



1 COLECCIÓN
DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL

DE LA CONSULTA PREVIA AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO A PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ


cooperación
alemana
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH


UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

**DE LA CONSULTA PREVIA
AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO
E INFORMADO A PUEBLOS INDÍGENAS
EN COLOMBIA**

GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ

Profesora principal y directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Universidad del Rosario. Ph.D., en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Abogada con Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Ambiental, Negociación, Conciliación y Arbitraje y Derecho Médico y Sanitario de la Universidad del Rosario. Como experta en asuntos ambientales y étnicos, ha dirigido diversos proyectos de investigación en estas temáticas. Adicionalmente se ha desempeñado como directora de la "Cátedra Viva Intercultural", la cual ha sido reconocida por el Ministerio de Educación Nacional de Colombia como una experiencia significativa con la finalidad de propiciar su réplica en otras instituciones de educación superior. Colaboradora en diversos escenarios y universidades en talleres, conferencias y procesos de protección de los derechos de los pueblos indígenas. Ha contribuido en la Mesa Permanente de Concertación para Pueblos Indígenas de Colombia en el tema de consulta previa para el Plan Nacional de Desarrollo y la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y, ha intervenido ante la Corte Constitucional con relación a diferentes casos ambientales y étnicos. Cuenta con diferentes publicaciones sobre temas ambientales y étnicos. Entre ellos se destaca su participación como autora y coautora de diversos libros como Mujeres indígenas: tejedoras de vida, de paz y de futuro, Las licencias ambientales en Colombia, una mirada desde la participación y la responsabilidad, La participación en la gestión ambiental, un reto para el nuevo milenio y El derecho fundamental al agua, desde el derecho ambiental y los servicios públicos domiciliarios, entre otros.

DE LA CONSULTA PREVIA AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO A PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO





La Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH inició sus labores al comenzar el año 2011. La organización reúne las competencias y las experiencias de muchos años del Servicio Alemán de Cooperación Social Técnica (DED) GmbH, de la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH y de InWEnt – Capacitación y Desarrollo Internacional GmbH.

GIZ

Peter Luhmann
Director Residente en Colombia

Proyecto FortalEsDer:
Christian Grünhagen
Director

Programa Regional Proindígena
Katharina Hübner-Schmid
Coordinadora Regional

Aura María Puyana
Coordinadora Nacional

De la Consulta Previa al Consentimiento Libre,
Previo e Informado a Pueblos Indígenas en Colombia

Autora:
Gloria Amparo Rodríguez

ISBN Colección: 978-958-749-346-7
ISBN Volumen: 978-958-749-352-2

Impresión: Grupo Editorial Ibáñez S.A.S.
Primera edición. Bogotá, marzo de 2014
Impreso en Colombia / Printed in Colombia
Corrección de texto: Luisa María Navas
Fotografías: Gloria Amparo Rodríguez

Las opiniones y los puntos de vista consignados en este libro no comprometen a la GIZ ni al Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de la República Federal de Alemania, como entidades patrocinadoras de la publicación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser registrada o reproducida total o parcialmente sin la autorización escrita del autor.

A los pueblos indígenas de Colombia y a mis
estudiantes, que son mi inspiración



Carrera 7 No. 12B-41, oficina 501
Tel: 2970200, ext. 7721
editorial.urosario.edu.co/

AGRADECIMIENTOS

Recuerdo que conocí a GREGORIO MESA CUADROS hace muchos años, precisamente en un evento, cuando él dialogaba con Mariana Puerto sobre los indígenas U'wa. Al acercarme no fue muy amable, lo cual por supuesto, me inquietó un poco. Sin embargo, no habría podido imaginar en ese momento lo importantes que serían en mi vida su amistad y sus enseñanzas. A Gregorio, quien ha sido mi maestro y mi amigo, agradezco por sus luces y palabras de ánimo cuando quería desfallecer o abandonar este trabajo. Hoy creo que sin sus aportes y sabiduría no hubiese podido culminar esta labor. También le agradezco por las palabras que dirige a mis estudiantes, antes de iniciar sus clases en la Especialización en Derecho Ambiental en la Universidad del Rosario. Espero responder con dignidad a su amistad y a los conocimientos que aporta constantemente a mi vida.

