alto tribunal, decide al igual que en el caso comunidad indígena Yakye Axa, que el Estado de Paraguay, debe devolver la tierra a la comunidad y a través de un proceso de consulta, concertar acerca de las tierras alternativas que serán entregadas, las cuales deben cumplir con características similares a las tierras tradicionales de esta población étnica. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, 2006).

Otro caso importante es el del **Pueblo Saramaka vs. Surinam**, sentencia del 28 de noviembre de 2007, donde en esta ocasión la Corte Interamericana estudia las presuntas violaciones que cometió el Estado con el pueblo Saramaka, comunidad tribal que habita la región superior del río Surinam, éstas vulneraciones consistieron en no brindar a la comunidad el uso y goce de sus territorios ancestrales omitiendo de esta manera el deber de adoptar disposiciones internas para asegurar estos derechos; en ese sentido, el alto tribunal, determinó que era deber del Estado, delimitar, marcar y otorgar título colectivo del territorio a los miembros de esta comunidad, y uno de los aspectos más importantes de este fallo consistió en la obligación que se generó para el Estado, de adoptar las medidas tanto normativas como administrativas necesarias, para que el pueblo Saramaka pueda ser consultado previamente en aquellos asuntos que involucren sus intereses y sus derechos:

El Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007)

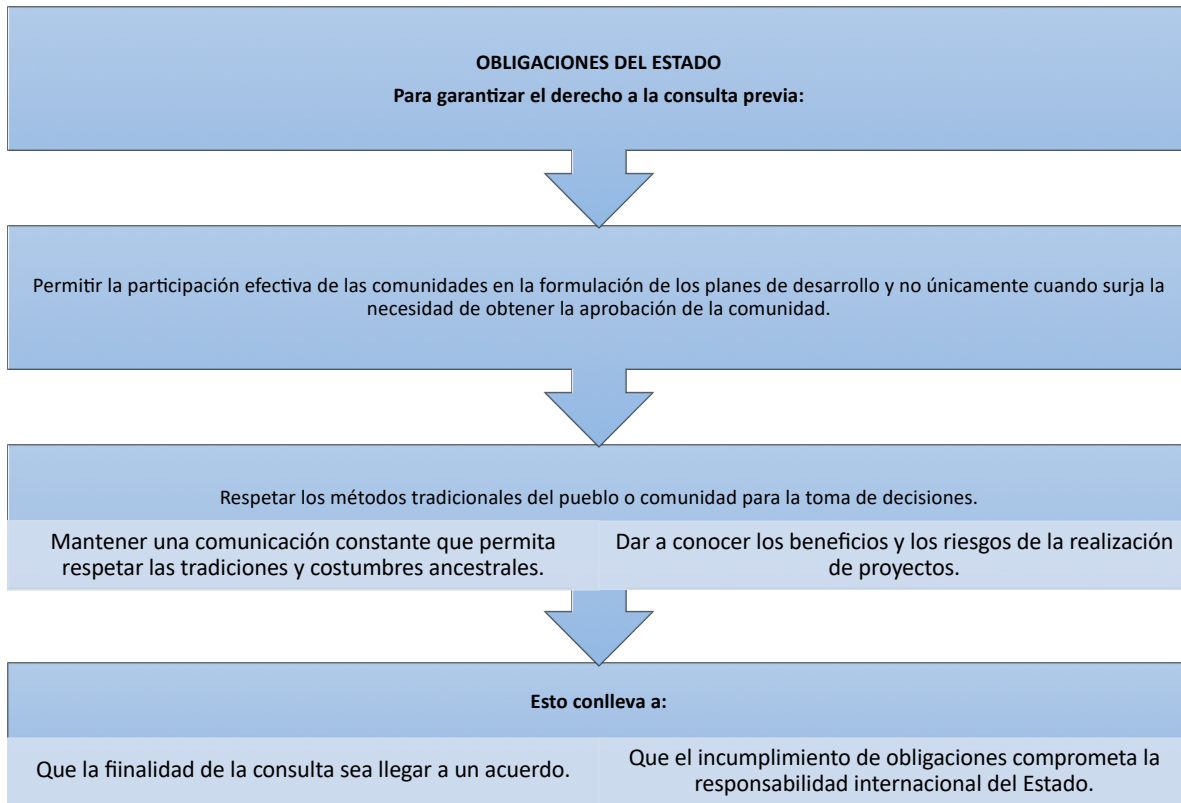
En el fallo de la **Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay**, sentencia del 24 de agosto de 2010, el pueblo indígena solicita a la Corte Interamericana declarar la responsabilidad internacional del Estado con ocasión a la vulneración del derecho a la propiedad ancestral, toda vez que no se resolvió de manera satisfactoria la solicitud de reivindicación territorial presentada por el grupo étnico en 1991; situación que es similar a las ya analizadas en sentencias contra el Estado de Paraguay, donde al igual que en este caso, la Corte Interamericana, ordena devolver las tierras reclamadas a la comunidad y dar cumplimiento a las obligaciones internacionales que surgen de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, que genera que los jueces en el ámbito interno, en el momento de sustentar sus decisiones, estén sujetos no solo las normas internas, sino también al control de convencionalidad, al respecto la corte señaló:

El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, 2010).

La sentencia del **Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador** del 27 de junio de 2012, es uno de los fallos de la Corte Interamericana más significativos en materia de consulta previa ya que establece claramente como debe aplicarse este derecho, resaltando que la consulta debe ser adecuada, accesible, informada y debe desarrollarse respetando la buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo, para esto es necesario que el Estado realice estudios de impacto ambiental y adopte en el derecho interno las normas necesarias para garantizar la protección de territorios de las comunidades de las comunidades.

En el caso particular, la comunidad indígena refiere que el Estado de Ecuador otorgó permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de explotación en sus territorios sin que se hubiese llevado a cabo el proceso de consulta previa; la Corte Interamericana, una vez estudiado el caso determinó que Ecuador es responsable por la violación del derecho a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, consagrados en la convención americana artículo 21 situación que también colocó en riesgo los derechos a la vida e integridad personal del grupo étnico. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador, 2012)

De este fallo podemos sintetizar los argumentos que a continuación serán descritos y que establecen la interpretación que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la garantía de la consulta previa y los compromisos y obligaciones que se generan para los Estados con el fin de dar cumplimiento al control de convencionalidad:



La sentencia de los **Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá**, del 14 de octubre de 2014, hace referencia a la responsabilidad internacional del Estado de Panamá con ocasión a la violación del derecho a la propiedad colectiva de la comunidad indígena debido a la construcción de la represa hidroeléctrica del Bayano, la cual generó una serie de problemas ambientales consistentes en la tala ilegal de bosques e inundaciones en los territorios ancestrales.

Por lo anterior la Corte Interamericana, ordenó al Estado delimitar y otorgar titulación de los territorios y las indemnizaciones correspondientes por la vulneración del derecho a la propiedad, así mismo estableció que debe consultarse y llegar a un acuerdo con el pueblo indígena respecto del proceso de indemnización ya que este no puede darse sin el consentimiento por parte del grupo étnico, también destacó la relación estrecha que tienen estos pueblos con la tierra:

Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá, 2014).

La Corte Interamericana el 25 de noviembre de 2015, expide la sentencia, caso **Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam**, en la cual se establece la responsabilidad internacional del Estado, por la vulneración de derechos de las comunidades y la ausencia de un marco normativo que reconozca personalidad jurídica a estos pueblos, lo que conlleva a que no existan bases normativas que permitan el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva, ocasionando que terceros busquen ser reconocidos como propietarios de los terrenos, para a su vez explotar los recursos naturales y realizar actividades de minería.

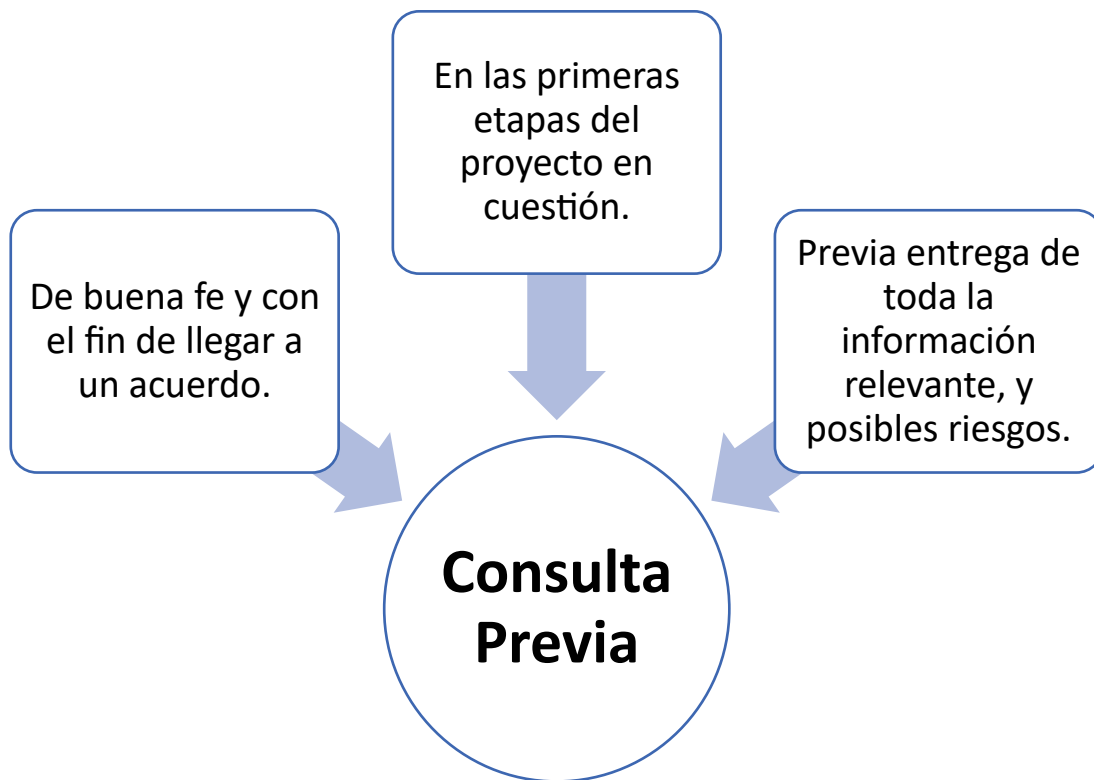
El Estado de Surinam ha otorgado licencias para explotaciones mineras, sin haber realizado el proceso de consulta previa a los pueblos indígenas, lo que implica violación al derecho de participación, al derecho a la propiedad colectiva y el derecho a la titulación de sus predios, es por esto que la corte ordena al Estado, otorgar a los pueblos Kaliña y Lokono, el reconocimiento legal de la personalidad jurídica colectiva, la titulación de sus territorios y la garantía de participación de estas comunidades en la toma de decisiones sobre asuntos que los afecten.

En esta sentencia también establece que uno de los aportes más significativos en materia indígena y tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido:

La interpretación realizada al artículo 21 de la Convención Americana; así, la Corte ha desarrollado una interpretación que protege una de las realidades características de la región, la propiedad comunal de los territorios ancestrales. En este entendido, en los contextos de grandes proyectos o planes de desarrollo, inversión, exploración,

explotación y extracción, la Corte ha creado una sólida línea jurisprudencial sobre la obligación de consulta a los pueblos indígenas y tribales, en la medida en que dichos proyectos, afecten tanto sus territorios como su forma de vida dentro de los mismos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, 2015).

Así las cosas el alto tribunal del Sistema Interamericano, concluye que la consulta previa debe ser:



Con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de consulta previa, podemos concluir que de conformidad con el control de convencionalidad, los Estados se encuentran obligados a adoptar en sus ordenamientos jurídicos internos, las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la protección de los territorios ancestrales y el derecho de participación, el cual no solamente debe hacerse exigible cuando se desarrollen proyectos que afecten la propiedad colectiva,

sino desde el momento de la formulación de los planes de desarrollo, lo que genera que las obligaciones que surgen para el Estado, tengan su origen en el derecho internacional.

Esta situación, respecto a la decisión adoptada por la Corte Interamericana, en cada una de las sentencias anteriores, desarrolla claramente su posición frente a las comunidades indígenas, donde se resalta que el alto tribunal del Sistema Interamericano, al realizar una interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, y aplicarlas en sus jurisprudencias, protege de manera directa a las comunidades, en especial a sus territorios, por considerar que son parte fundamental del desarrollo de la vida, la cultura y las tradiciones ancestrales.

La Corte Interamericana, no solo ordena a los Estados que deben garantizar el desarrollo de la consulta previa, sino que también establece que debe realizarse una delimitación de los territorios indígenas, que conlleve a una titulación, que les permita tener un reconocimiento como comunidad étnica, ya que es dicho reconocimiento, el que les otorga personalidad jurídica, para poder posteriormente reclamar su derecho de participación al Estado.

En estas sentencias, se evidencia como la Corte Interamericana, otorga prelación a los derechos de las comunidades indígenas, frente a los proyectos de explotación minera o petrolera que desarrolla el Estado, señalando que estas obras o actividades no pueden realizarse hasta tanto se hayan consultado las comunidades, respetando sus métodos tradicionales, explicándoles los alcances de estos proyectos, sus beneficios, riesgos, y lo más importante, logrando un verdadero proceso de concertación que finalice con un acuerdo, donde se establezca que en caso de incumplimiento, el Estado asume responsabilidades internacionales.

Estas responsabilidades internacionales, que nacen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, instan a los Estados para que desde la formulación de sus planes de desarrollo, realicen los procesos de consulta previa, con el fin de que la ejecución de los mismos pueda darse respetando los derechos y territorios de las comunidades indígena; lo anterior en el marco de una de las posturas más importantes que desarrolla el alto tribunal en

sus sentencias y es la conservación del medio ambiente y los recursos naturales, la cual se constituye como una obligación del Estado.

Pero lo que nos lleva a cuestionarnos, no es solamente, las obligaciones que surgen para los Estados de incluir en sus planes de desarrollo, las medidas necesarias para proteger los territorios ancestrales, pese a que esta es una tarea compleja, porque pueden participar representantes de las comunidades étnicas, que se encuentran asociados por ejemplo en la Mesa Permanente de concertación Indígena, pero que sucede con los pueblos indígenas que aún están en constante lucha por sus territorios y que no hacen parte de estas asociaciones, ¿cómo puede el Estado garantizar sus derechos?.

Son precisamente estas obligaciones que nacen en el derecho internacional, las que se constituyen como los retos más grandes para el Estado, debido a que muchas de las tierras en Colombia, no están tituladas, no hay una actualización del catastro, existen muchos territorios que no han sido adjudicados a las comunidades indígenas, quienes en muchos casos, víctimas del desplazamiento abandonaron sus pueblos de origen y se encuentran a la espera de que el Estado garantice sus derechos.

A continuación abordaremos como se ha desarrollado la protección de derechos de los pueblos indígenas en países de América Latina, (Bolivia, Ecuador y Perú), para luego hacer un análisis de la consulta previa y su desarrollo en Noruega, ya que fue uno de los países que primero ratificó el convenio 169 de la OIT, recordemos que estos países objeto de estudio, fueron seleccionados toda vez que consagran en sus constituciones un Estado plurinacional y han sido pioneros en protección y garantías de participación de los pueblos originarios.

## 1.6 Análisis de la consulta previa, desde la perspectiva del derecho comparado.

### 1.6.1 Bolivia

Iniciando el análisis de las estrategias que se han creado en pro de los derechos de los pueblos indígenas y la consulta previa en América Latina, el primer país que trabajaremos es Bolivia, al respecto hay que mencionar que es un país donde la consulta previa está consagrada en su Constitución Política de 2009, lo que implica que este derecho constituye una garantía constitucional importante, debido a que Bolivia, desde el punto de vista histórico se ha desarrollado en torno a la comunidades indígenas.

La nueva Constitución Política Boliviana de 2009, desarrolla un tema muy importante y es lo que tiene que ver con la categoría de nuevo **Estado Plurinacional**, es decir, en este país, se reconoce la autonomía de los pueblos indígenas, los cuales son dirigidos también por la constitución, al respecto, el artículo “*Los estados plurinacionales y el movimiento indígena*”, ha desarrollado el concepto de estado plurinacional, señalando:

El Estado Plurinacional “es la organización de gobierno que representa el poder político, económico y social del conjunto de pueblos y nacionalidades de un país... se forma cuando varios pueblos o nacionalidades se unen bajo un mismo gobierno, dirigidos por una Constitución. (Amparo Sigcha & Ramiro Vinueza , 2010, Parr. 4).

La Constitución Boliviana, al orientar el Estado plurinacional comunitario, consagra en la Nueva Constitución Política del Estado, derechos indígenas, autonomías y amazonia; también a incorporado un nuevo documento sobre ideas principales de derechos indígenas en relación con la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos originarios y el convenio 169 de la OIT.

Es en el artículo primero de la Constitución Boliviana que encontramos consagrado el Estado plurinacional comunitario:

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. (constitución Política de Bolivia, 2009, Art. 1).

Bolivia es un país donde las tradiciones, la cultura y las raíces indígenas son fundamentales, es por esto por lo que se reconoce la integralidad del territorio indígena y con esto una serie de derechos dentro de los cuales se encuentra la consulta previa e informada y que propugnan por la conservación de estos pueblos indígenas.

Existen también un desarrollo entorno a la consulta previa y que se materializa a través del reconocimiento de organizaciones territoriales, y la adopción de un enfoque transversal, tenemos:

- i) El reconocimiento legal de organizaciones territoriales, que ha permitido que organizaciones como la Confederación de Indígenas del Oriente Boliviano (CIDOB), el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ), la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB) y la Federación Sindical de Mujeres Bartolina Sisa representen a las comunidades indígenas y campesinas originarias, y que las tres primeras actúen como agentes en los procesos de consulta previa relativos a los territorios indígenas.
- ii) La adopción del enfoque transversal o la incorporación de los asuntos indígenas en la agenda de las políticas públicas de todos los niveles estatales. (Due Process of law foundation, 2003, Pág, 94).

La adopción de un enfoque transversal y la inclusión de derechos como la integralidad del territorio, la consulta previa e informada, la participación en los beneficios que se generen con ocasión a la explotación de los recursos naturales no renovables que están dentro de su

territorio y la legalización de organizaciones territoriales, se han configurado como los avances más importantes en relación con el reconocimiento de los derechos de los indígenas en Bolivia.

### 1.6.2 Ecuador

La Constitución de Política de la República de Ecuador de 2008, consagra un Estado constitucional de derechos, soberano, unitario, independiente, democrático, pero uno de los aspectos que hay que resaltar es que es un estado plurinacional e intercultural, así se señala en el artículo primero:

El Ecuador es **un Estado** constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, **intercultural, plurinacional** y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. (Constitución Política de la República del Ecuador, 2008, Art 1).

Podemos observar como desde la Constitución Política del Ecuador, se brinda una garantía a los derechos de los pueblos indígenas, montubios y afroecuatorianos, avanzando en el reconocimiento de estas comunidades y consagrándose como un estado plurinacional.

El artículo 57 a su vez, se desarrolla en torno al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, afroecuatoriano y montubio, es preciso recordar que estos derechos según Ferrajoli, pertenecen exclusivamente a sujetos colectivos; encontramos consagrado en el numeral 7, el derecho a la consulta previa, libre e informada.

La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen.

La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (Constitución Política de la República del Ecuador, 2008, Art. 57).

Es importante resaltar que hubo un avance en el desarrollo del derecho a la consulta previa, ya que en la constitución de 1998, en su artículo 84 donde se consagraban los derechos colectivos, se establecía únicamente el derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultados sobre todos aquellos programas que deban realizarse en sus territorios y que los afecten cultural o ambientalmente, teniendo la posibilidad de recibir indemnización por estos perjuicios, pero no se establecía que la consulta debería ser obligatoria, lo que generaba una serie de dificultades en la práctica, porque al no existir una obligatoriedad y un procedimiento, se desconocía este derecho.

Actualmente existe un desarrollo legislativo, entorno a la consulta previa y es la ley orgánica de participación ciudadana del 2010, donde se desarrolla este derecho desde dos ámbitos, el primero hace relación a la consagración de la consulta como un derecho colectivo y el segundo como un derecho ambiental que busca mitigar los efectos generados con ocasión a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas. Esto constituye un avance importante para la república de Ecuador, ya que anteriormente no se contaba con un desarrollo legislativo para la consulta previa, lo que se configuraba como la dificultad principal para la garantía de este derecho.

En Ecuador, el convenio 169 de la OIT, hace parte del bloque de constitucionalidad, ratificado mediante Decreto N° 1387 de 1998, el cual busca garantizar la participación de las comunidades en los programas y proyectos que se adelanten en sus territorios, pero no solo se ha dado un desarrollo desde el derecho internacional, al procedimiento de consulta previa, sino que también en el ámbito interno, se han creado una serie de herramientas tendientes a establecer unas directrices en torno a la aplicación de este derecho, dentro de estas encontramos, un instructivo para la aplicación de la consulta pre legislativa, en los

cuales e establecen los principios básicos que deben tenerse en cuenta para la realización de la misma, tenemos:

| <b>PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA CONSULTA PREVIA EN ECUADOR</b> |                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>OPORTUNIDAD</b>                                         | La consulta se realizará antes de la expedición de cualquier Ley que pudiere afectar los derechos colectivos                                                                                                                                                                                    |
| <b>PLAZO RAZONABLE</b>                                     | La consulta se realizará respetando el tiempo necesario para el desarrollo de las fases de la consulta prelegislativa; y, especialmente, de las deliberaciones internas y de los titulares de derechos colectivos.                                                                              |
| <b>BUENA FE</b>                                            | Durante el proceso de consulta, la Asamblea Nacional y los titulares de derechos colectivos que están vinculados en temas sustantivos para ser consultados, actuarán con honradez, probidad, transparencia, diligencia, responsabilidad.                                                        |
| <b>INTERCULTURALIDAD<br/>Y<br/>PLURINACIONALIDAD</b>       | La consulta se desarrollará dentro del marco de los principios de interculturalidad, plurinacionalidad y acción afirmativa, de conformidad con lo establecido en la constitución política.                                                                                                      |
| <b>INFORMACIÓN VERAZ<br/>Y SUFICIENTE</b>                  | La Asamblea Nacional proporcionará a titulares de derechos colectivos que están vinculados a temas sustantivos para ser consultados, toda la información objetiva, oportuna, sistemática y veraz relativa a la consulta, por cualquier medio, forma y en los idiomas de relación intercultural. |
| <b>AUTONOMÍA</b>                                           | La participación deberá ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno, respetando su autonomía.                                                                                                                                                                                          |

|  |  |
|--|--|
|  |  |
|--|--|

(Centro de derechos económicos y sociales, 2016)

También se plantean las fases de la consulta previa en Ecuador, las cuales se sistematizan en:

- Fase de preparación
- Fase de convocatoria pública
- Fase de información y realización
- Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta prelegislativa. (Asamblea Nacional de la República de Ecuador, 2012)

Ecuador a tenido un avance significativo, en temas de procedimiento de la consulta previa, ya que plantea los principios básicos que deben respetarse en los procesos, lo que genera una mayor efectividad y garantía de este derecho.

### **1.6.3 Perú**

Perú es otro de los países latinoamericanos, donde el reconocimiento de las comunidades indígenas y la protección de su territorio ha sido uno de los pilares en el desarrollo constitucional y legislativo, tenemos que la Constitución Política de Perú de 1993, en su artículo 2 consagra como derechos fundamentales de la persona, la identidad étnica y cultural, al mismo tiempo que establece que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.

Artículo 2: Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho: ... A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. (Constitución Política del Perú, 1993, Art 2).

Una de las dificultades que se presenta en Perú, es que existe la consagración constitucional de proteger la pluralidad étnica, pero a diferencia de países como Ecuador, Bolivia y

Colombia, no se ha avanzado lo suficiente en el desarrollo normativo de este derecho, ya que la reglamentación de la consulta previa, se configuró luego de que ocurrieran muchos acontecimientos de conflicto social, lo que ha generado incidencia directa en la garantía de los derechos de las comunidades; según estudio de Due Process of law foundation, en su libro *“Derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas”*, el 44% de los conflictos sociales se genera por la falta de un proceso de consulta previa.

En el libro *“la consulta previa, libre e informada en el Perú. Inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos”*, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se señala la importancia de la realización de la consulta previa, para evitar que se concreten estos actos de conflicto social, al respecto tenemos:

El derecho a la consulta previa es esencial para poder asegurar muchos de los derechos de los pueblos indígenas, puesto que es el mecanismo mediante el cual se busca proteger la voluntad real de estos grupos y proteger su derecho a una vida digna. El derecho a la consulta significa un recurso de protección reforzada a las poblaciones indígenas, producto de la larga historia de exclusión de la cual han sido víctimas. En efecto los pueblos indígenas han sido históricamente despojados de sus territorios, han sido obligados a perder mucha de su cultura e incluso se ha intentado exterminarlos. De esta manera la obligación que tienen los Estados de consultar es una forma de reparación histórica que ha sido implementada para que no se sigan produciendo las violaciones de derechos humanos de las que este colectivo ha sido víctima. (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012)

Lo anterior nos permite inferir que un adecuado proceso de consulta previa, no solo va a garantizar el derecho de participación de estas comunidades, sino que también busca proteger y salvaguardar el orden público que se altera con ocasión a la no realización de las consultas.

También es importante resaltar, que el Estado de Perú, adoptó el convenio 169 de la OIT, lo que constituye un desarrollo importante en la normatividad internacional, tenemos:

A pesar de que la Constitución no consagra expresamente el derecho a la consulta previa, este tiene cobertura constitucional directa por medio de las normas referidas al sistema electoral, concretamente los artículos 176, 178, 181 y 182 de la Constitución, que reconocen de manera genérica la posibilidad de realizar consultas populares. Asimismo, tiene cobertura constitucional indirecta, por medio de las normas que reconocen el derecho a la participación, protegido por los artículos 2.17 y 31 de la Constitución, y el derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2.19 constitucional. De igual manera, tiene cobertura constitucional directa, toda vez que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas ha sido reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados por el Estado peruano, entre los que se encuentra el Convenio N° 169 de la OIT, el cual ha sido incorporado al ordenamiento jurídico constitucional y al bloque de constitucionalidad, mediante las cláusulas de apertura, contenidas en los artículos 3 y 55 y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. (Due Process of law foundation, 2003, pág. 101).

En el 2011, en Perú se aprobó la ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la OIT, esta ley fue el resultado de innumerables esfuerzos por lograr una consagración legal del derecho a la consulta previa, que generara una obligatoriedad para su realización y de esta manera mitigar los conflictos que se presentaban con las comunidades indígenas de este país, consagrando este derecho como:

Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. (Ley de consulta previa de los pueblos indígenas u originarios del Perú, 2011, pág. 1).

También dentro de ley se establece el alcance, los principios, los sujetos intervinientes en los procesos de consulta, la forma de participación de los pueblos indígenas u originarios,

las obligaciones de las partes y uno de los aspectos más importantes y es lo que hace relación al procedimiento, al respecto se establece que la consulta debe cumplir con las siguientes etapas:

1. Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
2. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
3. Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
4. Información sobre la medida legislativa o administrativa.
5. Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.
6. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
7. Decisión. (Ley de consulta previa de los pueblos indígenas u originarios del Perú, 2011, pág. 4).

Podemos concluir como Perú consagra también un procedimiento específico para la consulta previa, lo que incide en la efectividad de este derecho, tal y como se ha mencionado anteriormente; son entonces estos países latinoamericanos, los que con su consagración como Estado plurinacional, y el establecimiento de un procedimiento específico para la consulta, los que pueden servir de referente para el Estado colombiano en aras de mejorar las estrategias que se han creado en pro de las comunidades y de su garantía del derecho de participación.

Una vez estudiados estos países es preciso analizar cómo ha evolucionado este derecho en otros contextos, para ello analizaremos el caso de Noruega, recordando que este país en su parlamento cuenta con la participación de la comunidad indígena Sami.

#### 1.6.4 Noruega

En el análisis del desarrollo que han tenido los derechos de los pueblos indígenas y la consulta previa desde el derecho comparado, es importante estudiar no solo países latinoamericanos, sino también realizar una recopilación de cómo ha sido abordado el tema en otros contextos, por lo que revisaremos el caso de Noruega, ya que este país fue uno de los primeros países del mundo en ratificar el convenio 169 de la OIT.

Tenemos que el pueblo Sami, es el único pueblo indígena de la Península Escandinava, es por esto por lo que el parlamento noruego, estableció la necesidad de que este pueblo indígena contara con una participación política directa, y es así como en la implementación del convenio 169 de la OIT, este pueblo, realizó observaciones que fueron incluidas por el Estado en la adopción del proceso de consulta previa, brindándole a la comunidad Sami, el reconocimiento que merecen como minoría.

Lo anterior configura una diferencia esencial con los países latinoamericanos, ya que en estos Estados es complejo que las recomendaciones de los pueblos indígenas, respecto de proyectos que deban adelantarse, sean incluidas como materialización de la garantía de sus derechos, sino que son erróneamente catalogadas como obstáculos para poder continuar la ejecución de obras en los diferentes proyectos, lo que desdibuja el objeto principal del derecho a la consulta previa.

Podemos observar como Noruega, ha tenido un desarrollo importante en la protección de derechos de los pueblos indígenas y en la consulta previa, en lo que respecta al reconocimiento de los derechos de la comunidad indígena Sami y que constituye un precedente fundamental que sirve como base, para países latinoamericanos que están actualmente implementando estrategias para hacer efectivo el acceso a la consulta.

En Noruega se reconoce que el pueblo Sami, debe ser consultado previamente, cuando se adelanten asuntos que involucren de manera directa sus intereses, este acuerdo de consulta de conformidad con la investigación realizada en el libro *“La consulta previa: desarrollo*

normativo, internacional y comparado y su aplicación en el Perú”, comprende los siguientes objetivos:

- Contribuir a la implementación práctica de las obligaciones del Estado de consultar a los pueblos indígenas de conformidad con las leyes internacionales;
- Lograr un acuerdo entre las autoridades del Estado y el parlamento sámi cuando se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente los intereses de los sámi;
- Facilitar el desarrollo de una perspectiva de asociación entre las autoridades del Estado y el parlamento sámi que contribuya al afianzamiento de la cultura y la sociedad sámi;
- Lograr un entendimiento común de la situación y las necesidades de desarrollo de la sociedad sámi. (Vladimir Pinto & Ramón Rivero, 2012, pág. 52).

Estos objetivos deben ser garantizados no solo por el Estado, sino que también por todos los sujetos intervinientes en los procesos de consulta, con lo que se busca una garantía efectiva de protección del derecho a la participación de la comunidad Sami.

Otro de los aspectos que se deben resaltar y que distinguen a Noruega de los países latinoamericanos estudiados en el capítulo anterior, es que la consulta previa no solo es catalogada como la herramienta que permite la participación política de los pueblos indígenas, sino que va más allá, es decir se constituye como el ideal de democracia intercultural en Noruega, así lo estableció Vladimir Pinto en su libro:

El debate sobre el derecho a la consulta tiende a complejizarse más de lo necesario porque los defensores y detractores lo abstraen de un contexto jurídico mucho más amplio que le da sentido y concreción. Nos referimos a la participación política de los indígenas en cuanto derecho y en cuanto sistema de relaciones institucionalizado en los Estados. (Vladimir Pinto & Ramón Rivero, 2012, pág. 53).

Podemos concluir en este análisis de otros contextos en el caso específico de Noruega, que los derechos de los pueblos indígenas, en especial el derecho a la consulta previa, son una construcción compleja, porque no solo se desarrollan con el convenio 169 de la OIT, en lo referente al derecho de participación de los pueblos indígenas, sino que constituye la esencia misma de estos pueblos en lo referente a su reconocimiento y la protección de derechos esenciales para su subsistencia.

Tenemos entonces, que nuestro país puede adoptar modelos exitosos en materia de consulta previa, por ejemplo, los desarrollados en países como Bolivia, donde la consagración de este derecho se encuentra en la misma Constitución Política en la cual se reconoce la autonomía de los pueblos indígenas; en Ecuador la consagración de la consulta previa también se encuentra la Constitución Política y uno de los avances más significativos y modelo a seguir para nuestro país es que Ecuador ha desarrollado una ley donde se señala el procedimiento específico para la consulta identificando que deben existir plazos razonables, autoridades competentes y si no se llega a una decisión se procederá según lo establecido en la ley, es decir existe un procedimiento y adicional a esto unas medias de compensación establecidas.

Noruega nos enseña como implementar la consulta sin que se presenten inconvenientes en su realización ya que es el único país donde la población indígena se unifica en un solo pueblo llamado Sami, el cual cuenta con participación política directa en el parlamento Noruego, y permitió que la implementación del convenio 169 de la OIT se llevará a cabo con la participación directa de este pueblo indígena, lo que permite materializar un postulado que en Colombia ha presentado dificultades y es que la consulta sea realmente previa.

## **1.7 Conclusión del capítulo.**

El desarrollo de esta primera parte del trabajo sobre las normas internacionales que protegen el derecho a la consulta previa y sus avances en el derecho comparado, nos

permite llegar a la conclusión de que las comunidades indígenas, en el proceso histórico, han estado constantemente luchando por el reconocimiento de sus derechos, y que estos esfuerzos, han permitido la consolidación de un cuerpo normativo con carácter internacional que protege la subsistencia de estos pueblos y genera para los Estados la obligación de cumplir los lineamientos establecidos no solo por las normas sino también por los diferentes organismos internacionales tanto universales como regionales.

Es tan significativo el derecho internacional en la consolidación de la consulta previa, que esta nace de la implementación de un convenio internacional, como lo es el 169 de la OIT, que posteriormente fue ratificado en nuestro país y que hasta la fecha se constituye como una de las fuentes del derecho más importante de protección de las comunidades indígenas.

Así mismo por medio del control de convencionalidad y habiendo ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado colombiano, adquirió una serie de responsabilidades internacionales, todo en pro de la protección de derechos fundamentales y como se analizó en este primer capítulo, tenemos sentencias de la corte interamericana que instan al Estado a cumplir con la implementación de instancias de diálogo y concertación de programas para las comunidades étnicas, garantizando los derechos que poseen y que son de rango constitucional.

Por último, concluimos que nuestro país puede consolidar estrategias con base a los ejemplos exitosos de los países estudiados, que poseen reglas claras para los procesos de consulta.

El siguiente capítulo abordará la génesis del derecho a la consulta previa, permitiendo conocer la caracterización de las comunidades indígenas en nuestro país, sus necesidades y principales características y desarrollará la evolución de la consulta previa como derecho fundamental, para ello se analizará el porqué la consulta previa es un derecho fundamental, como se establece este derecho en la Constitución Política de 1991, su marco legal y jurisprudencial.

## **Capítulo 2. GÉNESIS DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS EN COLOMBIA Y EVOLUCIÓN DE LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

La consulta previa constituye un derecho fundamental, el cual debe ser protegido y garantizado por ser expresión concreta de la Constitución Política y de normas internacionales como el Convenio 169 de la OIT, que integra el bloque de constitucionalidad y desarrolla una serie de garantías para las comunidades indígenas y tribales, lo que constituye que sea el instrumento internacional principal, base de la consulta previa, como materialización del derecho que tienen las comunidades a participar en los asuntos en los cuales puedan verse inmersos.

Con ocasión a la importancia de la consulta previa no solo como derecho de participación, sino también como presupuesto de subsistencia misma de las comunidades, en este capítulo se realizará una descripción de las comunidades étnicas en Colombia, su situación actual, apoyados en estadísticas del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE y de la dirección de consulta previa del Ministerio del Interior; posteriormente se analizará el por qué la consulta previa es un derecho fundamental para ello será necesario revisar su consagración tanto en la Constitución Política de 1991, como en la legislación colombiana y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

### **2.1 Las comunidades étnicas en Colombia.**

Para abordar la situación actual de las comunidades indígenas en Colombia, es preciso tener claros algunos conceptos que nos van a permitir conocer las características especiales que poseen las comunidades étnicas y el porque se consideran sujetos de especial protección, empecemos por definir qué se entiende por pueblos indígenas, para ello el libro “*Derechos*

*humanos y pueblos indígenas de Colombia*”, nos brinda un concepto acerca de quiénes son los indígenas, el cual constituye un desarrollo del artículo 1 del convenio 169 de la OIT:

Los pueblos indígenas de nuestro país son descendientes de las poblaciones nativas que habitaron el territorio americano en la época precolombina. Existe un elemento básico de distinción con respecto de la mayoría mestiza del país: los pueblos indígenas son herederos de una cultura diferente y reclaman ellos mismos su derecho a ser distintos. (Luis Carlos Osorio Rendón y Francisco Salazar González, 2006, pág. 56).

Son entonces los pueblos indígenas, los descendientes de poblaciones nativas de la época de la conquista, que conservan sus tradiciones y costumbres, lo que los hace poseer una cultura diferente que deben ser preservada y a su vez respetada por el resto de la población de los Estados en los que viven. (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002).

Así mismo el artículo “*Voces y Palabras Mayores de los pueblos étnicos de Colombia*”, define a los pueblos indígenas como:

Seres originarios, están ubicados por toda la geografía de América. Para el caso colombiano coexisten en todas las regiones: en la Amazonía y en la llanura; en la sierra y en la sabana; en el valle y en la montaña; en el nevado y en el desierto. Desde el origen tienen una Ley que no cambia, una cultura, y un territorio sagrado, que va más allá de las actuales fronteras nacionales. Sus autoridades espirituales o tradicionales son identificadas mamu, jaibaná, Jain-bain, curaca, kumua, chaman, payé, alaylayú, , sabio, médico tradicional, cacique, abuelo, sabedor, yerbatero, taita, oushi, entre otros. Sus orígenes se revelan a partir de mitos e historias que se transmiten oralmente de generación en generación. (Humanos, 2013, pág.14).

Identificamos entonces algunas características propias de los pueblos indígenas, como seres originarios, que reconocen su propia autoridad espiritual y tradicional que debe ser

respetada por el Estado y las normas preexistentes en el ordenamiento jurídico, como lo revisaremos más adelante.

Una de las características principales que identifica a los pueblos indígenas y que ha sido desarrollada a partir de instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es el criterio de la autoidentificación el cual reitera que los pueblos indígenas tienen su propia identidad, costumbres y tradiciones:

Artículo 9: Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate (...)", Artículo 33.1 el derecho de los pueblos indígenas a determinar "su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. (humanos, 2008, pág. 21).

Otro tema importante gira en torno al reconocimiento que se ha dado en Colombia a otras etnias diferentes a los pueblos indígenas, las cuales están protegidas por el Estado de conformidad con el Artículo 7 de la Constitución Política el cual dispone "*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*", dentro de estas etnias encontramos "*Los Rom (gitanos), los afrodescendientes y los raizales, habitantes del archipiélago de San Andrés y Providencia.*" (Luis Carlos Osorio Rendón y Francisco Salazar González, 2006), siendo estos también, intervinientes en la consulta previa.

Son entonces las comunidades afrodescendientes, sujetos que hacen parte de las comunidades étnicas de nuestro país y a quienes también esta destinada la consulta previa, como mecanismo de protección de sus derechos; para esto abordaremos, el concepto desarrollado por la Ley 170 de 1993, la cual en su artículo 2, señala, que los afrodescendientes son:

El conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos. (Ley 70, 1993, Art. 2).

Al igual que los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, raizales y Rom, poseen tradiciones propias y una cultura que los diferencia de los demás habitantes de un Estado, por ende, son sujetos de especial protección y destinatarios de la consulta previa como derecho fundamental.

Estudiar la génesis de los pueblos indígenas en nuestro país, conlleva a identificar sus necesidades, sus problemáticas y a conocer como están organizados estos grupos étnicos, es por esto que es importante analizar el estado actual de los grupos étnicos en nuestro país a partir del estudio de estadísticas; ya que en Colombia, existen 101<sup>15</sup> pueblos indígenas, de conformidad con la información que suministra la Dirección de Asuntos indígenas, ROM y Minorías, Sistema de Información Indígena de Colombia, del Ministerio del Interior, la siguiente gráfica, desarrolla el total de población indígena, afrocolombianos y Rom en Colombia, desde el año 1905 hasta el 2005, que es el último censo con el que se cuenta para establecer información correspondiente a las comunidades étnicas, es preciso aclarar que la estadística de los pueblos indígenas que existen en la actualidad en Colombia, fue suministrada por el Ministerio del Interior en el mes de abril del presente año.

---

<sup>15</sup> Información suministrada por la Dirección de Asuntos indígenas, ROM y Minorías, Sistema de Información Indígena de Colombia, del Ministerio del Interior en el mes de abril del 2019.

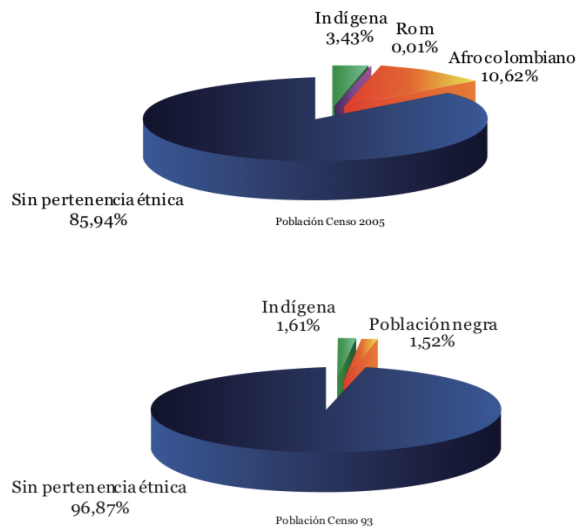
**Cuadro 1. Censos de Población en Colombia, y criterios de identificación de los grupos étnicos, siglos XX y XXI**

| Año  | Total      | Indígenas | %    | Negros o afrocolombianos | %     | Rom (Gitanos) | %    | Criterio de identificación                                                                                                                                                                                                                  |
|------|------------|-----------|------|--------------------------|-------|---------------|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1905 | 4.355.477  |           |      |                          |       |               |      | Ninguno                                                                                                                                                                                                                                     |
| 1912 | 5.072.604  | 344.198   | 6,79 | 322.499                  | 6,36  |               |      | Raza                                                                                                                                                                                                                                        |
| 1918 | 5.855.077  | 158.428   | 2,71 | 351.305 *                | 6,00  |               |      | Rasgos físicos por percepción del empadronador                                                                                                                                                                                              |
| 1928 | 7.851.110  |           |      |                          |       |               |      | Ninguno                                                                                                                                                                                                                                     |
| 1938 | 8.701.816  | 100.422   | 1,15 |                          |       |               |      | Preguntas y asociaciones del entrevistador, por el tipo de lengua y la ubicación rural                                                                                                                                                      |
| 1951 | 11.548.172 | 157.791   | 1,37 |                          |       |               |      |                                                                                                                                                                                                                                             |
| 1964 | 17.484.508 | 119.180   | 0,68 |                          |       |               |      |                                                                                                                                                                                                                                             |
| 1973 | 20.666.920 | 383.629   | 1,86 |                          |       |               |      | Indígena es la persona perteneciente a un grupo caracterizado por rasgos culturales de origen prehispánico y con una economía de autoconsumo, en áreas previamente establecidas.                                                            |
| 1985 | 30.062.200 | 237.759   | 0,79 |                          |       |               |      | Criterio de autorreconocimiento y de pertenencia a la gente indígena y a la consideración de vivir en un territorio específico de la comunidad o grupo.                                                                                     |
| 1993 | 33.109.840 | 532.233   | 1,61 | 502.343                  | 1,52  |               |      | Autorreconocimiento como rasgo de identidad. Pertenencia a un pueblo indígena, etnia o comunidad negra                                                                                                                                      |
| 2005 | 41.468.384 | 1.392.623 | 3,40 | 4.311.757                | 10,60 | 4.858         | 0,01 | Autorreconocimiento cultural (costumbres y tradiciones) o por los rasgos físicos. Pertenencia a indígenas, rom, raizales del Archipiélago de San Andrés, palenqueros de San Basilio, y afrocolombianos, negros, mulatos o afrodescendientes |

\* Valor estimado de acuerdo con la información en (RUIZ. 2000)  
Fuentes: (Uribe:1998) y DANE, Censo General 2005.

*“El Censo General del 2005 contó a un total de 41.468.384 personas residentes en el territorio colombiano, de las cuales 5.709.238 personas se reconocieron pertenecientes a un grupo étnico (1.392.623 indígenas, 4.311.757 afrocolombianos, 4.858 Rom)”.* (Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, 2018).

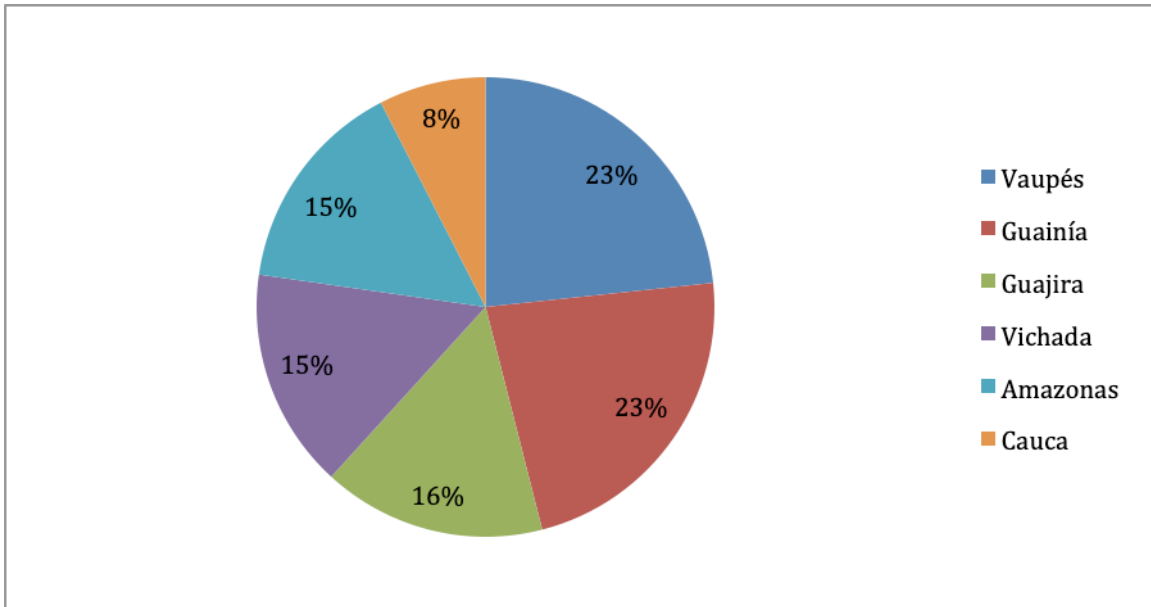
**Gráfico 1. Distribución de la población colombiana censada por pertenencia étnica, 2005 y 1993**



Fuente: DANE, Censo General 2005 y Censo 1993.