Diversos pueblos indígenas posibilitaron esta investigación. Agradezco a todos ellos el permitirme entrar a sus territorios y compartir largas jornadas de diálogo de saberes, diálogo que siempre fluyó y fue transparente, tranquilo y profundo. Deseo, con el resultado de este trabajo, responder a la confianza y al afecto manifestados en los encuentros.

De igual manera, quiero hacer un reconocimiento especial a LINA MARÍA ZULUAGA, ALEJANDRA SÁENZ, JAFETH PAZ, JUAN PABLO MUÑOZ, LUZ ÁNGELA PATIÑO, JUAN PABLO GONZÁLEZ, ALBERT FREYLE y SANTIAGO MARTÍNEZ, por su incondicional apoyo. Agradezco los aportes y comentarios de los profesores GLORIA PATRICIA LOPERA, ÉRIKA CASTRO, ANDRÉS GÓMEZ REY, ÁNGELA SANTAMARÍA, JOHANNA CORTÉS, JUAN CLAUDIO ARENAS y JIMENA SIERRA. Igualmente, a todas las personas expertas a las que entrevisté y que dieron sus apreciaciones en el curso de esta investigación.

De manera muy significativa debo hacer un reconocimiento a los pueblos indígenas y sus organizaciones por su apoyo a esta investigación. Los miembros de la ONIC, la OPIAC, el CIT, la OIK, CAMAWA, entre otros, aportaron elementos y saberes fundamentales para este trabajo. Muchas gracias.

Debo agradecer a las directivas de la Universidad del Rosario por permitirme en mis labores cotidianas y en la misma investigación, sentir que puedo aportar mi granito de arena en la construcción de un mundo mejor, en el que se valore y respete la importancia de nuestro patrimonio natural y cultural.

Debo hacer un reconocimiento especial a los Programas FortalesDer y PROINDÍGENA de GIZ, tanto por la contribución que hiciera a este trabajo a través de los conversatorios efectuados por la Red de Observadores de la Consulta Previa en América Latina, como por el respaldo dado a esta publicación.

A mi familia, especialmente a mis tías y hermano, agradezco por apoyarme e impulsarme tanto en los buenos como en los difíciles momentos de mi vida. Por supuesto, agradezco a MISI RODRÍGUEZ por acompañarme en silencio (desde el escritorio de al lado) mientras trabajaba. En especial, por entender la falta de caricias y juegos en el tiempo que duró este proceso.

Aprecio y agradezco inmensamente el apoyo dado a esta investigación por quienes me rodean. Espero contribuir con ella en la reflexión acerca de un nuevo modo de ver el mundo y descubrir que entre todos podemos lograr una sociedad justa y equitativa, donde además se proteja el entorno y se respeten y valoren otras culturas. A todos, muchas gracias.

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS.....	9
SIGLAS	17
PRÓLOGO	19
INTRODUCCIÓN.....	23
1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA	33
2. CRITERIOS MÍNIMOS QUE GUÍAN UNA CONSULTA ADECUADA	37
2.1 Principio de buena fe	38
2.2. Consulta informada	40
2.3. Una consulta culturalmente adecuada	43
2.4. El propósito de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento...	46
2.5. El carácter previo de la consulta	49
3. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA CONFORMA EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	51
4. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES	53
5. APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA.....	58
6. ÁMBITO TEMÁTICO O CASOS EN LOS QUE ES OBLIGATORIA LA CONSULTA PREVIA	65
6.1. La consulta previa en medidas legislativas	68
6.1.1. Tratados internacionales	70
6.1.2. Leyes.....	71
6.1.3. Plan Nacional de Desarrollo.....	72
6.1.4. Jurisprudencia en materia legislativa	75
6.1.5. Procedimiento de las consultas previas en medidas legislativas	76
6.2. La consulta previa en medidas administrativas	85
6.2.1. Licencias ambientales	88
6.2.2. Permisos y autorizaciones ambientales.....	91