De acuerdo con la información del Censo General 2005, la población indígena, es el 3,43% de la población del país que dio información sobre su pertenencia étnica; los afrocolombianos corresponden al 10,62% del total y el pueblo Rom o gitano es el 0,01% de la población total, el 85,94% de la población nacional no se reconoció perteneciente a ninguno de los grupos étnicos, el 2,08% no informó sobre su pertenencia étnica. (Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, 2018)

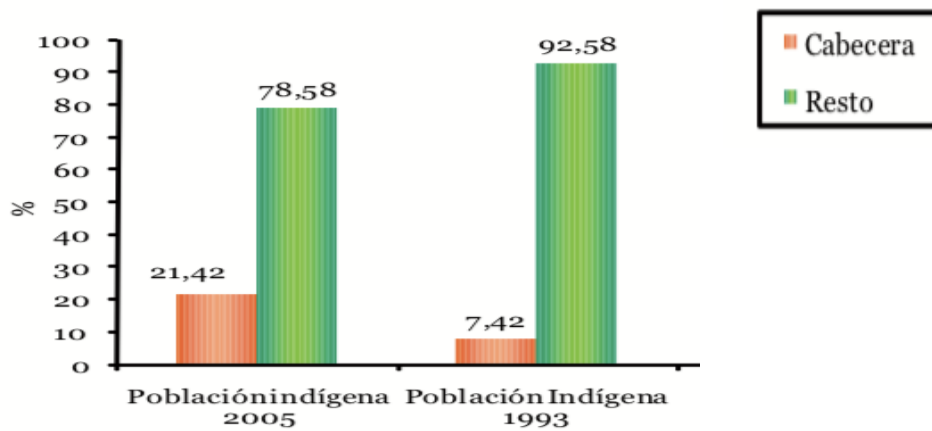
El censo del DANE del año 2005, también relacionó la distribución de la población indígena por Departamento, información que permite conocer cuales son las regiones del país con mayor presencia de comunidades étnicas , encontrando que los Departamentos con mayor número de población indígena son Vaupés y Guainía, siendo los Departamentos de San Andrés, Bolívar, Santander, Cundinamarca, Quindío, Boyacá, Antioquia, Valle del Cauca, Norte de Santander y Magdalena, los que menor presencia de comunidades indígenas tienen, tal y como se relaciona a continuación:



(Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, 2018)

Los Departamentos de San Andrés, Bolívar, Santander, Cundinamarca, Quindío, Boyacá, Antioquia, Valle del Cauca, Norte de Santander y Magdalena, tienen presencia de población indígena menor al 1%, según estadísticas del DANE.

El Departamento Administrativo Nacional de Estadística, también determinó las causas por las cuales las comunidades indígenas se han desplazado a los centros urbanos, una de las problemáticas principales es el desplazamiento forzado, que genera que estos pueblos abandonen sus tierras y se desplacen a las ciudades, donde afrontan múltiples problemáticas que afectan de manera directa sus derechos; estas estadísticas son desarrolladas en el censo del año 2005 en relación con el año 1993, donde encontramos tal y como se relaciona a continuación, que 1993 el porcentaje de población indígena asentada en los centros urbanos, era de 7,42% y para el año 2005 aumentó al 21,42%:



(Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, 2018)

Es entonces, el desplazamiento forzado uno de los problemas que más afecta a los pueblos originarios, que los obliga a abandonar sus territorios, afectando su cosmovisión, sus tradiciones, su cultura y colocando en riesgo su subsistencia; por ende, la consulta previa, debe fortalecerse cada día con una efectividad que permita una verdadera materialización de protección de derechos de estas comunidades.

Este fenómeno del desplazamiento en comunidades étnicas, debe estudiarse para conocer la situación real de estos pueblos, y los retos que enfrenta el Estado colombiano, para que exista una garantía real y efectiva de protección de sus derechos.

Es así como distintas entidades de orden nacional e internacional han estudiado los problemas que afectan a los grupos originarios, con el fin de crear estrategias como el caso de la consulta previa, que generen una efectividad que permita conservar y proteger a los pueblos indígenas; tenemos entonces que el Centro Nacional de Memoria Histórica, el cual está adscrito al Departamento para la Prosperidad Social DPS, ha señalado que el grupo étnico más afectado por el desplazamiento forzado, han sido los afrodescendientes, con un porcentaje de 12% del total de víctimas del desplazamiento y

la población indígena con un 9%, de conformidad con censo del año 2005. (Centro Nacional de Memoria Histórica )

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR, señala que desde 1997 hasta el año 2011 se han desplazado un total de 106.562 indígenas en Colombia, pertenecientes a 32 grupos étnicos según información de la ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia). (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR).

Asimismo la Corte Constitucional en Auto 004 del 26 de Enero de 2009, como mecanismo de protección de los derechos de los pueblos indígenas y superación del estado de cosas inconstitucional declarado en sentencia T-025 de 2004, realiza un estudio focalizado de la situación de las comunidades étnicas afectadas por el desplazamiento forzado y el conflicto armado, para ello cita la caracterización realizada por la Dirección de Etnias de las comunidades indígenas priorizadas en del Plan Integral de Apoyo a Comunidades Indígenas en Alto Grado de Vulnerabilidad y Riesgo de Desaparición”, aprobado el 13 de junio de 2006 por el CNAIPD (Consejo Nacional de Atención Integral para la población Desplazada), mediante Acuerdo 005:

| DEPARTAMENTO     | ETNIAS – NUMERO DE POBLACIÓN – PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Casanare:</b> | <i>Etnias Wipiwí, Tshiripo, Yamaleros, Yaruros, Amorúa, Maibén. Comunidades de Hato Mochuelo, Hato Corozal – municipio de Paz de Ariporo; 845 personas. Presentan altos índices de morbi-mortalidad, disminución progresiva de la población; Etnia Sáliba: 8 comunidades en Orocué, 520 personas: riesgo de desaparición por disminución progresiva de la población.</i> |
| <b>Cesar:</b>    | <i>Etnia Yukpa – Municipio de La Paz, comunidades de Caño Padilla, El Rosario, Bellavista-Yucatán, La Rubia, Media Luna, La pista. 575 personas; riesgo de desaparición por altos índices de morbi-mortalidad, disminución progresiva de la población.</i>                                                                                                               |
| <b>Guajira:</b>  | <i>Etnia Wiwa – municipio de San Juan del Cesar, 4 comunidades, 700 personas: riesgo de desaparición, desplazados.</i>                                                                                                                                                                                                                                                   |

|                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|-------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Magdalena:</b> | <i>Etnia Chimila – desplazados por conflicto, riesgo de desaparición – altos índices de morbi-mortalidad, disminución progresiva de la población, afectaciones a la integridad étnica por conflicto armado, débil presencia institucional; 8 comunidades, 2764 personas.</i>                                                           |
| <b>Meta:</b>      | <b>Meta:</b> <i>Etnias Sikuni y Piapoco en Puerto Gaitán – riesgo de desplazamiento; 5 comunidades, riesgo de desplazamiento, confinamiento. Todos los grupos del Meta: disminución progresiva de la población.</i>                                                                                                                    |
| <b>Caquetá:</b>   | <i>Etnia Coreguaje – municipios de Milán y Solano – 15 comunidades, 2541 personas: riesgo de desaparición, desplazamiento.</i>                                                                                                                                                                                                         |
| <b>Guaviare:</b>  | <i>San José: Etnias Nukak-Makú, Tukano, Piaroa, Desano, Piratapuyo, Curripaco, Guayabero: comunidades de Nukak, Puerto Nare, Yavillali, Puerto Esperanza, Vuelta del Río, Caño Tigre, Lagos del Paso, Puerto Palma, Arara, Barranquillita, Barrancón. Riesgo de desaparición, desplazamiento Total: 18 comunidades, 3250 personas.</i> |
| <b>Guainía:</b>   | <i>Inírida: Etnias Piapoco, Sicuni, Puinave, Curripaco, Nukak; comunidades: Concordia, Almidón La Ceiba, Bachaco, Buenavista, Caranococha Yuri, La Laguna, Morocoto, Coayare El Coco, Cuenca Media y Alta Inírida, Bajo Río Guaní – 15 comunidades, 8020 personas. Afectadas por el Desplazamiento.</i>                                |
| <b>Putumayo:</b>  | <i>Puerto Leguízamo: Etnias Coreguaje, Siona, Huitoto; comunidades El Hacha, Jirijiri, Lagarto Cocha, Cecilia Cocha y otras – 16 comunidades, 2841 personas. Riesgo de desaparición y desplazados.</i>                                                                                                                                 |
| <b>Córdoba:</b>   | <i>San Andrés de Sotavento – etnia Zenú, comunidades Vidales, Molina, Belén, Venecia, Gardenia, Patio Bonito, Cruz Chiquita, Nueva Esperanza, La Granja, Arroyo de Piedra, Bella Isla, total 14 comunidades, 2320 personas. Vulnerables por poca presencia institucional.</i>                                                          |
| <b>Arauca:</b>    | <b>Arauca:</b> <i>Etnias Sikuni, Macaguán, Kuiva, Betoye, Hitnu, Chiricoa. 18 comunidades: Río Viejo, Playeros-Cájaros, Bayoneros, El Vigía, Cravo, Cusay-La Colorada, Cibariza, Los Iguanitos, Alto Cabalalia, La Cabaña, San José del Cangrejo, Graneros, Julieros y Velasqueros, Macarieros, Barreros, Puyeros,</i>                 |

|                   |                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|-------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                   | <i>Roqueros, El Dorado, Caño Claro, Cuiloto, La Esperanza; 1906 personas. Riesgo de desaparición, desplazados.</i>                                                                                                                                                           |
| <b>Chocó:</b>     | <i>Etnias Embera, Katío y Wounaan – comunidades desplazadas y en riesgo en Bagadó, Tadó, Certeguí, Istmina, Medio San Juan y Litoral San Juan (Taparalito, Unión Balsalito, Pitalito y San José), Zona Bajo y Alto Baudó. 1906 personas, 10 comunidades. Desplazamiento.</i> |
| <b>Risaralda:</b> | <i>Municipio Pueblo Rico – etnia Embera Chamí, comunidades Docabu, Santa Cecilia, La Montaña, Gete, Gitó Bajo y Alto, Aguila, Bequé, Candumí – 10 comunidades, 1325 personas. Riesgo de desplazamiento.</i>                                                                  |
| <b>Valle:</b>     | <i>Municipios El Dovio, Trujillo y Florida – etnia Embera Chamí: 12 comunidades, 700 personas, desplazamiento.</i>                                                                                                                                                           |
| <b>Vaupés:</b>    | <i>Municipio de Mitú: etnias Bora, Pisamira y Taiwano – parte oriental, 5 comunidades, 1117 personas – riesgo de desaparición, disminución progresiva de la población.</i>                                                                                                   |

(Corte Constitucional , Auto 004 del 2009).

De conformidad con lo anterior la Corte Constitucional colombiana en los Autos 004 de 2009 y 382 de 2010 declaró que existen 32 pueblos indígenas en riesgo de extinción física y cultural, (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR), así mismo reconoce que una de las principales problemáticas de las comunidades étnicas y que es común a todos los Departamentos (cuadro anterior) que se encuentran priorizados, está relacionada con el fenómeno del desplazamiento forzado, el cual constituye una de las causas de riesgo de desaparición y disminución progresiva de las comunidades indígenas priorizadas en el Plan Integral de Apoyo; estos Autos, surgen como respuesta a una difícil situación de vulneración de derechos de las comunidades étnicas que se advierte en la Sentencia T-025 del 22 de Enero de 2004, en la cual se declara un estado de cosas inconstitucional, con ocasión a la problemática del desplazamiento forzado interno en Colombia, al respecto la Corte Constitucional, señaló:

La declaratoria formal del Estado de cosas inconstitucional (apartado 7) tiene como consecuencia que las autoridades nacionales y territoriales encargadas de atender a la población desplazada deben ajustar sus actuaciones de tal manera que se logre la concordancia entre los compromisos adquiridos para cumplir los mandatos constitucionales y legales y los recursos asignados para asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados. (Corte Constitucional , 2004, Sentencia T-025).

Son las autoridades nacionales y territoriales, las que deben desarrollar políticas tendientes a superar la constante vulneración de derechos que sufren las comunidades indígenas, y generar acciones conjuntas para el fortalecimiento de mecanismos de protección para las minorías étnicas en el territorio Colombiano, ya que como se pudo observar, el fenómeno del desplazamiento forzado, ha generado que cada día la población indígena y afrodescendiente vaya disminuyendo, al punto de tener comunidades en riesgo de extinción, lo que convierte a la consulta previa como el mecanismo más importante con el que cuentan actualmente los grupos étnicos para salvaguardar su territorio ancestral y así garantizar su supervivencia cultural y física.

Hemos entonces analizado, las estadísticas de presencia de grupos étnicos en el territorio nacional (Censo del DANE 2005), identificando los Departamentos con mayor población indígena y concluyendo que una de las principales problemáticas que afecta a estas comunidades es el asentamiento de grupos étnicos en los centros urbanos, situación que ha aumentado según estadísticas y que tiene como principal causa el desplazamiento forzado; lo anterior conllevó a que la Corte Constitucional en pro de la defensa de estas comunidades a través de su jurisprudencia haya declarado el estado de cosas inconstitucional, e instado a los agentes del Estado a consolidar mecanismos de protección directa para estos grupos étnicos, que permitan conservar esta idiosincrasia indígena y a su vez

evitar posibles acciones que atenten contra sus tradiciones, caso concreto de la consulta previa.

## **2.2 La consulta previa como derecho fundamental.**

La Corte Constitucional ha considerado que la consulta previa, por constituirse como una expresión concreta de la Constitución Política, es un derecho fundamental, al respecto en sentencia SU-383 del 13 de mayo de 2003, señaló:

Esta Corte ha sostenido, de manera reiterada, dada la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, mediante el mecanismo de la consulta previa, que éste es un derecho fundamental, “pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social (Sentencia SU 383, 2003)

Es importante recordar que los derechos fundamentales tienen unos criterios de identificación que están definidos por la Corte Constitucional, en sentencia T-227 de 2003, al respecto expresó:

Los derechos fundamentales son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concentrarse en derechos subjetivos y (iii) encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad. (Corte Constitucional, 2003)

En ese orden de ideas, se reitera que en la tipología de los derechos, tenemos los derechos fundamentales, anteriormente definidos, pero también la carta política consagra derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos colectivos y de ambiente, teniendo

cada categoría una herramienta procesal para la garantía y exigencia del derecho, constituyendo la parte dogmática de la constitución política.

El libro “El costo de los derechos”, de Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, señala que los derechos tienen un contenido moral y un contenido jurídico, lo cual significa, que los derechos no solamente nacen de la ley, sino que también están relacionados con los distintos intereses humanos, que tienen un fundamento en la aplicación de una justicia distributiva, y pasan a ser algo más que meras declaraciones, cuando logran vincular al Estado en una real y efectiva protección del derecho. (Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, 2015).

Lo anterior nos permite entender que al ser la consulta previa un derecho fundamental, es deber del Estado en aplicación de una justicia distributiva, garantizar una igualdad de oportunidades e incluir a todos los habitantes del territorio nacional, sin distinguir su raza, tradiciones y costumbres, en políticas que garanticen sus derechos.

Como primera conclusión de la génesis y el marco constitucional de la consulta previa, podemos establecer que ***la consulta previa es un derecho fundamental***, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para ello analizaremos cuales son los presupuestos que debe contener un derecho fundamental, concluyendo que la consulta previa al reunir estos presupuestos, es un derecho fundamental, el siguiente cuadro explica la consolidación del derecho fundamental a la consulta previa:

| ¿Qué es un derecho fundamental?                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | ¿Por qué la consulta previa es un derecho fundamental?                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Son derechos subjetivos, garantizados con rango constitucional, que se consideran esenciales y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana.</li> <li>➤ La Corte Constitucional considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. : 1) <i>Conexión directa con los principios constitucionales</i>; 2) <i>Eficacia directa</i> y 3) <i>Contenido esencial</i>.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ <u>Tiene conexión directa con principios constitucionales.</u> Art 2 “<i>Facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan</i>”, Art 7 “<i>El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana,</i>”</li> <li>➤ <u>Eficacia directa</u>, <i>el desconocimiento de la consulta previa puede ser invocado en sede de tutela</i>; Sentencia C-615 de 2009.</li> <li>➤ <u>Contenido esencial</u>, <i>el derecho a la consulta previa, se orienta a satisfacer necesidades fundamentales de las colectividades indígenas, pues la existencia y permanencia de éstas depende en gran medida de la protección a su identidad, su cultura y su territorio.</i></li> </ul> |

(Corte Constitucional , Sentencia T-406 de 1992).

Es entonces la consulta previa un derecho fundamental, porque tiene conexión directa con principios constitucionales (Artículos 2 y 7 de la Constitución Política), tiene eficacia directa ya que puede ser invocada a través de acción de tutela y goza de un contenido esencial, ya que la protección de este derecho esta relacionada de manera directa con su subsistencia.

En el siguiente capítulo se estudiará la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la consulta previa, la cual nos permitirá ampliar las razones por las cuales se constituye como un derecho fundamental ya que ha sido esta corporación la que ha otorgado mayor reconocimiento y protección a las minorías étnicas en nuestro país, reconociendo el carácter de fundamental de la consulta.

### **2.2.1 La consulta previa en la Constitución Política de 1991.**

Habiendo estudiado la génesis de los pueblos indígenas y de la consulta previa, es preciso revisar como la Carta Política desarrolla una serie preceptos, tendientes a fortalecer el postulado de reconocimiento y protección de los pueblos originarios, es así como en su artículo segundo señala como un fin esencial del Estado *“Facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”*, disposición que indudablemente incluye a las comunidades étnicas, a las cuales otorga especial importancia, es por eso que en su artículo séptimo señala que *“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana,”* reconocimiento que permite que las minorías étnicas en Colombia, empiecen a adquirir participación y protección de sus derechos.

La Constitución Política establece de manera específica unas normas para los pueblos indígenas, dentro de las cuales encontramos que pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, como ya se explicó anteriormente, la conformación de las entidades territoriales indígenas la cual debe ajustarse a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial y contar con participación de las comunidades indígenas, artículo 329 del texto constitucional.

Respecto de los territorios indígenas, el artículo 330 señala que estos deben estar gobernados por consejos los cuales estarán conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, ejerciendo funciones tendientes a garantizar la aplicación de la normatividad existente respecto de usos del suelo y poblamiento de territorios, así mismo velaran por la preservación de los recursos naturales, haciendo énfasis en que la explotación de los recursos naturales en estos territorios, no puede afectar la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas y que el Estado debe propiciar la

participación de estas comunidades en las decisiones que se tomen respecto de la explotación de estos recursos.

### **2.2.2 La consulta previa en la legislación Colombiana.**

Para desarrollar el marco legal del derecho fundamental a la consulta previa, es importante señalar, que la misma tiene su origen en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y que en Colombia este Convenio se aprueba por medio de la **Ley 21 de 1991** *“Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989”*.

Encontramos dentro del marco legal de la consulta previa, la **Ley 70 de 1993**, la cual tiene por objeto *“Reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva”* y se fundamenta en los principios de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, igualdad, respeto a la dignidad de la vida cultural, protección del medio ambiente y uno de los más importantes el derecho de participación que tienen las comunidades afrodescendientes para poder intervenir en los asuntos que las afecten.

Tenemos también la **Ley 99 de 1993**, *“Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones,”* la cual en su artículo 76 señala la explotación de los recursos naturales no debe afectar la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y negras, adicional a esto dispone que los asuntos que tengan relación con explotación de recursos naturales, se consultaran previamente a las comunidades.

Es muy importante citar dentro del marco legal de la consulta previa la **Directiva 001 de 2010** de la Presidencia de la República, la cual tiene como asunto “*Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales*”, y que a su vez señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la consulta previa, las cuales me permito citar a continuación:

- a) Cuando se expidan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los Grupos Étnicos Nacionales, y que requieran en el ámbito de su aplicación la formulación de enfoque diferencial.
- b) Programas de prospección o explotación de los recursos naturales en sus territorios.
- c) Decisiones sobre enajenación de tierras o de transferencia de sus derechos sobre las tierras, en el evento que las disposiciones de aplicación nacional puedan dificultar de alguna manera los procesos de titulación colectiva, ampliación o saneamiento de tierras.
- d) Organización y funcionamiento de programas de formación profesional de aplicación general.
- e) Enseñanza a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan.
- f) Cuando se pretenda desarrollar, incrementar o transformar la malla vial en territorios étnicos.
- g) Formulación, diseño o ejecución de proyectos de investigación adelantados por Entidades Públicas que estén relacionados con los recursos naturales, bióticos, económicos, culturales, religiosos, etc., de los grupos étnicos y puedan generar una afectación por la ejecución o la publicación de los mismos.
- h) Cuando se planeen acciones de erradicación de cultivos ilícitos que puedan afectar a los grupos étnicos.
- i) Cuando se estime tomar medidas sobre la salud y la enfermedad de los Grupos Étnicos Nacionales. Excepto en situaciones de emergencia que comprometan el derecho a la vida.

- j) Cuando se pretenda tomar alguna medida prioritaria respecto al proceso de desarrollo de algún Grupo Étnico Nacional.
- k) Cuando en el ámbito de aplicación de alguna medida legislativa general se requiera incorporar particularidades según las costumbres o el derecho consuetudinario de los Grupos Étnicos Nacionales, en el ámbito de aplicación de alguna medida legislativa general.
- l) Demás casos en que la legislación así lo disponga expresamente. (Presidencia de la República, Directiva 001 de 2010).

La **Ley 1437 de 2011**, que establece en su capítulo segundo los mecanismos de consulta previa, señalando en su artículo 46 que cuando por mandato constitucional o legal, se ordene realizar la consulta previa, la misma deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas.

Tenemos como parte fundamental del marco legal, el **Decreto 1320 de 1998**, *“Por medio del cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales”* el cual señala en su artículo primero el objeto de la consulta previa, el cual se centra en “analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.” (Decreto 1320 , 1998), así mismo dispone en su artículo segundo que la consulta previa deberá realizarse cuando el proyecto u obra se pretenda desarrollar en territorio indígena.

El **Decreto 1397 de 1996**, por su parte crea la mesa de concertación indígena adscrita al Ministerio del Interior, la cual constituye una herramienta principal de participación para las comunidades.

Y el **Decreto 1372 de 2018** *“Por el cual se adiciona el Capítulo 4, al Título 1, de la Parte 5, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, para regular el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general, susceptibles de afectar directamente a*

*las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y se dictan otras disposiciones” (Decreto 1372 , 2018)*

Las Leyes, Decretos y Directiva anteriormente mencionados constituyen el marco normativo del derecho fundamental a la consulta previa y nos permiten tener una mayor claridad de cómo ha sido el desarrollo de este mecanismo de participación con el que cuentan las comunidades indígenas y afrodescendientes para poder ser parte en los asuntos que afecten directamente sus intereses; pero a su vez nos dejan una serie de preguntas relacionadas con los inconvenientes que se generan a partir de este marco legal y que están relacionados directamente con falta de una ley estatutaria respecto de la consulta previa, que permita un mayor desarrollo de este derecho y la consolidación de un procedimiento específico, para llevarlo a cabo los procesos de consulta previa.

Podemos concluir que el desarrollo normativo tanto constitucional como legal e internacional en materia de derechos de las comunidades indígenas, es bastante amplio, ya que se propende por el establecimiento de un Estado pluricultural donde predomine el respeto por estos pueblos y en materia de derecho internacional, constituye responsabilidad directa del Estado de cumplir con lo establecidos en tratados internacionales, so pena de infringir normas que han sido ratificadas y que integran el bloque de constitucionalidad.

A continuación, se desarrollará, un capítulo, donde se señalan las obligaciones del Estado, en relación con la garantía del derecho fundamental a la consulta previa, revisando las estrategias que el Estado a creado para su protección, como lo son la dirección de consulta previa del Ministerio del Interior, la Mesa Permanente de Concertación Indígena y el Espacio Nacional de Consulta Previa; instrumentos de los cuales emanan una serie de obligaciones para el Estado colombiano.

### 2.2.3 La consulta previa como derecho fundamental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional tiene un papel muy importante en la creación del derecho fundamental a la consulta previa, ya que es, quien señala que la consulta previa constituye un derecho fundamental determinando el contenido y alcance de este derecho, el cual debe ser protegido y garantizado por ser expresión concreta de la Constitución Política.

En base a lo anterior respecto de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la consulta previa, es preciso analizar su desarrollo, a partir de la información presentada en los siguientes cuadros, los cuales sintetizan el avance que ha tenido el derecho fundamental a la consulta previa y el establecimiento de unas reglas de derecho derivadas de las sentencias objeto de análisis, las cuales son aplicables a este mecanismo de consulta; así mismo este capítulo identifica las sentencias fundadora, confirmadora, hito y ratificadoras de línea de la consulta previa, revisando el contenido más importante de cada jurisprudencia.

#### 1.Síntesis del desarrollo del contenido y el alcance del derecho a la consulta previa:

| EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA. |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Sentencias                                                                                           | Desarrollo del contenido y el alcance del derecho a la consulta previa                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|                                                                                                      | <i>“La Carta Política propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales. Es así como para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, existen previsiones</i> |

|                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|--------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Sentencia C-175 de 2009</b> | <p><i>constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan. Ello, sumado al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente.” (Sentencia T-175, 2009)</i></p>                                                                                                                                                                                                          |
| <b>Sentencia T-154 de 2009</b> | <p><i>“La consulta previa es un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan en nuestro país. (Sentencia T-154, 2009)</i></p>                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| <b>Sentencia C-615 de 2009</b> | <p><i>“La Corte Constitucional ha considerado que, en materia de consulta previa de medidas legislativas o administrativas, la consulta previa a las comunidades indígenas (i) constituye un derecho fundamental; (ii) el Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad; (iii) su pretermisión, en el caso del trámite legislativo, configura una violación a la Carta Política; (iv) existe un claro vínculo entre la realización de la consulta previa y la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas; (v) la realización del mecanismo de participación se torna obligatorio cuando la medida, sea legislativa o administrativa, afecta directamente a la comunidad indígena; (vi) la consulta debe realizarse de manera tal que sea efectiva y garantice la participación real de las comunidades afectadas; (vii) el</i></p> |

|  |                                                                                                                                                                                                                                                       |
|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | <p><i>desconocimiento de la consulta previa puede ser invocado en sede de tutela; y (viii) el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa.”</i></p> <p>(Sentencia C-615 , 2009)</p> |
|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

De lo anteriormente expresado por la Corte Constitucional derivan las siguientes reglas de derecho en cuanto al contenido y el alcance de la Consulta previa, para cada una de las jurisprudencias antes señaladas:

2. Reglas de derecho desarrolladas en las jurisprudencias de la Corte Constitucional, objeto de estudio:

| ANÁLISIS DEL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA. |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Sentencias                                                                                                     | Reglas                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| <b>Sentencia C-175 de 2009</b>                                                                                 | <p>(i) La Constitución Política de Colombia, desarrolla un modelo de Estado en el cual se reconoce y protege la diversidad étnica y cultural.</p> <p>(ii) Es importante implementar herramientas que permitan garantizar los derechos e identidad de las minorías étnicas en nuestro país.</p> <p>(iii) Tanto el Estado como los particulares deben velar por la preservación de las comunidades étnicas y a su vez garantizar la participación de las mismas en los asuntos en los cuales puedan verse inmersas.</p> <p>(iv) Las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, permiten que la Corte Constitucional desarrolle el derecho fundamental a la consulta previa para comunidades indígenas y afrodescendientes.</p> |
| <b>Sentencia</b>                                                                                               | <p>(i) Esta sentencia desarrolla un poco más el derecho a la consulta previa, ya que no sólo hace alusión a los grupos étnicos sino también a las comunidades implicadas, lo que amplía el número de sujetos intervinientes en el proceso de consulta previa.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |

|                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|--------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>T-154 de 2009</b>           | (ii) La consulta previa debe garantizar la participación y el acceso a la información de aquel proyecto que se pretenda realizar en un territorio indígena, para que los sujetos intervinientes puedan analizar los impactos tanto positivos como negativos del mismo. Esto desarrolla el contenido previo de la consulta.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| <b>Sentencia C-615 de 2009</b> | <p>Esta sentencia realiza un amplio desarrollo del derecho a la consulta previa, analizándolo desde varias perspectivas y brindándonos una serie de reglas importantes para la interpretación del contenido y el alcance de este derecho:</p> <p>(i) La consulta previa constituye un derecho fundamental.</p> <p>(ii) El Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad.</p> <p>(iii) La realización del mecanismo de participación se torna obligatorio cuando la medida, sea legislativa o administrativa, afecta directamente a la comunidad indígena.</p> <p>(iv) La consulta debe garantizar la participación real de las comunidades afectadas.</p> <p>(v) El desconocimiento de la consulta previa puede ser invocado en sede de tutela.</p> <p>(vi) El Estado tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa.</p> |

Del análisis presentado en los cuadros anteriores, concluimos que la consulta previa es un derecho fundamental que se desarrolla por vía jurisprudencial, pero que encuentra sus bases en la Constitución Política de 1991, también que los sujetos a los cuales esta dirigido este derecho, no son solo las comunidades indígenas, sino también los afrodescendientes, raizales y Rom, encontrando otros sujetos implicados en los procesos de consulta, como lo es el Estado, quienes adelantan los POA (Proyectos, Obras o Actividades), el Ministerio Público, la dirección de consulta previa del Ministerio del Interior, entre otros.

Podemos evidenciar que el derecho a la consulta previa ha tenido un desarrollo notable a nivel jurisprudencial el cual se estudiará a continuación, presentando las sentencias que se han constituido, como sentencia hito, fundadora y ratificadoras de línea.

Como sentencia fundadora tenemos la **T-428 de 1992**, la cual brinda herramientas valiosas para la protección de comunidades indígenas; como sentencia hito tenemos la **SU-039 de 1997** la cual desarrolla el concepto de consulta previa estableciendo sus finalidades; la sentencia confirmadora es la **SU-383 de 2003** la cual aborda de manera específica en que consiste este derecho y hace énfasis en la concertación que debe existir entre los participantes de este proceso.

Tenemos como sentencias ratificadoras de línea, la **C-038 de 2008**, la sentencia **C-615 de 2009**, las cuales le dan el carácter de fundamental a este derecho, la sentencia **T-769 de 2009**, que nos señala los rasgos especiales de la consulta previa, la Sentencia **T-372 de 2012**, la cual dispone las reglas o subreglas que deben tenerse en consideración para el proceso de consulta previa y la sentencia **T-204 de 2014**, la cual reitera la importancia de garantizar este derecho por ser expresión concreta de la Constitución Política.

El análisis de estas jurisprudencias nos permite conocer cual ha sido el desarrollo del derecho fundamental a la consulta previa y su consolidación como herramienta principal de las comunidades en la protección de sus derechos, a su vez podemos identificar cuales son los avances y dificultades institucionales, en lo que respecta a los procedimientos para llevar a cabo las consultas.

Tenemos entonces que la primer sentencia que se analizará, es la fundadora de línea, **T-428 de 1992**, la cual sin hacer referencia específica a la consulta previa, nos está brindando unas herramientas en cuanto a la protección de las comunidades indígenas, ya que le otorga un mayor valor a los intereses de estos grupos étnicos, basándose en factores como integridad étnica y cultural, factores ambientales y derechos fundamentales ampliamente protegidos por la Constitución, ordenando así la suspensión de una obra que tenía como finalidad ampliar una carretera. De esta sentencia es importante destacar que la corte, señaló que:

El Estado Social de Derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no sólo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia. (Sentencia T 428 , 1992)

Pese a que de forma directa la sentencia anterior, no esta abordando el derecho fundamental a la consulta previa, si se reconoce que no puede prevalecer la generalidad, cuando están de por medio los intereses de la comunidades tribales, ya que esto implicaría un incumplimiento a los postulados constitucionales de respeto por la diversidad, fundamento por el cual la corte constitucional decide suspender una obra que vulneraria derechos ancestrales de los grupos étnicos como lo es la protección de la tierra.

Como sentencia hito, tenemos la **SU-039 de 1997**, la cual desarrolla el concepto de consulta previa, señalando las finalidades de este mecanismo y haciendo énfasis en que debe existir una manifestación por parte de la comunidad étnica, que conlleve a una concertación sobre el asunto que se esté debatiendo y que afecte directamente a la comunidad, al respecto del derecho de consulta la corte señaló los siguientes requisitos:

a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus

integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. (Sentencia SU 039 , 1997)

Esta sentencia es considerada como la sentencia hito, consolidadora de línea, ya que *“es aquella en la que la corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional y en la que usualmente se decanta un balance constitucional más complejo que el que en un comienzo fue planteado por las sentencias fundadoras de línea.”* (López Medina , 2001), es así como esta sentencia, realiza un desarrollo histórico de los derechos de los pueblos indígenas y establece que es necesario que en los procesos de consulta, se cumplan con los requisitos de ser (Previa, Libre e Informada), resaltando la importancia de llegar a concertaciones o acuerdos con las comunidades y los sujetos implicados, que permitan resolver la consulta de forma eficaz y oportuna; respecto a este señalamiento de la corte constitucional, es preciso manifestar que el ordenamiento jurídico colombiano, no ha desarrollado aún procedimiento específico para la consulta previa que permita materializar una verdadera concertación de las comunidades implicadas en las consultas y su protocolización.

La Corte Constitucional en sentencia **SU-383 de 2003** que constituye la sentencia confirmadora de línea señala de manera más específica, en que consiste el derecho a la consulta previa y la evolución de este concepto, haciendo alusión a que debe existir una concertación entre las partes en la realización de este proceso:

El derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo. Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizada para imponer una decisión, como

tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiciable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios. (Sentencia SU-383, 2003).

Esta sentencia confirmadora de línea, desarrolla un lineamiento propio de los postulados constitucionales que enfatizan que la consulta previa constituye una herramienta propia para salvaguardar la subsistencia misma de las comunidades, ya que esta analizando el proceso de consulta, no como el cumplimiento mismo de una obligación sino como una oportunidad para que el Estado valore y considere las decisiones de quienes hacen parte de los grupos étnicos, como garantía de la integridad cultural y autonomía de sus territorios.

Como sentencias ratificadoras de línea, tenemos la sentencia **C-030 de 2008**, la cual señaló que el derecho a la consulta previa es expresión concreta de la Constitución Política, por ende debe garantizarse y que es obligación del Estado consultar previamente a las comunidades, cuando la realización de los POA, afecten intereses de estos pueblos originarios:

La Corte, expresó que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, es expresión concreta de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios. Para la Corte, existe un nexo muy claro entre la consulta como mecanismo de participación y la defensa de la integridad cultural de las comunidades étnicas. 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. Es claro, que

lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Este criterio surge no solo de la calidad de directa que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de aplicar las disposiciones del Convenio. Así por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio. (Sentencia C-030 , 2008)

La Corte Constitucional ha dispuesto en esta sentencia lo relacionado con la consulta previa para la adopción de medidas legislativas y administrativas, aunado a lo anterior, este proceso garantiza la materialización del derecho de participación de las comunidades y la defensa por la integridad de su cultura y tradiciones, por ende si la medida legislativa o administrativa afecta los intereses de las comunidades o lo estipulado en el Convenio 169 de la OIT, estas deben ser consultadas.

En este análisis jurisprudencial, podemos evidenciar como la consulta previa ha tenido un desarrollo notable en los últimos años y ha sido imperativo en este proceso el papel de la corte constitucional, quien ha otorgado el reconocimiento de derecho fundamental a la consulta, de conformidad con lo expuesto en la sentencia C-615 de 2009:

La Corte Constitucional ha considerado que, en materia de consulta previa de medidas legislativas o administrativas, la consulta previa a las comunidades indígenas (i) constituye un derecho fundamental; (ii) el Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad; (iii) su pretermisión, en el caso del trámite legislativo, configura una violación a la Carta Política; (iv) existe un claro vínculo entre la realización de la consulta previa y la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas; (v) la realización del mecanismo de participación se

torna obligatorio cuando la medida, sea legislativa o administrativa, afecta directamente a la comunidad indígena; (vi) la consulta debe realizarse de manera tal que sea efectiva y garantice la participación real de las comunidades afectadas; (vii) el desconocimiento de la consulta previa puede ser invocado en sede de tutela; y (viii) el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. (Sentencia C-615 , 2009).

Es entonces la consulta previa un derecho fundamental como se había señalado en el capítulo anterior, porque se desarrolla a partir de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, que integra el bloque de constitucionalidad, lo que implica que su protección pueda incoarse a través de acción de tutela y que exista un vínculo directo entre la aplicación de este proceso y la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas.

Esta relación entre la consulta previa y la subsistencia misma de las comunidades, se desarrolla también en la sentencia **T-769 de 2009**, la cual puntualiza que:

La Corte Constitucional puntualizó frente a los rasgos especiales del derecho de participación de la consulta previa, que constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. (Sentencia T-769, 2009)

Esos rasgos especiales a los que se refiere la sentencia anterior, son desarrollados como características o subreglas por la corte constitucional en sentencia **T – 376 de 2012**, la cual dispone:

La consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida;

Es obligatorio que los estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta);

Debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y

En caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad;

Cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social. (Sentencia T-376, 2012)

Estas subreglas establecidas en la sentencia T-376 de 2012, son las que de manera constante se vulneran en la realización de los procesos de consulta, toda vez que no se cumple con el postulado de que la misma debe ser previa y en muchas ocasiones nos encontramos frente a situaciones en las cuales deben suspenderse los POA, hasta tanto no se desarrolle la consulta, lo que evidencia un inadecuado proceso de planeación por parte del estado, otro aspecto que ha sido objeto de análisis en la presente tesis, tiene relación con la concertación a la que debe llegar un proceso de consulta para la toma de decisiones finales, donde la Corte Constitucional ha señalado que estas decisiones deben basarse en principios de razonabilidad y proporcionalidad, pero no se cuenta con un procedimiento que permita materializar estos principios y tampoco con una instancia que decida aquellos casos en los que por múltiples factores no pueda llegarse a un acuerdo.

Una sentencia más reciente sobre el tema de la consulta previa, es la **T-204 de 2014**, la cual reitera el concepto que ha venido abordando la corte respecto a la categoría que tiene la consulta previa como derecho fundamental, por constituir un postulado constitucional, desarrollado en el artículo 2 de la carta fundamental, ha señalado la Corte:

En virtud de la definición de Colombia como república democrática, participativa y pluralista y del reconocimiento de la diversidad cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana, las comunidades étnicas son titulares del derecho fundamental de consulta previa y participación cuando la adopción y/o ejecución de alguna decisión estatal pueda afectarles directamente. Cuando se tomen decisiones legislativas o administrativas nocivas de las cuales se pueda comprobar un impacto o afectación directa a la integridad, a la autonomía, al

territorio, a la diversidad, a la cosmovisión, a la supervivencia o a la idiosincrasia cultural de una determinada comunidad étnica existente, debe obligatoriamente consultárseles de buena fe, de manera previa, libre e informada, en las condiciones exigidas por la jurisprudencia. (Sentencia T-204, 2014)

Ha sido la Corte Constitucional la que ha señalado que la consulta previa no solo debe ser obligatoria cuando se afecten intereses de las comunidades, sino que debe cumplir con las características de ser previa, libre e informada.

Una sentencia más reciente sobre el tema de la consulta previa es la **sentencia de unificación SU-123 de 2018**, en la cual la Corte Constitucional, realiza un estudio histórico acerca de la importancia del territorio para los pueblos indígenas y el reconocimiento que en sentencias anteriores el alto tribunal, se ha otorgado a este derecho.

El tema más importante de esta sentencia de unificación, es lo desarrollado por la Corte Constitucional, respecto de cómo debe llevarse a cabo el proceso de concertación, estableciendo que en caso de no lograr un acuerdo, puede el Estado, respetando los intereses de las comunidades, realizar dicho acuerdo y de esta manera, garantizar la eficacia en el proceso de consulta, lo anterior se sintetiza en el siguiente análisis jurisprudencial:

| SENTENCIA SU – 123 DE 2018 - CORTE CONSTITUCIONAL |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|---------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>CASO:</b>                                      | En esta sentencia la Corte Constitucional, resuelve una acción de tutela, presentada por la comunidad Awá La Cabaña, del municipio de Puerto Asís (Putumayo), por la afectación ambiental, ocasionada por la exploración y explotación de hidrocarburos realizada el Consorcio Colombia Energy con el proyecto denominado “ <i>desarrollo de los Campos Quinde, Cohembi y Quillacinga</i> ”. |

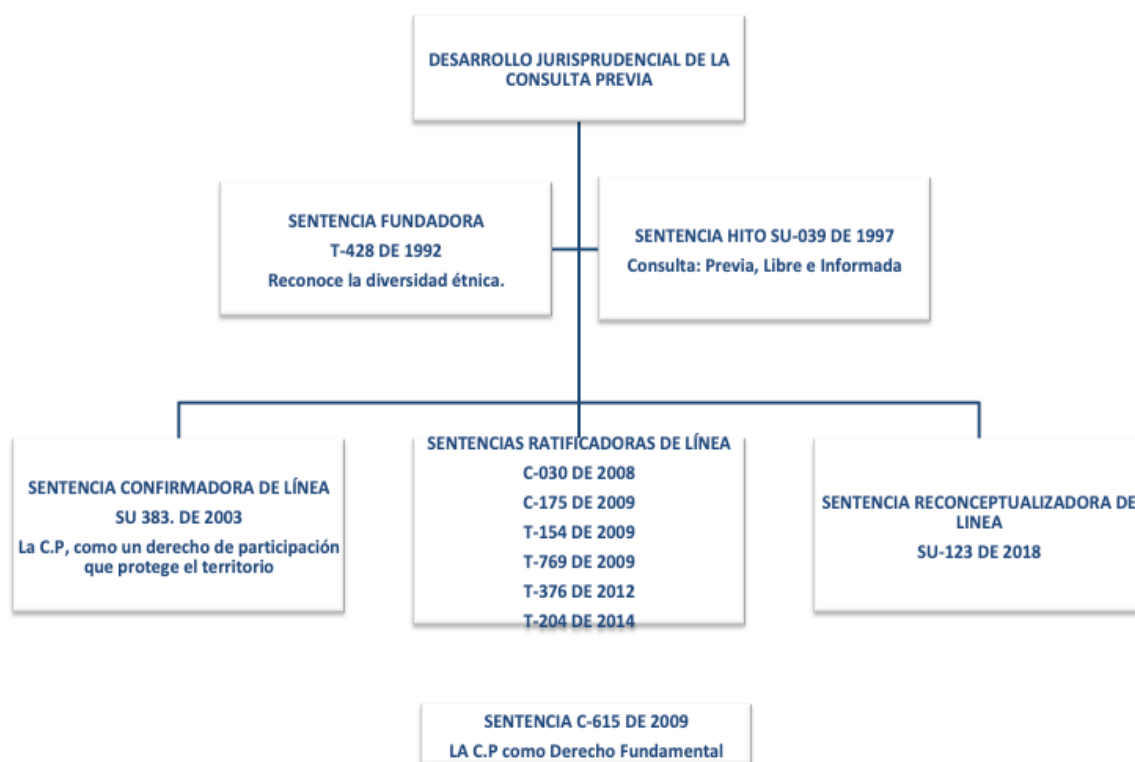
|                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|---------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>ARGUMENTOS<br/>DE LA<br/>COMUNIDAD<br/>AWÁ</b></p>            | <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Importancia de sus territorios y la protección de los recursos naturales.</li> <li>➤ La No realización de la consulta previa, pese a que los daños ambientales los afectan directamente.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| <p><b>CONTENIDO Y<br/>ALCANCE DE<br/>LA CONSULTA<br/>PREVIA</b></p> | <p>La consulta previa es un derecho fundamental, que protege a los pueblos indígenas y tribales y tiene carácter de irrenunciable.</p> <p>Esto implica que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El objetivo de la consulta previa es intentar lograr en forma genuina y por un diálogo intercultural el consentimiento con las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas que las afecten;</li> <li>- el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes;</li> <li>- por medio de la consulta se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados;</li> <li>- la consulta debe ser un proceso intercultural de diálogo en el que el Estado debe entonces tomar las medidas necesarias para reducir las desigualdades fácticas de poder que puedan tener los pueblos étnicos;</li> <li>- en este diálogo intercultural ni el pueblo tiene un derecho de veto ni el Estado un poder arbitrario de imposición de la medida prevista;</li> <li>- la consulta debe ser flexible, es decir, adaptarse a las necesidades de cada asunto;</li> <li>- la consulta debe ser informada, esto es dispensar a los pueblos indígenas y tribales la información suficiente para que ellos emitan su criterio;</li> <li>- la consulta debe respetar la diversidad étnica y cultural lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes.</li> </ul> |

|                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|-------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>“REMEDIOS JUDICIALES”</b></p> | <p>El juez constitucional tiene la obligación de dictar remedios judiciales eficaces para garantizar los derechos vulnerados.</p> <p>La principal medida para salvaguardar el derecho a la consulta previa es disponer su celebración con la observancia de los criterios fijados en la jurisprudencia.</p> <p>También debe dejar sin efecto los certificados del Ministerio o disponer la modificación de las licencias ambientales, producto de los acuerdos de la deliberación.</p> <p>Las disputas más críticas se relacionan con la orden de suspensión de proyectos, debido a que entran en tensión el ámbito de protección de los derechos de los pueblos indígenas con el interés general –seguridad o desarrollo económico-.</p>                                                                                                                                                                                                                                     |
| <p><b>ACUERDOS</b></p>              | <p>En cuanto a los acuerdos, se precisa que el Estado y el agente económico tienen la obligación de materializar y cumplir lo pactado.</p> <p><b>En caso de que la consulta haya sido realizada en debida forma y no haya acuerdo, el Estado puede tomar e implementar la medida, mediante decisión motivada, siempre y cuando su decisión:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) esté desprovista de arbitrariedad y autoritarismo,</li> <li>(ii) esté basada en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación;</li> <li>(iii) tome en consideración, hasta donde sea posible, las posiciones expresadas por las partes, y en especial el pueblo étnico, durante la consulta;</li> <li>(iv) respete los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio 169 OIT; y</li> <li>(v) prevea mecanismos eficaces, idóneos y eficientes para</li> </ul> |

|                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|-----------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                 | atenuar los efectos negativitos de la medida.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| <b>DECISIÓN</b> | <p><b>1. CONCEDER</b> el amparo de los derechos fundamentales a la consulta previa y al ambiente sano de la comunidad indígena Awá La Cabaña, Municipio de Puerto Asís, Departamento del Putumayo.</p> <p><b>2. ORDENAR</b> la realización de la consulta previa, por parte de Ministerio del Interior, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– y CORPOAMAZONÍA, la cual deberá adelantarse en un plazo máximo de 6 meses, prorrogables sólo por un lapso igual, es decir un plazo total de 1 año.</p> <p><b>3.</b> En caso de que el proceso de consulta no conduzca ni concluya en un acuerdo la ANLA y CORPOAMAZONÍA, según sus competencias legales, podrán adoptar las decisiones pertinentes debidamente motivadas, las cuales deben ser razonables y proporcionadas, de conformidad con los criterios señalados en la parte motiva de esta sentencia.</p> <p>En especial en el fundamento 15.2. En ese evento el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa debidamente informado remitirá el proceso a la Corte Constitucional, la cual reasumirá competencia para asegurar la protección efectiva de los derechos tutelados de la comunidad Awá La Cabaña, para lo cual impartirá las órdenes pertinentes, que podrían incluir la suspensión de la operación petrolera en los campos Quinde, Cohembí y Quillacinga.</p> |

(Corte Constitucional, Sentencia SU 123 de 2018).

El anterior análisis jurisprudencial, se sintetiza con la siguiente gráfica, la cual nos muestra la evolución que ha tenido la consulta previa de conformidad con las sentencias expedidas por la Corte Constitucional.



## 2.3 Conclusión del capítulo.

Al sistematizar el desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial del derecho fundamental a la consulta previa, podemos analizar que pese a que ha sido reconocido este derecho y existe un marco normativo de regulación, este marco presenta inconsistencias y lagunas jurídicas, lo que genera que se presenten dificultades en los procesos de consulta previa y que no se este garantizando un verdadero proceso de concertación, como se señala en la parte resolutoria de la sentencia de unificación SU 123 de 2018, donde la Corte Constitucional, ordena la realización de la consulta, pero señala, que si la misma no se

realiza en el plazo de 1 año, el Estado, puede adoptar las decisiones pertinentes e implementar las medidas, respetando los derechos de las comunidades.

Lo anterior nos hace cuestionarnos acerca del proceso de concertación, el cual si se establece solo por el Estado, se estaría desnaturalizando y no estaría respondiendo a lo establecido por la Corte Constitucional en sentencias anteriores y tampoco responde a las obligaciones que nacen del derecho internacional y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Otro aspecto que es importante resaltar y que incide en el desarrollo del capítulo cuarto, del presente trabajo, es lo que la Corte Constitucional, en esta sentencia ha denominado como remedios judiciales, donde establece que deben tomarse medidas en los casos en los cuales no se realizó la consulta, y se vulneró el derecho, que en el escenario que hemos venido analizando, es la generalidad; y estos remedios judiciales, implican primero, la realización de la consulta, segundo, dejar sin efecto las licencias que hayan sido expedidas, pero el tercer remedio es el más complejo según lo denominado por el tribunal constitucional, y es el suspender los proyectos, porque esa suspensión afectaría otros derechos de rango económico, que también son importantes y relevantes en el Estado; tema que analizaremos más adelante.