6.2.3. Permisos de investigación y acceso a recursos genéticos..	91
6.2.4. Proyectos REDD+.....	93
6.2.5. Erradicación de cultivos de uso ilícito.....	96
6.2.6. El ingreso de las Fuerzas Armadas	99
6.2.7. Reparación integral y restitución de derechos.....	102
6.2.8. Medidas que deben contar con consulta previa	106
6.2.9. Jurisprudencia en materia de medidas administrativas.....	107
7. IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA.....	109
7.1. Participantes en la consulta previa.....	109
7.1.1. Los pueblos indígenas.....	110
7.1.2. Instituciones	114
7.1.3. El responsable del proyecto	119
7.2. Las consultas previas en procedimientos ambientales	119
7.2.1. Impactos sociales y culturales	120
7.2.2. Impactos ambientales	120
7.2.3. Evaluación del EIA realizado por el pueblo indígena.....	123
7.3. Ámbito de aplicación territorial de la consulta previa	125
7.4. Desarrollo de la consulta previa	126
7.4.1. Etapa I. Procedimiento previo	131
7.4.2. Etapa II. Desarrollo de la consulta previa	134
7.4.2.1. Reunión de instalación	135
7.4.2.2. Realización del proceso de consulta previa.....	136
7.4.2.3. Sobre los acuerdos.....	137
7.4.2.4. Reunión de protocolización.....	138
7.4.3. Etapa III. Seguimiento.....	138
8. ANÁLISIS DE LAS CONSULTAS PREVIAS EFECTUADAS EN LOS PROCESOS DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL.....	140
8.1. Consultas previas por gobierno.....	141
8.2. Consultas previas por año	144
8.3. Consultas previas por pueblos.....	145
8.4. Consultas previas por sector	145
9. EL INTERÉS GENERAL vs. EL INTERÉS PARTICULAR EN LOS CONFLICTOS AMBIENTALES Y LA CONSULTA PREVIA.....	147
9.1. Caso resguardo Cristianía.....	149
9.2. Conflictos en relación con los cultivos de uso ilícito	150

10. LIMITACIONES DE LA CONSULTA PREVIA	151
10.1. Certificación de existencia de pueblos indígenas.....	152
10.2. Proyectos inconsultos en áreas de influencia indígena.....	155
10.3. Garantía del debido proceso.....	156
10.4. Orden público	157
10.5. Información ambiental	158
10.6. Ausencia del Estado	158
10.7. Otras limitaciones	161
11. LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS AMBIENTALES	162
11.1. La responsabilidad del poder judicial.....	163
11.2. La reparación en materia de consulta previa	164
11.2.1. Estándar básico sobre reparaciones.....	165
11.2.2. Reparación a pueblos indígenas.....	168
11.2.3. La reparación en el Convenio núm. 169 de la OIT	169
11.2.4. La reparación en la Declaración de Pueblos Indígenas	170
11.2.5. La reparación en el Decreto Ley de Víctimas.....	172
11.2.5.1. Dimensión colectiva.....	173
11.2.5.2. Daño	174
11.2.5.3. Medidas de reparación	175
11.2.5.4. Reparación transformadora	176
11.2.5.5. Proporcionalidad de las medidas.....	176
11.3. Casos de reparación	176
11.3.1. Conflicto represa de Urrá	177
11.3.2. Conflicto Chidima	182
11.3.3. Conflicto por Oleoducto de los Llanos	185
12. ASUNTOS POR RESOLVER EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA..	190
12.1. Consultas previas en sectores urbanos.....	190
12.2. Pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial.....	192
12.3. La participación en los beneficios.....	195
12.4. Consulta previa y sitios sagrados.....	197
13. EL DILEMA DE LA REGLAMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA: UN PERMANENTE CONFLICTO	201
14. DE LA CONSULTA PREVIA AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO	206
14.1 CLPI en el traslado de los territorios indígenas	208