Como se evidencio en las sentencias de la Corte Constitucional citadas en este capítulo, pese a que se cuenta con un procedimiento, el mismo no permita establecer límites al alcance de las consultas, en el entendido de no poder contar una instancia imparcial, diferente a los sujetos que intervienen en el proceso de consulta, que defina y finalice el proceso con una decisión que beneficie a todos y que no sea solamente un acuerdo que establezca el Estado, porque esto como ya se mencionó, desnaturaliza el ideal de concertación, lo anterior teniendo en cuenta que el actor principal de la consulta que son las comunidades étnicas.

### **Capítulo 3. OBLIGACIONES DEL ESTADO GENERADAS POR LA CREACIÓN DE ESTRATEGIAS INSTITUCIONALES QUE PROTEGEN LA CONSULTA PREVIA.**

Las obligaciones del Estado Colombiano, frente al derecho a la consulta previa, se materializan en dar cumplimiento a lo establecido en la normatividad internacional que protege este derecho, como es el caso del Convenio 169 de la OIT, lo dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la ONU, la OEA, entre otros organismos internacionales; así mismo el Estado debe implementar y cumplir con un marco normativo que desarrolla estos contenidos de derecho de participación y protección de territorios ancestrales, contenidos que se encuentran plasmados en la constitución política, las normas existentes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tal y como se estudio en el capítulo anterior.

Estás obligaciones se materializan en las estrategias institucionales creadas por el Estado para garantizar el derecho a la consulta previa, las cuales establecen obligaciones de creación de espacios de diálogo y concertación, el manejo de estadísticas y consolidación de información, la creación de proyectos de apoyo a las comunidades, el acceso a la información, el seguimiento a los procesos de consulta, entre otras; analizaremos entonces las estrategias mas importantes en materia de consulta previa y las obligaciones normativas e institucionales, económicas y sociales, que surgen de su aplicación.

#### **3.1 Estrategias institucionales que protegen el derecho a la consulta previa.**

El desarrollo normativo de la consulta previa que tiene su fundamento en la Constitución Política de 1991, constituye uno de los más grandes retos para el Estado Colombiano, ya que deben implementarse estrategias que permitan no solo el reconocimiento de las minorías étnicas, sino también la adopción de instrumentos que garanticen la participación de las comunidades en los asuntos que involucren sus intereses, debido a que debe materializarse el postulado constitucional de protección y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural; por estos motivos el Gobierno Nacional ha creado algunas entidades y

avanzado en la consolidación de mecanismos e instancias de diálogo con los sujetos intervinientes en los procesos de consulta, tal y como se analizará a continuación.

### **3.1.1 Dirección de consulta previa del Ministerio del Interior.**

En aplicación de los postulados del Estado Social de Derecho, es el Gobierno Nacional el encargado de velar por la conservación y protección de los derechos de las minorías, es por esto que han sido creados una serie de mecanismos tendientes a dar cumplimiento a lo dispuesto en normas internacionales y nacionales en torno a la protección de derechos, los cuales se materializan a través de la consulta previa, mecanismo que permite la subsistencia y conservación de las minorías, así como su efectiva participación en los asuntos que involucran sus intereses.

El Estado entonces en pro de una garantía y efectividad para la consulta previa, crea la **Dirección de consulta previa del Ministerio del Interior**, como una unidad de coordinación institucional de los procesos de consulta, que se encarga de adelantar los trámites correspondientes a dirigir la realización de las consultas con las diferentes comunidades implicadas y a actuar como representación del Estado en las mismas, de igual manera esta dependencia se encarga de resolver cuestionamientos en torno a los procedimientos, alcances y efectos que se producen con ocasión a la consulta previa.

El **Ministerio del Interior**, ha desarrollado una serie de instrumentos educativos (cartillas, artículos, protocolos, informes) que buscan explicar con un lenguaje sencillo qué es la consulta, sus características, implicaciones, intervinientes en el proceso, procedimiento y en general todos los aspectos relacionados con la aplicación de este derecho, lo anterior con el objetivo de que sea un material de consulta para las minorías en nuestro país y así cumplir con los postulados de información planteados para la consulta previa; también se realizan diversas capacitaciones y jornadas de trabajo con las comunidades implicadas, no solo indígenas, afrodescendientes, raizales, room y palenqueros, sino que también con las

empresas privadas, particulares y demás entidades de orden gubernamental y no gubernamental, gestores de proyectos que ameritan ser consultados previamente.

El **Ministerio público**, también tiene un papel importante dentro de los procesos de consulta, ya que son el instrumento necesario para validar los procedimientos, realizando monitoreo, acompañamiento y seguimiento, dentro de esta institución encontramos:

- Defensoría del pueblo
- Procuraduría General de la Nación
- Personerías Distritales y Municipales.

### **3.1.2 Mesa Permanente de Concertación Indígena.**

La **Mesa Permanente de Concertación Indígena**, creada por medio del Decreto 1397 de 1996 y adscrita al Ministerio del Interior, constituye también una de las estrategias para fortalecer el derecho y el procedimiento a la consulta previa, ya que es la encargada de concertar previamente con los pueblos indígenas todo lo relacionado con la protección de su cultura, identidad y tradiciones, así como participar activamente en los procesos que adelante el gobierno nacional y que tengan relación con sus territorios. En lo que respecta a las medidas legislativas y administrativas, el mencionado Decreto señala en su artículo 16 que en los procedimientos en los que se adelantan estas medidas, debe realizársela etapa de información con suficiente antelación, al respecto tenemos:

En los procesos de consulta y concertación de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectar a comunidades o pueblos indígenas determinados, podrán participar los indígenas integrantes de la Mesa Permanente de Concertación o sus delegados. Los procedimientos que se prevean realizar les serán informados con la suficiente antelación. (Decreto 1397 de 1996, Art. 16).

Que se realice una etapa de información con antelación ha sido también uno de los mecanismos que la Corte Constitucional en sus sentencias ha señalado que es indispensable para que el proceso de consulta se lleve en debida forma, ya que lo más importante dentro

del procedimiento es que se cumpla un proceso de manera previa, libre e informada, al respecto la Corte ha dispuesto: *“es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”*. (Sentencia T-769, 2009)

### **3.1.3 El Espacio Nacional de Consulta Previa.**

Uno de los avances más significativos, ha sido la creación de **El Espacio Nacional de Consulta Previa de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras**, constituido mediante el Decreto 1372 del 02 de Agosto de 2018, el cual tiene como objeto ser una institución representativa, legítima y operativa que permita articular los diálogos entre el Estado y estos pueblos originarios, las funciones que tiene están consagradas en el artículo 2.5.1.4.4:

1. Servir de instancia de diálogo e interlocución con el Gobierno Nacional para adelantar las diferentes etapas de la consulta previa de las medidas (sic) legislativas y administrativas de carácter general, susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades, de conformidad con la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT, con la finalidad de llegar a acuerdos o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.
2. Adelantar la etapa de protocolización de la consulta previa de las medidas legislativas o administrativas de carácter general susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del país.
3. Darse su propio reglamento.
4. Crear y adoptar un Protocolo de Consulta Previa, utilizando como punto de referencia las propuestas de protocolo de consulta previa, libre, informada, con consentimiento y vinculante para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras de áreas rurales y urbanas, aprobadas en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Palenquero y

Raizal, celebrado en la Municipio de Quibdó - Chocó, entre el 23 y el 27 de agosto del 2013, teniendo en cuenta las observaciones resultantes del proceso de consulta y las demás propuestas discutidas en el citado congreso. (Decreto 1372 , 2018, Art. 2.5.1.4.4).

Podemos evidenciar que las funciones del Espacio Nacional de Consulta Previa, están enfocadas en servir de instancia de diálogo, de concertación, para adelantar las diferentes etapas de la consulta, también tienen la facultad de crear su propio protocolo de acuerdo a las necesidades de cada proceso de consulta y se establecerán a su vez comisiones en diferentes áreas de especialidad, que permitan contar con expertos en temas de territorio y medio ambiente, educación, protección social, planeación, desarrollo económico y procesos jurídicos; si bien es cierto este avance es importante, este espacio de concertación no cuenta con la posibilidad de decidir aquellas situaciones donde los sujetos intervinientes en procesos de consulta, no logren llegar a acuerdos.

El mismo Decreto en su artículo 2.5.1.4.5, desarrolló las etapas del proceso de consulta las cuales se sintetizan en el siguiente cuadro:

| <b>ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA</b><br>Artículo 2.5.1.4.5 Decreto 1372 de 2018 |                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Pre consulta:</b>                                                                    | Se concreta la ruta metodológica, las actividades, costos técnicos, operativos, logísticos y los cronogramas de los procesos de consulta previa.                                                                                                                                   |
| <b>Consulta Previa:</b>                                                                 | Se abordará el estudio del proyecto de medidas legislativas o administrativas de carácter general, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, en el marco del Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional. |

|                         |                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|-------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Protocolización:</b> | Se suscribirán los acuerdos y los puntos de desacuerdos respecto a los proyectos de medidas legislativas o administrativas de carácter general.                                                                                                                             |
| <b>Seguimiento:</b>     | Se verificará y evaluará el cumplimiento de los acuerdos que surjan de los diferentes procesos de consulta previa de medidas legislativas y administrativas de carácter general que afecten directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. |

(Decreto 1372 , 2018, Art. 2.5.1.4.5).

Estas etapas se encuentran definidas y conceptualizadas en el Decreto 1372 de 2018, no obstante, no se señala un procedimiento específico que por ejemplo contemple los términos y plazos en los que se debe llevar a cabo la consulta, y esto ha sido una de las dificultades prácticas de la realización de estos procesos, toda vez que se carece de dicho procedimiento.

Es pertinente que analicemos el papel del Ministerio del Interior, frente al proceso de consulta previa, ya que como se explicó anteriormente, es el encargado por medio de la de Dirección de Consulta Previa, de sistematizar las estadísticas de las consultas realizadas y protocolizadas, al respecto tenemos unas estadísticas desde el año 2003 hasta el año 2016, de las consultas protocolizadas:

# 1. Protocolizaciones

| SECTOR                                       | Comunidades étnicas protocolizadas |          |           |           |            |           |            |           |                   |                            |            |             |            |             |            |            |                 |                          |               |
|----------------------------------------------|------------------------------------|----------|-----------|-----------|------------|-----------|------------|-----------|-------------------|----------------------------|------------|-------------|------------|-------------|------------|------------|-----------------|--------------------------|---------------|
|                                              | 2003                               | 2004     | 2005      | 2006      | 2007       | 2008      | 2009       | 2010      | Gobierno Anterior | Promedio Gobierno Anterior | 2011       | 2012        | 2013       | 2014        | 2015       | 2016*      | Gobierno Actual | Promedio Gobierno Actual | Total General |
| Medidas Administrativas - Ordenes judiciales | 0                                  | 0        | 55        | 18        | 145        | 37        | 80         | 19        | 354               | 44,3                       | 440        | 835         | 77         | 92          | 327        | 80         | 1851            | 354,2                    | 2205          |
| Hidrocarburos                                | 0                                  | 1        | 1         | 35        | 18         | 14        | 11         | 18        | 98                | 12,3                       | 149        | 520         | 228        | 508         | 271        | 6          | 1682            | 335,2                    | 1780          |
| Infraestructura - y Telecomunicaciones       | 0                                  | 0        | 0         | 4         | 7          | 5         | 62         | 18        | 96                | 12,0                       | 72         | 57          | 169        | 167         | 116        | 7          | 588             | 116,2                    | 684           |
| Eléctrico                                    | 0                                  | 0        | 0         | 10        | 1          | 4         | 2          | 8         | 25                | 3,1                        | 40         | 16          | 16         | 101         | 45         | 20         | 238             | 43,6                     | 263           |
| Investigación                                | 0                                  | 0        | 0         | 9         | 4          | 1         | 7          | 7         | 28                | 3,5                        | 7          | 0           | 51         | 0           | 2          | 0          | 60              | 12,0                     | 88            |
| Minero                                       | 1                                  | 0        | 0         | 0         | 4          | 0         | 2          | 0         | 7                 | 0,9                        | 9          | 9           | 16         | 264         | 8          | 0          | 306             | 61,2                     | 313           |
| Ambiental                                    | 0                                  | 0        | 0         | 0         | 0          | 0         | 0          | 0         | 0                 | -                          | 7          | 3           | 23         | 12          | 16         | 20         | 81              | 12,2                     | 81            |
| <b>Total</b>                                 | <b>1</b>                           | <b>1</b> | <b>56</b> | <b>76</b> | <b>179</b> | <b>61</b> | <b>164</b> | <b>70</b> | <b>608</b>        | <b>76</b>                  | <b>724</b> | <b>1440</b> | <b>580</b> | <b>1144</b> | <b>785</b> | <b>133</b> | <b>4806</b>     | <b>935</b>               | <b>5414</b>   |

Fuente: SICOP- DCP.

(Fuente: Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa)<sup>16</sup>.

Como podemos observar en el gráfico anterior, los procesos de consulta previa protocolizadas han ido aumentando en una proporción considerable, lo que nos permite inferir que la efectividad de este mecanismo ha ido mejorando, no obstante estos procesos deben ser garantizados para la totalidad de proyectos en los cuales se involucren intereses de las comunidades indígenas o tribales.

Otra estadística que nos brinda la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, es lo relacionado con las minorías (afrodescendientes, indígenas, raizales) a las cuales se les ha consultado, estableciendo el número de consultas protocolizadas en cada comunidad (año 2010-2016):

<sup>16</sup> Información suministrada por la Dirección de consulta previa del Ministerio del Interior, mediante respuesta a un Derecho de Petición que se presentó con el fin de obtener información estadística para el presente trabajo.

| AÑO          | AFRODESCENDIENTE | INDÍGENA    | RAIZAL   | TOTAL       |
|--------------|------------------|-------------|----------|-------------|
| 2010         | 31               | 92          |          | 123         |
| 2011         | 56               | 635         | 1        | 692         |
| 2012         | 94               | 1383        |          | 1477        |
| 2013         | 56               | 499         |          | 555         |
| 2014         | 249              | 988         | 2        | 1239        |
| 2015         | 80               | 663         | 4        | 747         |
| 2016         | 111              | 147         |          | 258         |
| <b>TOTAL</b> | <b>677</b>       | <b>4407</b> | <b>7</b> | <b>5091</b> |

(Fuente: Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa).

Evidenciamos como han avanzado las estrategias y obligaciones del Estado en la realización de los procesos de consulta, ya que cada año aumenta el número de procedimientos protocolizados; es importante resaltar que son los indígenas los que más han sido consultados, seguido de los afrodescendientes y los raizales. (Ministerio del Interior, 2016).

Respecto a los sectores con mayor número de consultas, tenemos que las áreas con más consultas protocolizadas son las de medidas administrativas – órdenes judiciales y el sector hidrocarburos, donde uno de los actores principales es el Estado a través de las ramas del poder público y como garante de la protección al medio ambiente.

Habiendo analizado las obligaciones y estrategias creadas por el ordenamiento jurídico colombiano, en pro de la defensa y garantía de los derechos de los pueblos indígenas; es preciso ahora hacer referencia, a las dificultades que se presentan frente al cumplimiento de estas obligaciones, ya que pese a los esfuerzos del Estado Colombiano, aún persisten algunas dificultades, en relación con los procesos de consulta previa, que se pueden evidenciar en la pertinencia de este mecanismo en nuestro modelo económico, los efectos institucionales y sociales generados, así como los impactos del desarrollo de medidas legislativas y administrativas, las cuales son competencia directa del Estado, porque emanan de sus obligaciones.

### 3.2 Obligaciones del Estado, en relación con la consulta previa.

Debido a que la consulta previa, involucra a una pluralidad de actores, dentro de los cuales tenemos el Estado, a través de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, los ejecutores de Proyectos, Obras o Actividades (POA) y como eje central las comunidades étnicas (indígenas, afrodescendientes, raizales y ROM); se generan dificultades que se ven reflejadas en conflictos de intereses presentes en el ámbito económico, social e institucional.

La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, realizó una síntesis de las obligaciones sociales, económicos e institucionales que se generan con la realización de los procesos de consulta previa, especificando los efectos tanto para el Ministerio del Interior, como para las comunidades étnicas y los ejecutores, tal como se establece en el siguiente cuadro:

| EFECTOS DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA                          |                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                               |
|-----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| DIRIGIDO<br>A:                                                  | INSTITUCIONAL                                                                                                                                                                              | SOCIAL                                                                                                                                                | ECONÓMICO                                                                                                                                                                     |
| <b>Dirección de Consulta Previa<br/>Ministerio del Interior</b> | Aplicación efectiva y determinante los postulados consagrados por los artículos 113 y 209 de la Constitución Nacional correspondientes a la colaboración armónica entre instituciones para | Recuperación de los espacios de disertación y socialización con ocasión de la coordinación del proceso consultivo ,acercando a la comunidad étnica al | Beneficios recíprocos para los actores teniendo en cuenta que el desarrollo del país en materia de proyectos de modernización en los diferentes campos empresariales y con la |

|                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                              | cumplir los fines del Estado.                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | desarrollo efectivo de los proyectos que se ejecutan a lo largo del territorio nacional                                                                                                                                                                              | debida aplicación pueden contribuir a su mejoramiento en cuanto a la calidad de vida se refiere.                                                                                                                                                                                              |
| <b>Comunidad Étnica</b>      | Construcción de nexos de confianza credibilidad entre las comunidades y el Estado, con la posibilidad de llegar efectivamente a su territorio.                                                                                                                                                                                            | Posibilidad de participación efectiva en los diferentes POA'S en espacios adecuados respaldados no sólo por la DCP, sino también por las diferentes autoridades que convergen en el proceso consultivo.                                                              | Compensaciones económicas acordes con los impactos identificados que se convierten en oportunidad para invertir en su comunidad.                                                                                                                                                              |
| <b>Ejecutor de los POA'S</b> | Las iniciativas empresariales son oportunidades de desarrollo para los diferentes sectores en el país, particularmente las comunidades étnicas, por tanto el garantizar los espacios adecuados y coordinar con imparcialidad los procesos aplicando técnicas efectivas de concertación ha permitido disminuir los tiempos en los procesos | De la concertación y discusión sana y equilibrada en un proceso de consulta previa, se permite el desarrollo del proceso consultivo en debida forma, contando con el consentimiento de la comunidad y viendo en los diferentes proyectos alternativas de desarrollo. | El ajuste en los procesos consultivos, la fijación de una estrategia clara expresa y el apoyo de un equipo interdisciplinario, genera para el ejecutor disminución en los costos y además la certeza de poder ejecutar un proyecto en las mejores condiciones, respetando los derechos de las |

|  |                                                                      |  |              |
|--|----------------------------------------------------------------------|--|--------------|
|  | de consulta disminuyendo de esta manera los costos para el ejecutor. |  | comunidades. |
|--|----------------------------------------------------------------------|--|--------------|

(SICOP-DCP; 2016).

De conformidad con lo anterior, para la realización de los procesos de consulta previa, se requieren una serie de herramientas que generan efectos en diferentes ámbitos, muchos de ellos favorables en pro de la protección de los derechos de las comunidades y otros que inciden directamente en la economía del país.

### 3.2.1 Obligaciones normativas e institucionales.

Las Obligaciones **normativas e institucionales**, implican para el Estado, una serie de compromisos respecto de la creación de instrumentos que desarrollen la consulta previa y se encarguen de todo lo concerniente a este proceso, una de estas estrategias, como ya se menciono fue la creación de la DCP (Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior), la cual dispone de una serie de recursos logísticos y humanos para llevar a cabo los procesos de consulta.

Actualmente, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, cuenta con un sistema de información de solicitudes de verificación de presencia de grupos étnicos, cuando se van a desarrollar los POA (Proyectos, Obras o Actividades), en lugares con presencia de grupos étnicos, así mismo cuenta también con el SIIC (Sistema de Información Indígena de Colombia), en el cual puede ser consultada toda la información relacionada con resguardos indígenas y los autos que los rigen, los mapas de caracterización indígena, la expedición de certificados de consulta autocenso de comunidades, las organizaciones CIT (La Confederación Indígena Tayrona), CRIC (Consejo Regional Indígena del Cauca), ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia), OPIAC (organización de los

Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana) OZIP (Organización Zonal Indígena del Putumayo) y la normatividad aplicable, lo que garantiza un mejor sistema de información y consulta para los sujetos involucrados en los procesos de consulta previa.

Otro de los efectos institucionales en los procesos de consulta previa, esta relacionado con la necesidad de expedición de normas y reglamentos, que señalen las funciones específicas de la DCP, para esto se creo el Decreto 1066 del 26 de mayo de 2015, (Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo del Interior), el cual ha tenido modificaciones que se han integrado y adicionado por el Decreto 1372 de 2018 *“Por el cual se adiciona el Capítulo 4, al Título 1, de la Parte 5, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, para regular el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y se dictan otras disposiciones”* (Decreto 1372 , 2018), en el cual se enmarcan las competencias funcionales y las responsabilidades del Ministerio del Interior, en relación con la consulta previa:

Responsabilidades del Ministerio del Interior. El Ministerio del Interior en garantía del derecho fundamental a la consulta previa coordinará y articulará el proceso de consulta previa, y para ello deberá cumplir con las siguientes responsabilidades:

1. Coordinar las reuniones en cada una de las etapas del proceso de consulta previa.
2. Promover y propiciar el diálogo entre el Espacio Nacional de Consulta Previa y la entidad que lidera la medida administrativa o legislativa en consulta.
3. Apoyar la concertación de las rutas metodológicas entre el Espacio Nacional de Consulta Previa y la entidad que lidera la iniciativa en consulta.
4. Realizar las convocatorias a las partes del proceso (delegados del Espacio Nacional de Consulta Previa, entidad que lidera la medida administrativa o legislativa, y Ministerio Público).
5. Inscribir los asistentes, tomar registro fotográfico y audiovisual de cada una de las reuniones en el marco de los procesos de consulta previa.

6. Elaborar conjuntamente las actas con el delegado designado por el espacio autónomo del Espacio Nacional de Consulta Previa en cada sesión.
7. Custodiar y salvaguardar la información de los procesos y reuniones que se adelanten con el Espacio Nacional de Consulta Previa. (Presidencia de la República, 2010; Decreto 1372 , 2018, Art. 2.5.1.4.9. ).

De lo anterior podemos inferir que las responsabilidades que surgen para el Ministerio del Interior, son considerables e implican que se deba disponer de recursos económicos, partidas presupuestales y también recursos humanos que permitan cumplir con estas obligaciones, que van desde coordinar las consultas y promover el diálogo, hasta desarrollar el procedimiento formal de elaboración de actas, registros fotográficos y audiovisuales.

### **3.2.2 Obligaciones económicas.**

Las obligaciones **económicas** de los procesos de consulta previa, generan también una serie de efectos y dificultades ya que afectan el crecimiento económico del país y de diferentes campos empresariales, generando también la necesidad de creación de medidas de compensación económicas acordes a los impactos identificados, todo ello por el hecho de no realizar de manera previa, es decir desde las primeras etapas de planeación de los POA'S, los procesos de participación de las comunidades en la toma de decisiones.

Otro de los efectos económicos esta relacionado con la financiación de los procesos de los procesos de consulta, el Decreto 1372 de 2018, ha señalado que:

Financiación del proceso de consulta previa. El órgano o entidad interesado en el trámite y aprobación de una medida administrativa y legislativa asumirá los costos derivados del desarrollo del proceso de consulta previa. Cuando una norma de la misma naturaleza sea objeto de iniciativa popular, el costo será asumido por el órgano o la entidad competente. Lo anterior estará sujeto a las disponibilidades

presupuestales de cada vigencia y al marco de gastos de mediano plazo. (Decreto 1372 , 2018, Art. 2.5.1.4.12. )

Lo anterior nos permite identificar que cada entidad interesada en el trámite y aprobación de una medida legislativa y administrativa, debe asumir los costos derivados de la realización de los procesos de consulta previa, es importante señalar que como lo ha manifestado el Ministerio del Interior, el costo de un proceso de consulta previa, no se puede parametrizar en cuanto a su costo económico, lo anterior teniendo en cuenta que el propio convenio 169 de la OIT, establece que las consultas previas con las comunidades étnicas se deben llevar a cabo de acuerdo a las circunstancias de cada pueblo y mediante procedimientos apropiados, lo que implica que se deban tener en cuenta otros factores como el reconocimiento de estos pueblos indígenas como colectividades humanas con unas características propias y unas etapas para la realización de la consulta que van desde la preconsulta hasta la protocolización y seguimiento.

La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, señala como aportes económicos que se realizan desde esta institución a la consulta previa, los siguientes:

El promedio que resulte de los días en que se surta el proceso constitutivo v/s honorarios o salarios que devengue el contratista o servidor público, según el caso, asignado para liderar el proceso.

El valor en dinero que se cause con ocasión manutención y alojamiento (viáticos).

Costos de desplazamiento aéreo o terrestre para llegar al lugar escogido y adelantar las reuniones en el marco del proceso consultivo.” (Ministerio del Interior, 2016).

Lo anterior constituye los aspectos que deben considerarse al determinar los aportes económicos que rodean el proceso de consulta previa, que deben ser asumidos por el Estado a través de la Dirección de Consulta previa del Ministerio del Interior; para ello se debe asignar un rubro de gastos de funcionamiento a esta Dirección con el fin de que cuenten con el recurso económico para la logística y coordinación de estos procesos, lo anterior permite que se lleven a cabo las etapas en el proceso de consulta previa, es decir no

se esta basando el análisis solamente en un tema de costos, sino en las apropiaciones presupuestales de naturaleza institucional que deben crearse con el fin de garantizar el funcionamiento de la DCP.

Mediante respuesta otorgada por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a un derecho de petición de solicitud de información, respecto a cuánto cuesta para el Estado la realización de los procesos de consulta previa, esta dependencia señala que para dar respuesta a este interrogante es preciso referirse al presupuesto asignado por el Gobierno para gastos de funcionamiento de la dirección, a continuación se anexa cuadro donde se explica la asignación desde el año 2011 hasta el año 2016. (Ministerio del Interior, 2016).

| AÑO      | PRESUPUESTO         | INCREMENTO          | PORCENTAJE |
|----------|---------------------|---------------------|------------|
| 2011     | \$ 878.107.508,00   |                     |            |
| 2012     | \$ 904.450.733,00   | \$ 26.343.225,00    | 3%         |
| 2013     | \$ 2.063.613.931,00 | \$ 1.159.163.198,00 | 128%       |
| 2014     | \$ 5.856.000.000,00 | \$ 3.792.386.069,00 | 184%       |
| 2015     | \$ 4.878.658.999,00 | -\$ 977.341.001,00  | -17%       |
| 2016 (*) | \$ 4.705.470.000,00 | -\$ 173.188.999,00  | -4%        |

(\*) Valor deducido aplazamiento

(Ministerio del Interior, 2016)

La información anterior corresponde al presupuesto asignado por el Gobierno para la Dirección de Consulta Previa, es importante aclarar que esta información corresponde al rubro de gastos de funcionamiento desde el año 2011 hasta el 2016.

### 3.2.3 Obligaciones sociales.

Los **efectos sociales** que se generan con ocasión a los procesos de consulta, inciden en las responsabilidades de carácter social que tienen las empresas o entidades ejecutoras de los

POA'S, las cuales surgen con ocasión a la realización de la actividad económica y adicionalmente la necesidad de garantizar que los compromisos que se establezcan en los procesos de consulta previa se cumplan a cabalidad.

Otro efecto social, esta relacionado con la recuperación de espacios de disertación y socialización, entre los sujetos intervinientes en los procesos de consulta, que permite la garantía del derecho de participación de la comunidades en los asuntos que involucren sus intereses, para ello la normatividad colombiana, ha dispuesto una serie de escenarios donde se pueden llevar a cabo estas disertaciones creando El Espacio Nacional de Consulta Previa de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, tal y como lo señala el Decreto 1372 de 2018:

Regular el Espacio Nacional de Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas de carácter general, susceptibles de afectar directamente a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras rurales y urbanas del país, como una institución representativa, legítima y operativa. (Decreto 1372 , 2018, Art. 2.5.1.4.1. )

Estos efectos sociales, que se configuran con ocasión a los procesos de disertación, donde se permite la realización de una discusión sana y equilibrada, es la oportunidad que tienen las comunidades, para entablar diálogos en condiciones de igualdad con el Estado, que permiten el desarrollo mismo de los pueblos indígenas; no obstante a pesar de las fortalezas que tiene la consulta previa y sus efectos positivos, también encontramos que su materialización tiene unas dificultades, que se reflejan en el sentido de que no se esta entendiendo la consulta como un derecho fundamental, sino que prevalece el procedimiento, recordemos que la consulta previa tiene dos presupuestos, uno, como derecho fundamental y el otro como requisito de procedibilidad para poder participar en la toma de decisiones que afecten los intereses de las comunidades.

Lo anterior insta al Estado para que continúe en el proceso de consolidación del derecho fundamental a la consulta previa, ya que a pesar del importante desarrollo que tiene actualmente, aun carece de procedimientos específicos, que una vez reglamentados facilitarían el diálogo con las comunidades y los procesos de protocolización de las consultas.

### **3.3 Conclusión del capítulo.**

Dentro de las estrategias creadas por el estado es de resaltar la creación de El Espacio Nacional de Consulta Previa, el cual esta integrado por el Ministerio del Interior y delegados de las de las comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras, teniendo como función principal la de servir de instancia de diálogo entre el Gobierno Nacional y los sujetos que intervienen en los procesos de consulta, no obstante, aún no se cuenta con una instancia que permita dirimir los conflictos de intereses que se evidencian en estos procesos, que goce de autonomía administrativa y que tenga funciones jurisdiccionales, para que no solo se centre en ser un canal de diálogo entre los sujetos parte de las consultas previas, sino que pueda tomar decisiones en los casos en los que no se logre protocolizar la consulta, favoreciendo los intereses de todos los intervinientes, tema que desarrollaremos más adelante.

Habiendo analizado los efectos sociales, económicos e institucionales que se generan con los procesos de consulta y entendiendo que muchos de estos efectos son positivos, porque el Estado Colombiano ha avanzado considerablemente en la protección de derechos de estas comunidades, pero también reconociendo que aun falta una de las tareas más importantes y es la de consolidar una instancia de decisión en materia de consultas, que permita protocolizarlas, así como fortalecer los requisitos de la consulta, en especial que sea previa, para evitar tener que reclamar el derecho, cuando este debería ser garantizado de forma eficaz.

Ahora corresponde analizar los impactos de la consulta previa en el modelo político y económico del Estado colombiano, teniendo como referente que nuestra constitución establece un Estado social de derecho, donde prima la protección de las comunidades étnicas.

#### **Capítulo 4. LA CONSULTA PREVIA Y SUS IMPACTOS EN EL MODELO POLÍTICO ECONÓMICO DEL ESTADO Y EN LA PROTECCIÓN DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS.**

Existen una serie de impactos en relación con los procesos de consulta previa, que inciden en el cumplimiento efectivo de las obligaciones del Estado, para poder entender la manera como se desarrollan y poder crear mecanismos que permitan superarlas y fortalecer el derecho a la consulta previa, hay que empezar analizando cuál es su pertinencia en el modelo político - económico del Estado Colombiano.

##### **4.1 Pertinencia de la consulta previa en el modelo político – económico de Estado, a partir del análisis de las últimas sentencias de la Corte Constitucional.**

Para analizar los efectos y los impactos del derecho a la consulta previa es oportuno hacer alusión al modelo económico de la Constitución Política de 1991, un modelo neoliberal, normativo, valorativo, el cual se centra en el desarrollo una normatividad que orienta las actividades económicas hacia el cumplimiento de los fines y principios del estado social de derecho; a su vez plantea principios liberales con principios intervencionistas ya que consagra la libertad económica pero bajo ciertos parámetros establecidos en la Constitución y la ley que tienen como limite el bien común y el interés público.

Tenemos entonces que el modelo económico de nuestra Constitución Política tiene las siguientes características:



(Rodrigo Uprimny & Cesar Augusto Rodríguez, pág. 24).

Es entonces la Constitución Política de 1991, una constitución vinculante, valorativa y abierta, frente al establecimiento del modelo económico, que permite que el desarrollo de la economía, de la iniciativa privada, pero dentro de unos límites normativos, que hacen relación al respeto por los derechos enmarcados en el bien común.

Con ocasión a que la Constitución Política, frente al modelo económico establece límites a la acción de los poderes públicos, con el fin de regular y garantizar una seguridad jurídica, tenemos que estas acciones están encaminadas a fortalecer el modelo político, que consagra un Estado Social de Derecho, tal y como lo señala el artículo primero de la carta política:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución Política de Colombia , 1991, Art. 1).

Este Estado Social de Derecho, propende por la búsqueda de la plena vigencia de los derechos humanos, el respeto por la dignidad, la vida, la libertad, la igualdad, la protección y conservación de territorios, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, la participación de todos en los asuntos que afecten directamente sus intereses, este último se constituye como postulado de la consulta previa.

Pero el Estado social de derecho no solo tiene como característica la prevalencia de los derechos fundamentales, sino que también busca garantizar un proceso de inclusión social, donde todos los habitantes del territorio nacional tengan los mismos derechos; el libro *“Las políticas sociales en el marco de la Constitución Política de 1991”*, señala que la Carta Política del 91 surge como respuesta a los problemas de exclusión generados en la época, buscando la inclusión social bajo el modelo del Estado Social de Derecho, de conformidad con lo señalado, dispone: *“La Constitución Política de 1991 se constituye en una apuesta de la sociedad colombiana para afrontar los problemas de exclusión generados por los desarrollos industriales y postindustriales de los últimos decenios.”* (Laverde, 2010, pág. 118).

Debido a los desarrollos industriales de las últimas décadas, se hacía necesario realizar un cambio no sólo en la dimensión política, sino también económica, que permita afrontar los cambios económicos, sociales y culturales de la época, de conformidad con esta situación es preciso hacer alusión a la crisis que se presentó previo a la Constitución de 1991, problemas sociales como violencia, enfrentamiento armado, falta de legitimidad de las instituciones del Estado, los cuales conllevaron a que se presentara un cambio importante en la regulación del país.

Como consecuencia de lo anterior se creó la Asamblea Nacional Constituyente, durante el gobierno de Cesar Gaviria Trujillo, con el fin de reemplazar la Constitución de 1886 y responder a los cambios sociales, económicos, culturales y políticos de la época:

El camino para llegar a esta Asamblea, se materializó gracias a la exigencia de la ciudadanía ya que la nueva Constitución fue una realidad gracias a la Séptima

papeleta, propuesta originada por un sector de académicos y líderes sindicalistas, la cual fue fortalecida con el movimiento estudiantil que planteó la inclusión de un séptimo voto en las elecciones del 11 de marzo de 1990 el cual solicitaría la convocatoria de una Asamblea Constituyente. La ciudadanía respondió masivamente a la propuesta. De esta forma, se puede afirmar que el movimiento ciudadano de la Séptima papeleta fue el origen de la Constitución de 1991. (Centro de memoria, 2016 ).

Con la Carta Política de 1991, la cual surge como respuesta a los acontecimientos históricos, no solo se reconocieron derechos sociales, económicos y políticos, sino que también se crearon los mecanismos para garantizarlos, es por esto por lo que en esta Constitución se resalta la garantía de los derechos humanos.

Esta Carta Magna, resalta la importancia de la libertad económica y la iniciativa privada, señalando que las mismas podrán ejercerse respetando los límites del bien común, el artículo 333 de la carta política señala: “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común*”. (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 333).

La disposición constitucional anteriormente mencionada, supone una serie de responsabilidades que se ven reflejadas en el contenido normativo que impone límites a la libertad económica; postulado que también es desarrollado en el texto “*Las políticas sociales en el marco de la Constitución Política de 1991*”, el cual señala:

Si bien a la actividad económica y la iniciativa privada se les reconoció en la Constitución Política de 1991 la libertad, ésta no es ilimitada e irresponsable; sus alcances son determinados dentro del nuevo orden por las exigencias del bien común, la utilidad pública, el interés social, el interés general, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, entre otros. Se trata de derechos reconocidos pero que tienen responsabilidades y obligaciones, como cualquier otro derecho. (Laverde, 2010, pág. 121).

En un análisis de la Constitución y el modelo económico en Colombia, encontramos que la misma admite políticas económicas, las cuales deben enmarcarse dentro de límites normativos y valorativos tal como lo expone el artículo *“Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho”*:

La Constitución colombiana de 1991 es una Constitución normativa y valorativa de constitucionalismo social, en la medida en que no sólo reconoce derechos liberales, sino también reconoce derechos sociales y les da fuerza normativa; y es una Constitución abierta porque admite políticas económicas muy diversas para alcanzar esos derechos sociales. (Rodrigo Uprimny & Cesar Augusto Rodríguez, pág. 24).

Es entonces nuestra carta política valorativa, procedimental y normativa, ya que: *“consagra un orden de valores a ser realizados”* es procedimental *“cuando consagra instituciones y procedimientos”* y normativa *“ya que vincula al legislador y al ejecutivo,”* en el cumplimiento de los fines del Estado. (Zambrano, 2009).

Tal como lo señala el artículo 334 de la Constitución Política, *“La dirección de la economía está a cargo del Estado”*, es decir el Estado tiene la competencia exclusiva para la regulación de la política económica y las decisiones que se tomen respecto del funcionamiento de la economía, constituyen una forma de regulación económica, sin que esto constituya una vulneración al ejercicio de libertades económicas, ya que son postulados propios de un Estado social de derecho.

La Corte Constitucional también se ha pronunciado en numerosas sentencias, respecto de la intervención del Estado en la economía, en Sentencia C-150 de 2003, el alto tribunal, señaló:

En un Estado social de derecho la intervención estatal en el ámbito socio-económico puede obedecer al cumplimiento de diversas funciones generalmente agrupadas en cuatro grandes categorías: una función de redistribución del ingreso y

de la propiedad; una función de estabilización económica también consagrada en diversas normas superiores; una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados en la Constitución. (Sentencia C-150 , 2003).

La intervención estatal, busca regular las condiciones del funcionamiento del mercado y la convivencia social, en pro de la distribución equitativa y el desarrollo social, lo anterior en cumplimiento del postulado de que la iniciativa privada y la libertad económica deben enmarcarse en los límites del bien común.

Habiendo analizado algunas características del modelo económico y político del Estado colombiano en la Constitución de 1991, entendemos que la consulta previa, pese a que se enmarca en los postulados del Estado social de derecho, en el entendido de la protección que debe brindarse a los pueblos originarios y la conservación de la diversidad étnica y cultural de la nación; tiene una serie de limitaciones y dificultades que afectan los derechos de los pueblos indígenas.

Las comunidades se ven afectadas cuando no logran materializar su derecho a la consulta previa, ya que la misma no se esta llevando a cabo bajo el requisito de ser previa, sino que en muchos casos, las comunidades tienen que solicitarla, una vez a empezado la ejecución de un proyecto, obra o actividad (POA) que afecta sus territorios, es decir tienen que reclamar el derecho, cuando el “*deber ser*” seria que el Estado colombiano, en el marco de su modelo económico y político que propenden por el interés general y el bien común, lo garantizara efectivamente.

La realización de la consulta previa, cuando ya se ha empezado a ejecutar un POA, esta vulnerando los presupuestos de este derecho, que han sido establecidos no solo por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino también por organismos internacionales, desconociendo de esta manera su carácter de fundamental y a su vez generando una afectación para el desarrollo económico de los particulares y del Estado, ya que se deben

suspender actividades hasta tanto no se realicen los procesos de consulta, de conformidad con lo indicado por el alto tribunal constitucional.

Lo anterior evidencia claramente la dificultad no solo para las comunidades indígenas, sino también para el Estado y los particulares como sujetos intervinientes de la consulta previa, la cual se refleja en que no existe una debida planeación de las actividades que permita que la consulta se lleve a cabo con anterioridad.

Pero este escenario, no es el único que genera dificultades en el proceso de realización de la consulta previa, encontramos también que el **criterio más reciente de unificación jurisprudencial, desarrollado por la Corte Constitucional, Sentencia SU 123 de 2018**, señala que si se ha llevado a cabo de forma adecuada, el proceso de consulta, sin llegar a un acuerdo, el Estado y el agente económico, es decir una de las partes en el proceso de consulta, pueden generar dicho acuerdo, e implementar la medida, mediante decisión motivada, lo que implica que pese a que el Estado deba motivar su decisión, la misma no esta cumpliendo con el ideal de concertación, que es el que debe primar en el proceso de consulta previa.

En ese sentido la Corte Constitucional, ha expresado que en materia de consulta previa, el juez constitucional, tiene la obligación de dictar ***“remedios judiciales”***, para garantizar los derechos vulnerados. (Sentencia SU 123 de 2018), y que estos remedios consisten en:

1. Disponer la celebración de la consulta, con la observancia de los criterios fijados en la jurisprudencia.
2. Dejar sin efecto los certificados del Ministerio o disponer la modificación de las licencias ambientales, producto de los acuerdos de la deliberación.

Pero, las disputas más críticas se relacionan con:

3. La orden de suspensión de proyectos, debido a que entran en tensión el ámbito de protección de los derechos de los pueblos indígenas con el interés general –

seguridad o desarrollo económico-. (Corte Constitucional, Sentencia SU 123 de 2018).

Lo anterior nos coloca en una situación bastante compleja, frente a la protección de los derechos de los pueblos originarios, por varias razones:

1. En la mayoría de los casos, y así lo demuestran las estadísticas analizadas en el presente trabajo, las consultas no cumplen con el requisito de ser previas, es decir no se realizan con antelación a la formulación de los proyectos, o de los planes de desarrollo, sino que por el contrario, son realizadas sobre la puesta en marcha de los mismos, es decir en su etapa de ejecución, y son las comunidades las que por medio de acción de tutela, deben solicitar la protección de sus territorios y la realización de la consulta, lo que genera que el Estado, no este cumpliendo con el postulado constitucional, establecido modelo político, de proteger la diversidad étnica de la Nación Colombiana, garantizar los derechos de las comunidades étnicas.
2. Con ocasión al incumplimiento por parte del Estado, de realizar las consultas de manera previa, con la elaboración de los planes de desarrollo, postulado, que no sólo nace en el derecho interno, sino también en el derecho internacional, el mismo debe adoptar mecanismos de solución a esta problemática, y es a lo que la Corte Constitucional ha llamado **“remedios judiciales”**, pero como ya se ha mencionado, estas soluciones no solo implican la realización de la consulta, sino que involucran un escenario mayor, donde encontramos una **tensión entre los derechos de los pueblos indígenas, con el interés general –seguridad o desarrollo económico**, por tal motivo la Corte Constitucional, ha establecido que deben utilizarse métodos de ponderación, y al respecto señaló:

La jurisprudencia ha resuelto ese tipo de situaciones a través de la ponderación de los derechos en juego. Aquí se debate sobre los ámbitos de protección del derecho y el alcance que debe otorgarse al mismo, lo cual no es una tarea fácil, pues, a la dificultad de fijar un remedio judicial eficaz, se

suma la necesidad de entablar un diálogo que sea capaz de trazar estándares mínimos en el escenario constitucional de la consulta previa. Bajo ese contexto, la Sala considera importante precisar las reglas o criterios que pueden regir la atribución o no del remedio judicial de suspensión en un caso determinado. (Corte Constitucional, Sentencia SU 123 de 2018).

Es así como, el debate actual de la consulta previa, también se centra en determinar, el alcance de la misma, debido a los intereses y derechos que se encuentran en juego, no solamente los de las comunidades, sino también intereses del Estado y de los demás habitantes del territorio nacional, lo anterior aunado a la necesidad de desarrollo económico de la Nación.

Tenemos algunas de las sentencias de la Corte Constitucional, que han aplicado **métodos de ponderación**, en los casos en los cuales existe tensión de derechos, en relación con la consulta previa, y que fueron analizadas en el reciente fallo de unificación del año 2018:

| SENTENCIAS DONDE LA CORTE CONSTITUCIONAL HA APLICADO MÉTODOS DE PONDERACIÓN DE DERECHOS |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Sentencia T-298 de 2017</b>                                                          | <p>En esta sentencia, la Corte Constitucional indicó que el derecho a la consulta previa muestra un equilibrio o ponderación entre:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. El interés general, representado en los proyectos o medidas que potencialmente pueden incidir en los derechos de los pueblos indígenas, y</li><li>2. El goce efectivo de estos últimos derechos, particularmente, en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación.</li></ol> |

|                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>Sentencia SU-383 de 2003</b><br/> <b>Sentencia T-080 de 2017</b><br/> <b>Sentencia T-236 de 2017</b></p> | <p>En estas sentencias, se ponderaron entre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y la seguridad nacional en la implementación de las políticas de erradicación de cultivos ilícitos por medio de fumigación de glifosato.</p> <p>En esas ocasiones, el resultado de ese análisis concluyó que las facultades del Estado se condicionan a esta ponderación, de modo que debe tener en cuenta la efectiva protección de los derechos de las comunidades indígenas.</p> <p>De ahí que se indicara que la garantía de ese interés general no puede llegar a menoscabar los derechos de estos colectivos.</p> <p>En todos los casos se dispuso celebrar consulta previa con los pueblos étnicos diversos, debido a que los programas de aspersión se efectuaron en los territorios indígenas.</p> |
| <p><b>Sentencia T-005 de 2016</b></p>                                                                          | <p>En esta sentencia, la Corte Constitucional, consideró que el concepto de seguridad nacional debía garantizarse respecto del derecho de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, quienes vieron perturbado un territorio sagrado con la construcción de un batallón del Ejército Nacional en la década de 1950.</p> <p>Sin embargo, esa decisión no significó la anulación del derecho de los pueblos indígenas, dado que, también, se</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |

|                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|----------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                  | <p>ordenó que se asegurara para sociedad Arhuaca el acceso al sitio sagrado.</p> <p>Se llegó a un equilibrio donde permanecía la edificación y salvaguardaba los derechos espirituales y de territorio amplio de la comunidad. Aunado a lo antepuesto, se ordenó el proceso consultivo.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| <b>Sentencia T – 063 de 2019</b> | <p>En esta sentencia, la Corte Constitucional, determinó, que la consulta previa es un derecho fundamental irrenunciable, de titularidad grupal en favor de las comunidades étnicas en procura de la protección de su integralidad y subsistencia como población étnicamente diferenciada.</p> <p>Se debe materializar ante las medidas (normas, políticas, planes, programas, proyectos, etc) que las afecten o puedan afectarlas directamente, estableciendo un espacio de concertación y ponderación, guiado por la participación, activa y efectiva, bajo un modelo de gobernanza, el cual busca establecer las herramientas, adecuadas y necesarias, para hacer efectivos los derechos y garantías constitucionales reconocidas en beneficios de dicha población.</p> |
| <b>Sentencia T – 021 de 2019</b> | <p>En esta sentencia, se establecen las Reglas especiales de aplicación de consulta previa, y en el caso de la concertación tenemos que:</p> <p>En caso de no llegar a un acuerdo en el proceso</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |

|  |                                                                                                                                                                            |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

(Corte Constitucional, Sentencia SU 123 de 2018).

De las anteriores sentencias, podemos concluir que la Corte Constitucional, deja claro que pese a estar aplicando un método de ponderación de derechos, lo que se busca es llegar a un equilibrio, donde no se afecte el derecho de subsistencia de las comunidades y este punto de equilibrio, debe permitir que el Estado ejecute sus políticas y planes de desarrollo económico, sin desconocer los derechos de los pueblos originarios, situación que es sí misma es bastante compleja.