14.2. CLPI en proyectos que afecten sus tierras y otros recursos.....	209
14.3. CLPI en Planes de Desarrollo.....	209
14.4. CLPI en otros eventos.....	210
14.5. Efectos del CLPI.....	211
14.6. Requisitos jurisprudenciales	212
15. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA	215
16. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	221
16.1. La consulta previa, una oportunidad para prevenir y resolver los conflictos ambientales	223
16.2. Sugerencias para superar las limitaciones de la consulta previa..	225
16.2.1. Enfoque de derechos.....	226
16.2.2. Principio Pro Homine, precaución y prevención cultural.	228
16.2.3. Fortalecimiento institucional	231
16.2.4. Fortalecimiento de las organizaciones y pueblos indígenas ..	234
16.2.5. Aspectos a tener en cuenta por los dueños de los proyectos.	235
16.2.6. Aspectos para recomendar sobre el procedimiento	236
BIBLIOGRAFÍA	251
FUENTES JURÍDICAS NACIONALES E INTERNACIONALES	259

ANEXOS

Anexo No. 1. Consultas previas en investigación.....	275
Anexo No. 2. Consultas previas. Cultivos de uso ilícito	277
Anexo No. 3. Consultas previas 1994-2012	279
Anexo No. 4. Decreto 26 13 de noviembre 2013.....	303

CUADROS

Cuadro No. 1. Consulta previa.....	26
Cuadro No. 2. Países que han ratificado el Convenio núm. 169 de la OIT y fecha de ratificación	54
Cuadro No. 3. Principales normas sobre consulta previa a pueblos indígenas de Colombia.....	62
Cuadro No. 4. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre consulta previa en medidas legislativas.....	77
Cuadro No. 5. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre consulta previa en medidas administrativas.....	107
Cuadro No. 6. Competencias de las instituciones encargadas de la consulta previa	116

FIGURAS

Figura No. 1. Criterios para la consulta previa.....	37
Figura No. 2. Pasos en la garantía del derecho a la consulta previa	127
Figura No. 3. Etapas de la consulta previa	131

GRÁFICAS

Gráfica No. 1. Licencias ambientales otorgadas por sector económico (1993-2012)	141
Gráfica No. 2. Consultas previas por período presidencial (1993-2012)	144
Gráfica No. 3. Consultas previas por año (1993-2012)	145
Gráfica No. 4. Consultas previas por pueblo (1993-2012)	145
Gráfica No. 5. Consultas previas por sector (1993-2012).....	146

MAPA

Mapa No. 1. Población indígena por municipio	59
--	----

TABLAS

Tabla No. 1.	Población comunidades étnicas en Colombia.....	60
Tabla No. 2.	Licencias ambientales y consultas previas por año	140
Tabla No. 3.	Pueblos étnicos en Bogotá, D. C.....	191