Esta ponderación de derechos, también ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en la sentencia del 8 de octubre del 2015, ***Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs Honduras***, en la cual se establece que el Derecho de la propiedad colectiva, no es un derecho absoluto, y que cuando los Estados imponen limitaciones al ejercicio de este derecho, estas deben respetar lo establecido en la ley, ser proporcionales y enmarcarse dentro de un objetivo legítimo de una sociedad democrática, lo anterior con base en lo establecido en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que el derecho a la propiedad se limita en razón del interés general. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia, Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs Honduras, 2015).

Lo anterior implica que al existir una tensión entre los derechos de los pueblos indígenas, con el interés general –seguridad o desarrollo económico, exista también una tensión entre el modelo político y el modelo económico establecido en la Constitución de 1991, ya que de una parte, la carta política, busca garantizar los derechos de las comunidades, su participación y la protección de sus territorios, pero por otra parte, el Estado con ocasión al

desarrollo de su modelo económico, busca la ejecución de proyectos de desarrollo, que implican beneficios para los habitantes del territorio nacional, lo que nos permite concluir que el alcance de la consulta previa, se adapta al modelo político del Estado, pero genera dificultades en su materialización en el modelo económico.

Es preciso analizar ahora los impactos que ha tenido la consulta previa en el Estado Social de Derecho, a partir del desarrollo de medidas legislativas y administrativas.

#### **4.2 Impactos de la consulta previa en el desarrollo de medidas administrativas y legislativas.**

Este análisis se basa en conocer aquellas normas y proyectos que adelanta el Estado, que involucran derechos o intereses de los pueblos indígenas y que han sido suspendidas hasta tanto no se garantice el derecho a la preservación del territorio, el derecho a la diversidad étnica y cultural, a la conservación de tradiciones e identidad y a la consulta previa; es decir se va a analizar una de las principales dificultades que impide una garantía efectiva de este derecho.

De conformidad con lo anterior, vamos a realizar un estudio de las medidas legislativas y administrativas en materia de derechos de las comunidades étnicas, ya que en ellas se enmarca el desarrollo de políticas, programas y lineamientos que en su ejecución, puedan afectar el aspecto social, cultural y económico de las comunidades mencionadas y generar impactos en las mismas.

Lo primero que se realizará será una conceptualización, en lo que respecta a las medidas administrativas, legislativas y una categoría especial que son las medidas mixtas, para observar su incidencia en los derechos de las comunidades étnicas.

| MEDIDAS<br>ADMINISTRATIVAS                                                                                                                                                                                                                                                                                          | MEDIDAS<br>LEGISLATIVAS                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | MEDIDAS<br>MIXTAS                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Son todos los actos administrativos de las entidades públicas, que puedan afectar a los pueblos étnicos Negros, Afrocolombianos, Raizales y Palenqueros. Por ejemplo, proyectos, programas, planes o cualquier otra decisión que tome el gobierno nacional, departamental o local que afecten a los pueblos.</b> | Son todos los actos realizados por los órganos legislativos a cualquier nivel y los tratados internacionales que son adoptados por el Estado, y que deben ser consultados cuando estos generen implicaciones o efectos que puedan afectar la vida de los pueblos étnicos Negros, Afrocolombianos, Raizales y Palenqueros. | Son aquellas que en su origen son medidas legislativas o administrativas, pero que para hacerlas eficaces, implementarlas o realizarlas, requieren de otro tipo de medidas por lo general administrativas; es decir, de actos y decisiones que son susceptibles de ser consultadas porque afectan directa a las comunidades implicadas a nivel territorial, cultural o en su autodeterminación. |

(Ministerio del Interior, 2015)

Lo más importante que hay que comprender en este tema de los impactos de las medidas legislativas, administrativas y mixtas, es que los procesos de consulta que en ellas se adelanta, involucra al Estado, no solo como garante de los procesos, sino como actor principal, ya que estas medidas son actos bien sea administrativos o legislativos competencia del Estado.

Revisaremos entonces algunas medidas legislativas, relacionadas con la expedición de leyes, por parte del Congreso de la República, que hacen referencia a temas de medio ambiente y que han tenido que ser revisadas por la corte constitucional, toda vez que involucrando intereses de las comunidades indígenas, las mismas no fueron consultadas, por tal motivo en todos los casos que se señalarán a continuación, la corte ordena cumplir con los parámetros establecidos en torno a la consulta previa.

## JURISPRUDENCIA EN MEDIDAS LEGISLATIVAS

| Nº | SENTENCIA                                                                | TEMA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|----|--------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1  | <b>C-169 DE 2001</b><br><br>Magistrado Ponente:<br>Carlos Gaviria Díaz   | Revisión constitucional del proyecto de ley número 025/99 Senado y 217/99 Cámara, “por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”. Circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior.                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| 2  | <b>C-891 DE 2002</b><br><br>Magistrado Ponente:<br>Jaime Araujo Rentería | Código de minas, - las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo al efecto resolver autónomamente sobre el ejercicio de su derecho de preferencia.                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| 3  | C-030 DE 2008<br><br>Magistrado Ponente:<br>Rodrigo Escobar Gil          | Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006 – Ley General Forestal.<br>No se cumplió con la realización de la consulta previa, se desconocieron derechos relacionados con la cosmovisión de las comunidades y la importancia de la tierra en sus tradiciones. Declaran la inexequibilidad de la ley.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| 4  | C-461 DE 2008<br><br>Magistrado Ponente:<br>Manuel Cepeda Espinosa       | Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1151 de 2007, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, se declara exequible la ley en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional. |

|   |                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|---|--------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 5 | <b>C-175 DE 2009</b><br>Magistrado Ponente:<br>Luis Ernesto Vargas Silva | Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, “por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”. La declaran inexecutable por vulnerar el derecho a la consulta previa, debido a que las actividades desarrolladas por el Gobierno Nacional no cumplieron con las condiciones constitucionales de la consulta. En especial, los procesos de acercamiento fueron realizados de forma inoportuna, cuando el trámite legislativo ya se encontraba en curso, circunstancia incompatible con la vigencia del principio de buena fe en los procesos de consulta previa. |
| 6 | <b>C-615 DE 2009</b><br>Magistrado Ponente:<br>Humberto sierra Porto     | Revisión automática del “Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela”, firmado en Caracas el tres (3) de mayo de 1990, así como de la Ley 1214 de 2008, mediante la cual fue aprobado. Donde la Corte resuelve que dado que se omitió la realización de la consulta a las comunidades Wayúu, antes del sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República, se concluye que la ley aprobatoria debe ser declarada inexecutable por la Corte.                                                                                                            |
| 7 | <b>C-366 DE 2011</b><br>Magistrado Ponente:<br>Luis Ernesto Vargas silva | Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas.” Se declara inexecutable la Ley 1382 de 2010, “por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas” y se señala que la Corte concede un término prudencial para el agotamiento del proceso de consulta previa, tendiente a la reforma del código de minas.                                                                                                                                                                                                                                                                                             |

De las anteriores medidas legislativas podemos concluir que el Estado representado por la rama legislativa el poder público como encargada de dictar las normas que materializan el Estado social de derecho, omitió la realización del proceso de consulta previa, por tal motivo la corte ordenó a las autoridades mineras cumplir con los parámetros establecidos

en torno a la realización de las consultas, asimismo la ley forestal y la ley del estatuto de desarrollo rural al no cumplir con el trámite de consulta fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional; señaló también el alto tribunal que cuando se vaya expedir el Plan Nacional de Desarrollo los aspectos que involucren a las comunidades indígenas o afrodescendientes deben ser consultados previamente. Lo anterior como ya se ha manifestado, no involucra a los ejecutores de los POA'S, sino directamente al Estado, como legislador.

En lo que respecta a las medidas administrativas, desarrolladas por el Estado, tenemos, los siguientes ejemplos, donde se suspendieron obras, la realización de una línea férrea y la Resolución 121 de 2012 del Ministerio del Interior, hasta tanto no se adelantarán los procesos de consulta previa:

| JURISPRUDENCIA EN MEDIDAS ADMINISTRATIVAS |                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|-------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Nº                                        | SENTENCIA                                                                            | TEMA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| 1                                         | <b>T-800 DE 2014</b><br><br>Magistrado<br>Ponente:<br><br>Gabriel Eduardo<br>Mendoza | <p>La ciudadana Zully Amparo Archibold, miembro de la comunidad raizal de Providencia, solicita la protección del derecho fundamental a la consulta previa y la integridad cultural de los integrantes de la comunidad raizal que habitan en la isla de Providencia.</p> <p>La corte revoca la sentencia dictada el 23 de mayo de 2014 por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en cuanto negó el amparo de los derechos fundamentales de la comunidad raizal de Providencia a la consulta previa y al debido proceso; para, en su lugar, conceder la protección solicitada y ordena suspender de manera inmediata de las obras que se adelantan en ejecución del proyecto Spa Providencia y la simultánea realización de un proceso de consulta orientado a establecer los impactos que la ejecución del proyecto puede generar sobre la comunidad raizal de Providencia así como las medidas necesarias para prevenirlos, mitigarlos o evitarlos.</p> |
| 2                                         | <b>T-576 DE 2014</b>                                                                 | El señor Moisés Pérez Casseres promovió acción de tutela para que se amparen los derechos fundamentales a la consulta                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |

|   |                                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|---|---------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|   | <p>Magistrado Ponente:</p> <p>Luis Ernesto Vargas silva</p>                                 | <p>previa; al consentimiento previo, libre e informado; a la participación; a la igualdad y al debido proceso de las comunidades negras del país, los cuales habrían sido vulnerados por el Ministerio del Interior, al expedir la Resolución 121 de 2012, <i>“por la cual se convoca a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a Asambleas Departamentales y se dictan otras disposiciones”</i>.</p> <p>En esa ocasión, la Sala comprobó que las decisiones que el Ministerio del Interior pretendía adoptar en aplicación de la Resolución 121 tendrían una incidencia directa y definitiva sobre la manera en que las comunidades negras del país, tuvieran o no un título colectivo adjudicado por el Incoder, estuvieran organizadas o no como consejos comunitarios, ejercerían sus derechos fundamentales a la participación y a la consulta previa, particularmente, frente a los proyectos de ley y las medidas administrativas de amplio alcance que pudieran afectarlas.</p> <p>De conformidad con lo anterior ampara los derechos de igualdad y de consulta previa de estas comunidades negras, con efectos <i>inter comunis</i>, dejando sin efecto la resolución 121 de 2012 y ordena al Ministerio del Interior adelantar el proceso de consulta previa a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.</p> |
| 3 | <p><b>T-660 DE 2015</b></p> <p>Magistrado Ponente:</p> <p>Jorge Ignacio Pretelt Chaljub</p> | <p>Los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de jurisdicción del Municipio de Zona Bananera-Magdalena señalan que les fueron vulnerados los derechos fundamentales a la consulta previa, a la integridad territorial, a la autonomía, al medio ambiente sano, y a la diversidad étnica y cultural, al haberse construido una línea férrea, en cercanía a sus lugares de residencia, para el transporte de carbón, e iniciado construcción de una segunda vía sin que se hubiera llevado a cabo consulta previa por parte de los accionados, (Min Interior, Ambiente, Vivienda, Ciudad y Territorio y Transporte; de las Agencias Nacionales de Licencias Ambientales e Infraestructura, y de los Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A.</p> <p>Al respecto la Corte señaló que Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. vulneraron el derecho a la participación de las comunidades demandantes y de las personas habitantes en la zona de influencia del proyecto, por cuanto dichas empresas</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|--|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  |  | llevaron a cabo la construcción de una primera vía férrea, que atraviesa los territorios de las accionantes, e inició obras para la segunda vía paralela a esa, sin garantizar espacios de participación, impidiendo que la comunidad afectada tomara parte en la realización del megaproyecto mencionado, causando afectaciones también al medio ambiente. Por consiguiente se a Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A, la realización del proceso de consulta previa y en el marco de estos espacios, diseñar en conjunto con tales grupos, las medidas de compensación de los efectos sociales, de seguridad y en el medio ambiente, causados por el paso de los trenes. |
|--|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

En los casos antes señalados la Corte Constitucional ordenó no solo la realización de la consulta previa, sino también la instauración de medidas de compensación que permitan mitigar los efectos sociales, ambientales y de seguridad causados por la realización de POA'S en territorios indígenas; recordemos que estas medidas administrativas y legislativas, están relacionadas de forma directa con el Estado, ya que son actos administrativos de entidades públicas, lo que implica que sea el Gobierno quien deba velar por la adecuada realización y expedición de estas normas.

#### **4.3 Impactos de la consulta previa derivados del Sistema Interamericano y su incidencia en los planes de desarrollo.**

Para desarrollar los impactos de la consulta previa y las obligaciones que surgen para el Estado y que se derivan del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, y el control de convencionalidad, es importante tener presente lo analizado en el primer capítulo del presente trabajo, respecto al desarrollo de la consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ya que a partir de la interpretación que el alto tribunal, le ha dado a la protección de territorios ancestrales, surgen una serie de responsabilidades para el Estado, que lo hacen estar sujeto a normas internacionales.

En ese sentido, el desarrollo del control de convencionalidad, derivado del cumplimiento de normas internacionales para los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, genera que el ordenamiento jurídico interno se encuentre sujeto a estas disposiciones, y que en caso de ser requerido se deban crear las medidas administrativas y legislativas que permitan proteger los derechos de las comunidades étnicas.

Una de las obligaciones más importantes que nace del Sistema Interamericano de derechos humanos, hace referencia a la obligación del Estado de consultar a las comunidades en la etapa de formulación de los planes de desarrollo y los proyectos de inversión, con el fin de que puedan participar de forma activa y previa al desarrollo de proyectos que involucren sus territorios, lo que evitaría inconvenientes que en la práctica se presentan con los procesos de consulta previa y que inciden en su efectividad.

Con base en lo anterior, es pertinente, revisar la importancia de los planes de desarrollo en nuestro país, de manera puntual el establecido por el gobierno nacional para el periodo 2018 – 2022, así como las bases para la formulación de políticas públicas y sus alcances respecto al territorio de las comunidades ancestrales, para terminar estableciendo que dificultades surgen para el Estado, en relación con las obligaciones que desarrollan normas internacionales.

Tenemos entonces que los planes de desarrollo son documentos que contienen los lineamientos estratégicos, de las políticas públicas formuladas por el gobierno nacional y las entidades territoriales, (Departamento Nacional de Planeación, s.f.), son entonces las cartas de navegación donde se establecen los objetivos y proyectos que se llevarán a cabo durante el periodo de gobierno, y que esta compuesto por el diagnóstico, la parte estratégica y el plan de inversiones.

La regulación de los planes de desarrollo, se encuentra contenida en la ley 152 de 1994 y es allí donde se establece, que debe existir participación de las comunidades indígenas en la formulación de estos documentos, por consiguiente el artículo 9 establece que hacen parte del consejo nacional de planeación:

Cinco (5) en representación de los indígenas, de las minorías étnicas y de las mujeres; de los cuales uno (1) provendrá de los indígenas, uno (1) de las comunidades negras, otro de las comunidades isleñas raizales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, escogidos de ternas que presenten las organizaciones nacionales jurídicamente reconocidas que los agrupen, y dos (2) mujeres escogidas de las Organizaciones no Gubernamentales. (Ley 152 , 1994, Art. 9).

De igual forma el artículo 34 establece que los consejos territoriales de planeación, deben estar integrados por un consejo consultivo de planeación de los territorios indígenas:

El Consejo Consultivo de Planificación de los territorios indígenas, estará integrado por las autoridades indígenas tradicionales y por representantes de todos los sectores de las comunidades, designados éstos por el Consejo Indígena Territorial, de ternas que presenten cada uno de los sectores de las comunidades o sus organizaciones. (Ley 152 , 1994, Art. 34).

Así las cosas las normas internas establecen que en la formulación de los planes de desarrollo deben participar las comunidades étnicas, en este caso las que estén jurídicamente reconocidas, en el plan nacional de desarrollo 2018 – 2022, se llevó a cabo la consulta previa con la mesa permanente de pueblos y organizaciones indígenas<sup>17</sup>, con la comisión nacional de diálogo del pueblo Rom<sup>18</sup> y en el espacio nacional de consulta previa con comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Decreto 1397 de 1996. Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones.

<sup>18</sup> Decreto 2957 de 2010. Por el cual se expide un marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico Rom o Gitano.

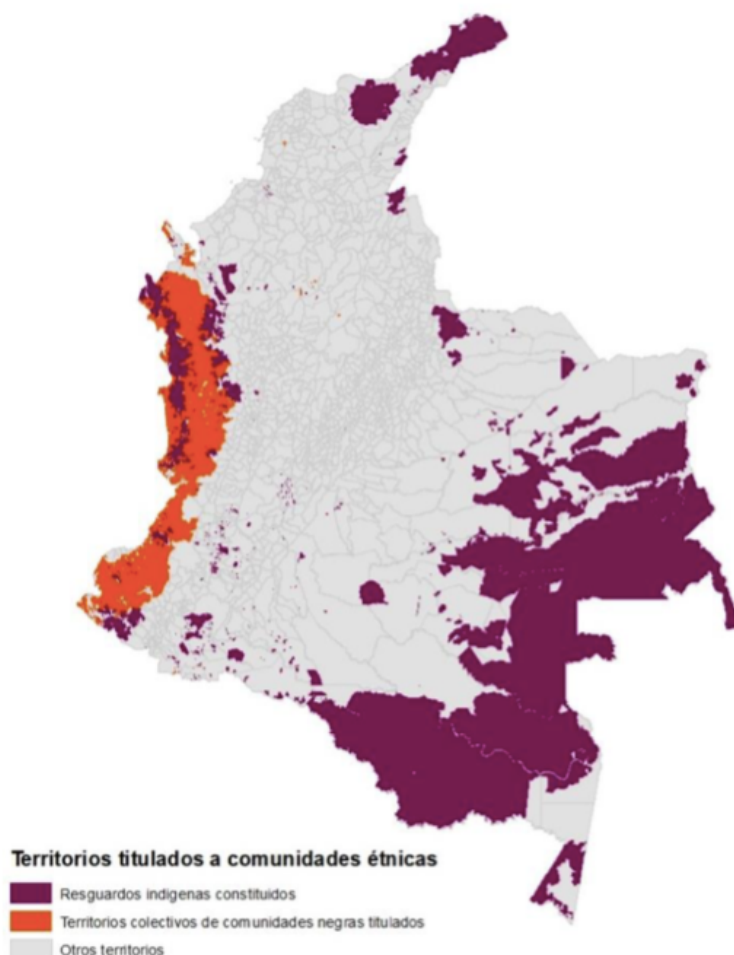
<sup>19</sup> Decreto 1372 de 2018. Por medio del cual se regula el espacio nacional de consulta previa.

Es preciso resaltar que en la formulación de los planes de desarrollo también participan diversos sectores sociales, que representan las organizaciones jurídicamente reconocidas de profesionales, campesinos, empleados, obreros, trabajadores independientes e informales, lo que genera que todos tengan participación en las decisiones que afecten sus intereses y se llegue a unas instancias de concertación, exalto la importancia de que las comunidades campesinas, hagan parte de los consejos nacionales y territoriales de planeación, ya que pese a no ser sujetos del derecho de consulta previa, el Estado ha establecido que sus territorios deben ser protegidos, toda vez que son ellos los que trabajan la tierra y desarrollan el sector agrícola.

Uno de los aspectos más importantes del plan nacional de desarrollo en materia de comunidades étnicas, tiene que ver con la territorialidad colectiva la cual es también una de las tareas más significativas que la corte interamericana como intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha establecido para los Estados, en Colombia, según cifras establecidas por la agencia nacional de tierras, en el 2018 existían 772 resguardos indígenas legalizados y 207 consejos comunitarios, establecidos en territorios colectivos de las comunidades negras, lo que significa que más de 38 millones de hectáreas, han sido adjudicadas a las comunidades étnicas, representando un 33% de la superficie del país, lo anterior de conformidad con la información contenida en el PND 2018 – 2022. (Departamento Nacional de Planeación, pág. 821).

En el siguiente mapa, tomando del plan nacional de desarrollo, podemos observar, los territorios titulados a comunidades étnicas:

**Mapa XII-1. Territorios titulados a comunidades étnicas**



Fuente: Construcción DNP a partir de las cifras de la ANT (2018)

(Departamento Nacional de Planeación, pág. 844).

El plan nacional de desarrollo reconoce que existen atrasos importantes en los registros establecidos en los censos, respecto a la información catastral de las propiedades colectivas de las comunidades étnicas y que existen solicitudes de titulación de hace más de una década, lo que implica que se vulneren los derechos de estos pueblos y que se configure una inseguridad jurídica respecto a la propiedad colectiva.

Lo anterior tiene una serie de implicaciones, ya que no sólo vulnera normas contenidas en los fallos de la Corte Interamericana, sino que también genera que las comunidades al no poseer un territorio, carezcan también de reconocimiento jurídico, lo que implica que

muchas de ellas no están participando de forma activa y de conformidad con las normas establecidas, en la formulación de los planes de desarrollo lo que genera que se afecte la eficacia y garantía del derecho fundamental a la consulta previa.

En el siguiente capítulo nos ocuparemos de analizar cuales son los fundamentos y presupuestos del proceso de concertación y toma de decisiones finales en los procesos de consulta previa, entenderemos cuál debe ser el alcance del proceso de concertación, para posteriormente realizar una propuesta de solución frente a si existe una garantía real y efectiva de este derecho fundamental de consulta previa.

## **Capítulo 5. ESTRATEGIAS PARA FORTALECER EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.**

Este capítulo plantea las principales estrategias que pueden implementarse en nuestro ordenamiento jurídico Colombiano, para fortalecer el derecho a la consulta previa, las mismas se establecen, dentro del presente documento, luego de haber analizado, el desarrollo internacional e interno, la génesis y la evolución de la consulta previa como derecho fundamental, las obligaciones generadas para el Estado y los impactos en su modelo económico y político.

Habiendo realizado este análisis, encontramos que existe una evolución jurídica importante de la consulta previa, en el ámbito internacional y también a nivel interno y que el Estado en procura de cumplir con sus obligaciones internacionales, desarrolló estrategias para fortalecer el derecho fundamental, pero en la practica, es decir en la realización de los procesos de consulta, aún existen dificultades, que impiden que los mismos lleguen a una etapa de concertación, y que sea realmente eficaz este derecho.

Es por esto, por lo que el presente capítulo, desarrolla el tema relacionado, con el alcance del proceso de concertación en la consulta previa, para así mismo establecer la necesidad de

creación de una instancia administrativa, con funciones jurisdiccionales, que se encargue de decidir los procesos de consulta, toda vez que como se analizó en el presente trabajo, esa es la dificultad mayor que puede evidenciarse actualmente en los procesos de consulta previa.

### **5.1 La definición del alcance del proceso de concertación en la consulta previa.**

El Ministerio de Cultura, ha desarrollado una política de concertación, estableciendo que ésta es el componente principal para lograr una sostenibilidad cultural y garantizar el reconocimiento de la identidad cultural. (Ministerio de Cultura, 2018, pág. 544).

Es así como la política de concertación, genera también obligaciones para el Estado y que están relacionadas con adelantar un proceso de caracterización de las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, Room, que permita conocer cuales son las condiciones en las que se encuentran estos grupos étnicos, sus necesidades y prioridades para la protección de sus derechos y así poder desarrollar políticas públicas que de manera eficaz logren cambiar las realidades de estos pueblos originarios.

De conformidad con lo anterior, el Ministerio de Cultura, dispuso que la política de concertación, debe entenderse no sólo como un aspecto procedimental, sino también como un eje sustancial que piense en el futuro y al subsistencia de las comunidades; al respecto tenemos:

La concertación es mucho más que la mera reacción del Estado a las necesidades culturales de las comunidades y los grupos; es especialmente una política publica que se anticipa, que bajo una estrategia visionaria y de futuro, jalona procesos de cambio, afirma tendencias nuevas y da cabida a expresiones no siempre visibles que revitalizan el dinamismo cultural. (Ministerio de Cultura, pág. 564).

Debe entonces un verdadero proceso de concertación combinar no sólo políticas estatales, sino realidades sociales para preservar la identidad cultural de todos los grupos étnicos del país, que genere que, no solo sea obligatorio para el Estado, la realización de la consulta

previa, sino que también el cumplimiento de la decisión que se derive de ella y que debe corresponder a un real y efectivo proceso de concertación.