SIGLAS

ACNUDH:	Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
AELC:	Asociación Europea de Libre Comercio.
ANDI:	Asociación Nacional de Empresarios de Colombia.
ANLA:	Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.
ART.:	Artículo.
CAMAWA:	Asociación de Autoridades Wounaan del Pacífico.
CCC:	Corte Constitucional Colombiana.
CEACR:	Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CIT:	Confederación Indígena Tayrona.
CLPI:	Consentimiento Libre, Previo e Informado.
CNOA:	Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas.
CORTE IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CP:	Constitución Política de Colombia.
CPF-Cusiana:	Centro de Producción y Facilidades Cusiana.
DANE:	Departamento Administrativo Nacional de Estadística.
DDHH:	Derechos Humanos.
DGAI:	Dirección General de Asuntos Indígenas.
DGN:	Dirección General de Negritudes.
DIH:	Derecho Internacional Humanitario.
DNP:	Departamento Nacional de Planeación.
ECOPETROL:	Empresa Colombiana de Petróleos.
EIA:	Estudio de Impacto Ambiental.
FARC:	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.
ICANH:	Instituto Colombiano de Antropología e Historia.
INCODER:	Instituto Colombiano de Desarrollo Rural.
MADS:	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
MIJ:	Ministerio del Interior y de Justicia.
MMA:	Ministerio de Medio Ambiente.
OEA:	Organización de los Estados Americanos.
OIK:	Organización Indígena Kankuama.

OIT:	Organización Internacional del Trabajo.
OMC:	Organización Mundial del Comercio.
ONIC:	Organización Nacional Indígena de Colombia.
ONU:	Organización de las Naciones Unidas.
OPIAC:	Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana.
OVM:	Organismos Vivos Modificados.
OXFAM:	Oxford Committee for Famine Relief.
PGN:	Procuraduría General de la Nación.
PIRCPCI:	Plan Integral de Reparación Colectiva para Pueblos y Comunidades Indígenas.
PNUD:	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
RD:	Resolución Defensorial.
REDD:	Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación de Bosques.
SU:	Sentencia de Unificación.
T:	Sentencia de Tutela.
UICN:	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.
UNESCO:	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura).
UPME:	Unidad de Planeación Minero-Energética.
WWF:	World Wildlife Fund (Fondo Mundial para la Naturaleza).

PRÓLOGO

En el marco de la cooperación entre la República de Colombia y la República Federal de Alemania, la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH desarrolla, por encargo del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ) de Alemania, el proyecto Fortalecimiento del Estado de Derecho (FortalEsDer). El objetivo de este proyecto es mejorar el acceso a la justicia.

Desde julio del 2013 actúa también el Programa Regional PRO-INDÍGENA, con presencia en Ecuador, Bolivia, Colombia, Perú y con menor intensidad en Guatemala y Paraguay. El Programa tiene como propósito misional, contribuir al fortalecimiento de las organizaciones indígenas para la defensa de sus derechos y para un diálogo eficaz con los Estados, tanto en escenarios nacionales como internacionales.

El artículo 1 de la Constitución Política de 1991 señala que Colombia es un Estado Social de Derecho. A pesar de los múltiples esfuerzos para consolidarlo, existen limitaciones en su implementación que generan preocupantes brechas entre el derecho constitucional reconocido y su vigencia efectiva. Esta situación es aún más notoria en los pueblos indígenas, lo cual afecta el cumplimiento del derecho fundamental a la consulta previa, al consentimiento libre, previo e informado, al igual que a un acceso adecuado y oportuno a la justicia.

El libro *“De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia”*, es resultado del trabajo de investigación de la profesora de la Universidad del Rosario, Gloria Amparo Rodríguez, sobre el concepto y la historia de la implementación de este derecho colectivo en el país. Refleja el diálogo fluido y constructivo entre los diversos actores que interactúan en los procesos de consulta previa en Colombia; es fruto también del análisis comparado de múltiples casos concretos que en su momento generaron conflictos, demandas, movilizaciones e ingentes

reclamos por parte de los pueblos indígenas, y en los que se evidenciaron avances, inaplicación o transgresiones del derecho a la consulta previa y de otros derechos de estas colectividades.

El texto aquí incluido hace parte de una investigación doctoral recientemente concluida y del trabajo que durante varios años ha efectuado la profesora Rodríguez con diversos pueblos indígenas a lo largo y ancho de la geografía nacional. Ese recorrido comunitario le permitió no solo identificar las situaciones conflictivas en relación con el desarrollo práctico de las consultas previas, sino incluir propuestas y soluciones que parten del trabajo conjunto efectuado con expertos, representantes de empresas, funcionarios públicos y miembros de grupos étnicos.

Otro logro de este trabajo es el seguimiento al desarrollo institucional del Estado Social de Derecho y su correspondencia con el avance de los distintos proyectos que se ejecutan en los territorios indígenas, en cuyo marco deben efectuarse las consultas previas. Al inspirarse en la metodología de la investigación acción participativa que impulsara en Colombia el profesor Orlando Fals Borda, se posibilitó la participación de diversos actores en el desarrollo de la investigación. Ello permitió afianzar el diálogo y la concertación, al igual que un mayor empoderamiento de las partes en la búsqueda de soluciones a las problemáticas planteadas.

Esta obra académica sintetiza igualmente los resultados de los conversatorios efectuados en el marco del seguimiento al proceso de implementación del Convenio 169 que el Programa Regional PROINDÍGENA de la GIZ adelanta con los socios de la naciente Red de Observadores de la Consulta Previa en América Latina, (Red Observa). La publicación temática de una de las personas con mayor autoridad en el tema proporciona insumos teóricos y empíricos para continuar el intercambio de experiencias entre centros de competencia, ONG, entidades públicas y organizaciones indígenas de la región andino – amazónica. En este sentido, es un aporte a nuestra estrategia de trabajo para generar conocimiento y difundirlo entre contrapartes institucionales, aliados y sociedad civil en general.

“De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia” será un referente obligado para abordar desde un enfoque de derechos, las diversas aristas que sobre la aplicación de la consulta previa se presentan en Colombia y en los demás países de la región; más aún cuando hay una marcada tendencia a calificar este derecho y los procesos para implementarlo como un obstáculo para el desarrollo, siendo en realidad una oportunidad democrática para garantizar derechos y proteger el patrimonio natural y cultural de la nación colombiana, tal como lo plantea la autora.

El proyecto FortalEsDer y el Programa Regional PROINDÍGENA de GIZ apoyaron la publicación de este estudio, en tanto se demuestra que cuando el derecho a la consulta previa se aplica con un enfoque integral, se fortalece el principio de la Nación pluriétnica y multicultural consagrado en la Constitución Política de 1991. Así entendida, la consulta previa contribuye a la prevención y solución de los múltiples conflictos que se suscitan en los territorios colectivos; es también un importante factor en la construcción de la paz y en el fortalecimiento del Estado Social de Derecho en Colombia.

CHRISTIAN GRÜNHAGEN
Director Proyecto FortalEsDer

KATHARINA HÜBNER-SCHMID
Coordinadora Nacional PROINDÍGENA



INTRODUCCIÓN

Los intereses contrapuestos en relación con el manejo, uso, utilización y aprovechamiento de los recursos naturales de los territorios indígenas, generan conflictos ambientales en donde uno de los escenarios privilegiados de expresión de los mismos es el de la consulta previa: cuando se adelanta o por el contrario, cuando aunque sea obligatoria, no se impulsa o se hace de manera inadecuada, es decir, sin el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos.

El ejercicio de la consulta previa no es nuevo para los pueblos indígenas¹, los que han recurrido a ella por tradición y han sido respetuosos de los territorios y de las dinámicas sociales de los otros: ellos tienen la costumbre, cultivada por años, de solicitar autorización, por ejemplo, cuando quieren cazar o cuando van a transitar por los territorios de otras comunidades; también cuando van a cortejar una mujer indígena de otro pueblo. Para ello acuden de manera respetuosa y previa a los mayores, es decir, a las autoridades tradicionales.