En ese orden de ideas, concertar significa *“ponerse de acuerdo, buscar intersecciones comunes, definir propósitos y metas consensuadas, buscar darle una identidad a fines y propósitos distintos”*<sup>20</sup>, lo que en relación con los procesos de consulta previa genera que no sólo exista la obligación para el Estado de informar a las comunidades, de la realización de obras y proyectos en sus territorios, sino que esta consulta llegue a un verdadero proceso de concertación donde todos se favorezcan, en especial los grupos étnicos que son sujetos de especial protección por parte del Estado.

No obstante frente al ideal del proceso de concertación y la necesidad de llegar a un verdadero acuerdo, que favorezca los intereses de las comunidades y materialice la eficacia de este derecho fundamental, encontramos que, las sentencias más recientes de la Corte Constitucional, en especial el fallo de Unificación del año 2018, sentencia SU 123, ha establecido nuevos lineamientos en materia de concertación, que permiten que sea el Estado y el agente económico, quienes para materializar sus proyectos, puedan implementar las medidas necesarias para ello, mediante decisión motivada, esto en los casos, en los cuales, no se haya logrado acuerdo con la realización de la consulta previa, es decir que pese a haber agotado el proceso de consulta, la misma no haya llegado a una concertación, caso en el cual, el Estado puede adoptar las decisiones que considere necesarias, siempre y cuando cumplan con los siguientes presupuestos, que ha establecido la Corte Constitucional:

- (i) esté desprovista de arbitrariedad y autoritarismo,
- (ii) esté basada en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación;
- (iii) tome en consideración, hasta donde sea posible, las posiciones expresadas por las partes, y en especial el pueblo étnico, durante la consulta;

---

<sup>20</sup> Ministerio de Cultura Política de Concertación – y Real Academia Española RAE.

- (iv) respete los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio 169 OIT; y (v) prevea mecanismos eficaces, idóneos y eficientes para atenuar los efectos negativos de la medida. (Corte Constitucional, Sentencia SU 123 de 2018).

Lo anterior, desnaturaliza la finalidad del proceso de concertación, ya que como se ha dicho hasta el momento implica que las dos partes en el proceso de consulta estén de acuerdo con las decisiones que se tomen y si dejamos la decisión en manos del Estado o del agente económico, pese, a establecerse parámetros que fundamentan la misma (la decisión debe ser motivada), esto constituye un retroceso en el proceso de reconocimiento del derecho de participación de las comunidades, tanto así, que en la sentencia SU 123 de 2018, la Corte Constitucional, estableció que en caso, de que no se protejan los derechos de las comunidades, la Corte, asumirá de nuevo competencia, para garantizar dichos derechos.

Esto implica, ordenar por ejemplo, la realización de las consultas, o la suspensión de los proyectos, disposición que no está resolviendo debidamente las falencias del proceso de consulta; es por esto que, el presente trabajo, establece una propuesta de solución, consistente en la creación de una instancia administrativa con funciones jurisdiccionales que goce de independencia y que sea quien decida en ultima instancia, los procesos de consulta previa, en caso de no lograr acuerdo.

## **5.2 La creación de una instancia administrativa con funciones jurisdiccionales.**

Una vez analizada la génesis del derecho fundamental a la consulta previa, la forma como se adopta en el ordenamiento jurídico colombiano, su desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial, así como su importancia en el contexto internacional; y conociendo los efectos económicos, sociales e institucionales que se generan con ocasión a los procesos de consulta, la creación de estrategias por parte del Estado Colombiano para fortalecer este procedimiento y los aportes que desde el derecho comparado, pueden adoptarse para mejorar la efectividad de este derecho de rango constitucional, podemos identificar que:

El problema jurídico que se planteo al inicio del presente trabajo: *¿Cuál ha sido la evolución de la consulta previa como derecho fundamental, en el derecho internacional y el derecho interno, y su eficacia en el marco del modelo político – económico de Estado, establecido en la Constitución Política?*, puede resolverse estableciendo lo siguiente:

Si bien es cierto, el Estado ha avanzado de forma significativa, en la protección del derecho de participación de las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales y Rom, desde la adopción del convenio 169 de la OIT, por medio de la ley 21 de 1991, hasta el desarrollo normativo más reciente, Decreto 1372 de 2018, o la Sentencia de Unificación SU - 123 de 2018, estos avances normativos han centrado sus intereses en determinar las etapas de la consulta haciendo énfasis en que debe primar el diálogo y la concertación entre los sujetos intervinientes, dejando bajo la dirección del Ministerio del Interior, la realización de las consultas, y estableciendo que en caso de no llegar a un acuerdo, el Estado o el agente económico puede adoptar una decisión.

Lo anterior implica, que no exista una garantía real del derecho, en lo que hace relación a la toma de decisiones finales, que permitan dar solución a los casos en los cuales no es posible llegar a un acuerdo entre las partes y que tampoco exista una instancia que goce de independencia, autonomía y que tenga la facultad de tomar decisiones, que se constituyan como de obligatorio cumplimiento para los sujetos partícipes en las consultas previas.

Lo anterior no significa que se desconozcan los derechos de las comunidades, al contrario, es el mecanismo que lograría la efectividad en los procesos de consulta y que realmente prevalezcan los intereses de las comunidades y que se materialice el postulado constitucional de la consulta previa, que esta orientado a satisfacer las necesidades de estos pueblos originarios, ya que el hecho de permitirles participar en la toma de decisiones que los afecten, garantiza la protección de su territorio, cultura, tradiciones, identidad, postulados que amparan la subsistencia misma de estas comunidades.

Es entonces necesario que el Gobierno Nacional, trabaje conjuntamente en la creación de una instancia administrativa con funciones jurisdiccionales, imparcial, independiente con

personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, que proteja los derechos de las comunidades indígenas afrodescendientes raizales y Rom, mediante la Inspección, Vigilancia, Control y el ejercicio de la Función Jurisdiccional con el fin de garantizar la protección de derechos de participación de estas comunidades de forma equitativa, basada en los postulados de justicia e igualdad, para lograr así la eficacia del derecho.

Para finalizar el presenta trabajo, es importante también señalar que actualmente se encuentra elaborado un proyecto de ley *"Por el cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones"*, proyecto que a la fecha no cuenta con una asignación numérica por parte del órgano legislativo, y aún no se encuentra publicado en la página de congreso visible, pero que tiene un propósito muy importante y es el de determinar el alcance de los procesos de consulta previa y definir responsabilidades y obligaciones de las partes intervinientes, al respecto encontramos que los aspectos más importantes que se mencionan en este proyecto son:

- La duración de la consulta previa no puede ser superior a 1 año, contado a partir del inicio de la etapa de preconsulta.
- El proceso de consulta debe propender por la búsqueda de un consenso y concertación que concilie los intereses de los sujetos intervinientes.
- Define con claridad cada una de las etapas y la protocolización de los acuerdos.
- La aplicación de un test de proporcionalidad en los casos de renuncia a la consulta por parte de las comunidades.

Esperamos que la regulación del derecho fundamental a la consulta previa, por parte del Congreso de la República, pueda dar una verdadera solución a la problemática que se presenta actualmente con este derecho y garantizar la efectividad del mismo.

## CONCLUSIONES GENERALES

La consulta previa como derecho fundamental, ha tenido un notable desarrollo, tanto en el derecho internacional, como en el ordenamiento jurídico interno, esta evolución normativa ha generado que las organizaciones internacionales y regionales de protección de derechos humanos, adopten convenios, pactos y tratados, los cuales han sido ratificados por nuestro país y establecen una garantía, de los derechos de las comunidades étnicas, a la conservación de sus territorios ancestrales y la prevalencia de sus derechos de participación, en especial el derecho a ser consultados previamente, cuando el Estado o un agente económico, desarrolle proyectos u obras que involucren sus territorios.

Este derecho fundamental a la consulta previa que nace del cumplimiento y la adopción de normas internacionales, debe ser protegido y garantizado por ser expresión concreta de la Constitución Política y del Convenio 169 de la OIT, el cual integra el bloque de constitucionalidad y desarrolla una serie de garantías para las comunidades indígenas y tribales, lo que constituye que sea el instrumento internacional principal, base de la consulta previa, del cual emanan también las obligaciones y responsabilidades para el Estado.

Teniendo en cuenta la importancia de la consulta previa en el Estado Colombiano y su notable desarrollo como derecho fundamental, la presente investigación, formuló el siguiente problema jurídico:

***¿Cuál ha sido la evolución de la consulta previa como derecho fundamental, en el derecho internacional y el derecho interno, y su eficacia en el marco del modelo político – económico de Estado, establecido en la Constitución Política?,*** teniendo como respuesta inicial, a la pregunta de investigación formulada, la siguiente hipótesis:

*“Es notable el desarrollo normativo y jurisprudencial que ha tenido el derecho fundamental a la consulta previa en los últimos años, que impone al Estado obligaciones concretas, que conllevan a la creación de estrategias normativas e institucionales, para garantizar la efectividad del derecho; no obstante, en el acatamiento de las obligaciones internacionales y la adopción de las diferentes estrategias, hay un nuevo contexto de relaciones económicas y sociales en el marco del modelo político y económico de Estado, que afectan la eficacia del derecho y que nos llevan a la conclusión de que para garantizar su protección, es necesaria la implementación de una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, que sea imparcial y que facilite, la toma de decisiones finales en los procesos de consulta previa y garantice la protección eficaz del derecho fundamental.”*

Hipótesis que fue confirmada en la presente investigación, ya que si bien es cierto, el desarrollo normativo internacional e interno, de la consulta previa como derecho fundamental, ha sido bastante significativo, el mismo ha generado que surjan para el Estado obligaciones jurídicas, institucionales y sociales, que conllevan a que deban adoptarse estrategias tendientes a garantizar este derecho, en el marco del modelo político – económico de Estado, lo anterior teniendo en cuenta los nuevos contextos, que implican la necesidad de creación de una instancia administrativa con funciones jurisdiccionales que tome las decisiones finales en los procesos de consulta.

La consulta previa es considerada un derecho fundamental, ya que tiene conexión directa con principios constitucionales (Artículos 2 y 7 de la Constitución Política), tiene eficacia directa, ya que puede ser invocada a través de acción de tutela y goza de un contenido esencial, ya que la protección de este derecho esta relacionada de manera directa con su subsistencia, pilares que la Corte Constitucional ha desarrollado como categorías de los derechos fundamentales.

Nuestro país ha adoptado normas internas que desarrollan el postulado de protección de la consulta previa y que dan cumplimiento a las obligaciones generadas por medio del control de convencionalidad, donde se ha establecido que los Estados se encuentran obligados a adoptar en sus ordenamientos jurídicos, las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la protección de los territorios ancestrales y el derecho de participación, el cual de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo debe hacerse exigible cuando se desarrollen proyectos que afecten la propiedad colectiva, sino desde el momento de la formulación de los planes de desarrollo, lo que garantiza la eficacia de este derecho fundamental.

Los retos más grandes para el Estado Colombiano, en relación con la garantía de la consulta previa, nacen en el derecho internacional, de este marco normativo surgen obligaciones como la de adelantar los procesos de titulación de los territorios a las comunidades indígenas y llevar a cabo la consulta previa en la etapa de elaboración de los planes de desarrollo, con el fin de este proceso no se realice cuando se estén ejecutando los proyectos por parte del Estado, ya que la línea de interpretación contenida en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, ha establecido que en estos casos los proyectos deben suspenderse hasta tanto no se logre una concertación en el proceso de consulta previa.

Esto implica que al existir una tensión entre los derechos de los pueblos indígenas, con el interés general –seguridad o desarrollo económico, exista también una tensión entre el modelo político y el modelo económico establecido en la Constitución de 1991, ya que de una parte, la carta política, busca garantizar los derechos de las comunidades étnicas, su participación y la protección de sus territorios, pero por otra parte, la misma Constitución Política, establece el derecho del Estado al desarrollo de su modelo económico, lo que nos permite concluir que el alcance de la consulta previa, se adapta al modelo político del Estado, pero su materialización genera dificultades en el modelo económico.

Esta problemática, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional, tiene una solución, cuando se logra aplicar un método de ponderación de derechos, que busque un equilibrio, que permita al Estado, desarrollar sus políticas y planes de desarrollo económico, sin desconocer los derechos de los pueblos originarios, ni afectar el derecho de subsistencia de las comunidades étnicas, postulado que materializa, un verdadero proceso de concertación.

La jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, en especial la sentencia de unificación SU-123 del año 2018, ha establecido nuevos lineamientos en materia de acuerdos, que permiten que sea el Estado y el agente económico, quienes adopten las decisiones finales, en los casos en que la consulta previa se haya desarrollado sin lograr un acuerdo, lo anterior implica, que su decisión sea motivada y que respete los derechos de la comunidades étnicas; no obstante esta disposición del tribunal constitucional, no esta garantizando el derecho de participación de las comunidades y esta desconociendo una de las etapas más importantes del proceso de consulta, que es la concertación.

Por lo anterior en la propuesta de esta investigación, se establece la necesidad de que el Gobierno Nacional, trabaje conjuntamente en la creación de una instancia administrativa con funciones jurisdiccionales, imparcial, independiente con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, que proteja los derechos de las comunidades indígenas afrodescendientes raizales y Rom, mediante la inspección, vigilancia, control y el ejercicio de la función jurisdiccional, con el fin de garantizar los derechos de participación de estas comunidades de forma equitativa, basada en los postulados de justicia e igualdad, logrando así la eficacia de este derecho fundamental.

## BIBLIOGRAFÍA.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2002). *Derechos de los pueblos indígenas* . Bogotá: [www.hchr.org.co](http://www.hchr.org.co).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR. (s.f.). Recuperado el 10 de 08 de 2018, de [http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/2012/Situacion\\_Colombia\\_-\\_Pueblos\\_indigenas\\_2012.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/2012/Situacion_Colombia_-_Pueblos_indigenas_2012.pdf)

Auto, 004 (Corte Constitucional 26 de 01 de 2009).

Amparo Sigcha & Ramiro Vinuesa . (2010). *Los Estados Plurinacionales y el movimiento indígena*. Red Voltarire .

Asamblea Nacional de la República de Ecuador. (19 de Junio de 2012). *Instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa*. Quito, Ecuador .

Alvarado, J. A. (2014). *Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

Alvarado, José Antonio Pastor Ridruejo & Paola Andrea Acosta. (2014). *Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cancillería de Colombia. (s.f.). Cancillería de Colombia. Recuperado el 02 de 10 de 2018, de <https://www.cancilleria.gov.co/organizacion-del-tratado-cooperacion-amazonica-otca>

Centro de derechos económicos y sociales. (2016). *La Consulta Previa, Libre e Informada en el Ecuador*. Quito Ecuador: CDES.

Centro Nacional de Memoria Histórica . (s.f.). Recuperado el 23 de 07 de 2018, de <http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/CatedraBY/presentaciones/Sesion-3/Desplazamiento-forzado.pdf>

Centro de memoria . (s.f.). Centro de memoria . Recuperado el 25 de 08 de 2016, de [http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2014/11/La\\_constituyente\\_de\\_1991.pdf](http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2014/11/La_constituyente_de_1991.pdf)

Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL. (22 de SEPTIEMBRE de 2014).CEPAL[https://www.cepal.org/sites/default/files/ponciano\\_catrin\\_y\\_vanessa\\_curihui\\_nca.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/ponciano_catrin_y_vanessa_curihui_nca.pdf)

Comisión Colombiana de Juristas . (1997). Coljuristas . Recuperado el 25 de 08 de 2016, de [http://www.coljuristas.org/documentos/libros\\_e\\_informes/cpc\\_titulo\\_ii.pdf](http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/cpc_titulo_ii.pdf)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. CIDH.

Constitución Política de Colombia (1991).

Constitución Política de Bolivia (2009).

Constitución Política de la República del Ecuador (20 de octubre de 2008).

Constitución Política del Perú (1993).

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969).

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, Convenio 169 (OIT 05 de Septiembre de 1991).

Convenio constitutivo del fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe. (24 de Julio de 1991).

Corte Interamericana, Comunidades Afrodescendientes (Operación Génesis Vs Colombia (20 de Noviembre de 2013).

Corte Interamericana, Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador (27 de Junio de 2012).

Corte Interamericana, Sentencia de Fondo Reparaciones y Costas - Escué Zapata Vs Colombia (Corte Interamericana 04 de Julio de 2007).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de Agosto de 2001).

Corte Interamericana, *sentencia Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de Junio de 2005).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *sentencia Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de Marzo de 2006).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *sentencia Pueblo Saramaka vs. Surinam*, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Noviembre de 2007).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *sentencia Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Agosto de 2010).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *sentencia Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de Junio de 2012).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *sentencia Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de octubre de 2014).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *sentencia Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam* (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de Noviembre de 2015).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia de Fondo Reparaciones y Costas - Escué Zapata Vs Colombia* (Corte Interamericana 04 de Julio de 2007).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades Afrodescendientes (Operación Génesis Vs Colombia* (20 de Noviembre de 2013).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador* (27 de Junio de 2012).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs Honduras*, (08 de Octubre de 2015).

Decreto 1320 , Decreto 1320 (13 de Julio de 1998).

Decreto 1372 de 2018, 1372 (Presidencia de la República 02 de 08 de 2018).

Decreto 1397 de 1996, 1397 (Presidente de la República).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. (ONU 07 de Septiembre de 2007).

Departamento Nacional de Planeación. (s.f.). sitio web DNP . Obtenido de Departamento Nacional de Planeación: <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/Paginas/Qu-es-el-PND.aspx>

Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE. (10 de 07 de 2018). dane.gov.co . Recuperado el 10 de 07 de 2018, de dane.gov.co. [https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/visibilidad\\_estadistica\\_etnicos.pdf](https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/visibilidad_estadistica_etnicos.pdf)

Departamento Nacional de Planeación . (s.f.). Plan Nacional de Desarrollo . Obtenido de PND 2018 - 2022: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/PND-2018-2022-Interactivo.pdf>

Due Process of law foundation. (2003). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, la situación de Colombia, Bolivia, Perú y Ecuador*.

Gerardo A. Durango Álvarez & Keinner José Garay Herazo. (19 de Mayo de 2015). *El control de constitucionalidad y Convencionalidad en Colombia*. Dialnet .

Humanos, A. c. (2013). *Voces y palabras mayores de los pueblos indígenas en Colombia*. Voc. 68.

Humanos, A. c. (2008). *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada*, 80.

La Constitución Política de 1991. (s.f.). Fundación Presencia , 64.

Laverde, J. V. *Las políticas sociales en el marco de la Constitución Política de 1991*.

Ley 70 de 1993 (Congreso de Colombia, 27 de Agosto de 1993).

Ley de consulta previa de los pueblos indígenas u originarios del Perú (2011).

Ley 152 , 152 (Congreso de la República 15 de Julio de 1994).

López Medina , D. (2001). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis.

Luis Carlos Osorio Rendón y Francisco Salazar González. (2006). *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de Colombia*. Bogotá: Hemera Comunicar.

Megan Morris, C. R. (2009). *La consulta previa a los pueblos indígenas: los estándares del Derecho Internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Ministerio del Interior, D. d. (2016). Dirección de Consulta . Bogotá.

Ministerio del Interior. (2015). *Protocolo de Consulta Previa*. Bogotá: Ministerio del Interior.

Ministerio de Cultura. (s.f.). *Política de concertación Ministerio de Cultura*.

Ministerio de Cultura. (s.f.). *Política de concertación Ministerio de Cultura*. Obtenido de Ministerio de cultura.

Montero, G. V. (s.f.). *Cosmovisión de los pueblos indígenas*. Recuperado el 05 de Febrero de 2019, de [https://www.sev.gob.mx/servicios/publicaciones/colec\\_veracruzsigloXXI/AtlasPatrimonioCultural/05COSMOVISION.pdf](https://www.sev.gob.mx/servicios/publicaciones/colec_veracruzsigloXXI/AtlasPatrimonioCultural/05COSMOVISION.pdf)

OIT, Organización Internacional del Trabajo. (06 de Noviembre de 2015). OIT. Recuperado el 01 de Junio de 2017, de <http://www.ilo.org/global/topics/indigenous-tribal/lang--en/index.htm>

Pacto San José (1969).

Presidencia de la República. (26 de Marzo de 2010). Presidencia de la República. Obtenido de [http://www.parquesnacionales.gov.co/portal/wp-content/uploads/2014/05/directiva\\_presidencial\\_01\\_de\\_2010.pdf](http://www.parquesnacionales.gov.co/portal/wp-content/uploads/2014/05/directiva_presidencial_01_de_2010.pdf)

Perdomo, C. J. (2011). *La consulta previa para la explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 OIT y su eficacia en los resguardos del gran pueblo de los pastos que habitan en el departamento de Nariño*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Pontificia Universidad Católica del Perú. (2012). *La consulta previa, libre e informada en el Perú. Inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*.

Rodríguez Rescia, Ministerio del Interior y de Justicia, 2008 *La consulta previa a pueblos indígenas y tribales*, Bogotá.

Rodríguez, G. A. (2010). *La Consulta Previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Rodríguez, G. A. *Breve reseña de los derechos y de la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia*. Bogotá .

Rodrigo Uprimny & Cesar Augusto Rodríguez. (s.f.). *La constitución y el modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. Debates de coyuntura económica*, 29.

Rodríguez, E. C. (1 de Diciembre de 2012). *Estado plurinacional, intercultural y autonomía indígena: Una reflexión sobre los casos de Bolivia y Ecuador*. VIA IURIS , 17.

Sentencia , T-025 (Corte Constitucional 22 de 01 de 2004).

Sentencia SU 383 , Sentencia SU 383 (Corte Constitucional 13 de mayo de 2003).

Sentencia T- 406 de 1992, T-406 (Corte Constitucional 05 de 06 de 1992).

Sentencia , C-139 (Corte Constitucional 1996).

Sentencia T-175, T-175 (Corte Constitucional 18 de Marzo de 2009).

Sentencia T 154, T 154 (Corte Constitucional 12 de Marzo de 2009).

Sentencia C-615 , C-615 (Corte Constitucional 2 de Septiembre de 2009).

Sentencia T 428 , T 428 (Corte Constitucional 24 de Junio de 1992).

Sentencia SU 039 , SU 039 (Corte Constitucional 3 de Febrero de 1997).

Sentencia SU-383, SU-383 (Corte Constitucional 13 de mayo de 2003).

Sentencia C-030 , C-030 (Corte Constitucional 23 de Marzo de 2008).

Sentencia T-769, T-769 (Corte Constitucional 29 de Octubre de 2009).

Sentencia T-376, T-376 (Corte Constitucional 18 de Mayo de 2012).

Sentencia T-204, T-204 (Corte Constitucional 1 de Abril de 2014).

Sentencia C- 227 de 2003, C- 227 de 2003 (Corte Constitucional 2003).

Sentencia SU 123 de 2018, SU-123 (Corte Constitucional 15 de Noviembre de 2018).

Sentencia T-769, T-769 (Corte Constitucional 29 de Octubre de 2009).

Sentencia C-150 , C-150 (Corte Constitucional 25 de Febrero de 2003).

Sentencia T-298 de 2017, (Corte Constitucional, 8 de Mayo de 2017).

Sentencia T-080 de 2017, (Corte Constitucional, 7 de Febrero de 2017).

Sentencia T-236 de 2017, (Corte Constitucional, 21 de Abril de 2017).

Sentencia T-005 de 2016, (Corte Constitucional, 19 de Enero de 2016).

Sentencia T- 063 de 2019 (Corte Constitucional, 15 de Febrero de 2019).

Sentencia T- 021 de 2019 (Corte Constitucional, 20 de Enero de 2019).

Stephen Holmes & Cass R. Sunstein . (2015). *El costo de los derechos*. Siglo veintiuno.

SICOP-DCP;. (11 de 07 de 2016). Derecho de petición solicitud de información.

Vladimir Pinto & Ramón Rivero. (2012). *La consulta previa: Desarrollo normativo, internacional y comparado y su aplicación en el Perú*. Lima, Perú: IDEA.

Zambrano, S. P. (2009). *El Estado, la Constitución y la Economía de Mercado*. Vía Inveniendi Et Iudicandi , 7.