Pero si bien es un asunto conocido de tiempo atrás, específicamente por los pueblos étnicos, si es uno de los más controvertidos en estos momentos. Es notorio el debate en el país sobre los impactos de la aplicación de la consulta previa, en un contexto donde el gobierno tiene el compromiso de promover el desarrollo. Su argumento es que Colombia tiene el sueño de ser un país con empresas pujantes, social y ambientalmente responsables y que conquisten los mercados internacionales con bienes y servicios de

1 En este texto se hará referencia al término “pueblos indígenas” como lo hace el Convenio núm. 169 de la OIT, ya que éste reconoce la existencia de sociedades organizadas con identidad propia, en lugar de simples agrupaciones de individuos que comparten algunas características raciales o culturales. Profundizaremos sobre las discusiones que se han dado con relación a este término en el segundo capítulo de este trabajo. Cuando en el texto se hace referencia a grupos étnicos o pueblos étnicos debe entenderse que nos estamos refiriendo a los pueblos indígenas, afrocolombianos, negros, raizales, palenqueros y rom o gitanos.

alto valor agregado e innovación; un país integrado a la economía mundial, con una infraestructura y un entorno de competitividad.

Para alcanzar ese sueño, el presidente Juan Manuel Santos propuso lo que llamó cinco locomotoras para el desarrollo², con las que incrementaría el crecimiento económico y reduciría la pobreza³, la indigencia y la tasa de desempleo (DNP, 2011: 20-21), según sus pronósticos. Lograr estos resultados dependería de aprovechar los recursos naturales, tanto los renovables, como los no renovables, que existen especialmente en territorios de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes. Ahí empieza a generarse el debate: esta última condición implica que es obligatoria la consulta previa a estos pueblos acerca de los proyectos que surjan en esa perspectiva. La consulta previa se orienta a proteger la armonía con los demás derechos de estos pueblos, en especial, el derecho a la autonomía, al territorio, a los recursos naturales y al desarrollo propio, que poseen estas colectividades.

La magnitud del conflicto se puede apreciar en el elevado número de casos llegados a los altos tribunales judiciales o de las veces que se dice que la consulta previa es un obstáculo para el desarrollo del país. También es significativa en ese sentido la opinión de que la consulta se ha tornado en un mecanismo laberíntico, costosísimo e interminable (VALERO, 2013), como lo subrayó en diferentes medios de comunicación Juan Camilo Restrepo, Ex Ministro de Agricultura del gobierno de Juan Manuel Santos, para quien es necesario reglamentar la consulta.

Un dato también destacable es el señalamiento de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, ANDI, en el sentido de que

- 2 Las locomotoras de crecimiento son los sectores o actividades económicas que van a definir el rumbo que toma la economía colombiana en los próximos años. Las locomotoras establecidas son: 1) nuevos sectores basados en la innovación, 2) agricultura y desarrollo rural, 3) vivienda y ciudades amables, 4) desarrollo minero y expansión energética y, 5) infraestructura de transporte.
- 3 No obstante ser los territorios indígenas sustento del desarrollo del país, señala el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, que el 63% de la población indígena está sumida en una pobreza estructural y el 47,6% está por debajo de la línea de miseria. Más del 70% de los niños y las niñas sufren desnutrición crónica y existen numerosos casos de muerte por hambre entre indígenas en la Sierra Nevada de Santa Marta, Vichada, Guaviare y La Guajira. El analfabetismo entre los indígenas mayores de 15 años se sitúa en más de 11 puntos con respecto al promedio nacional y entre las mujeres la tasa es de más de 10 puntos con respecto a la masculina. Existe el programa nacional de etno educación, pero su puesta en marcha tropieza con numerosos escollos (PNUD, 2011b: 52).

“el derecho de consulta previsto en la Constitución Nacional es una prerrogativa de los pueblos indígenas que no puede afectar los intereses generales de la nación ni paralizar el desarrollo social y económico sostenible”. Esta afirmación la hizo ante la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT⁴ (CEACR, 2012).

Es necesario resaltar también, que el Departamento Nacional de Planeación (DNP) a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES (3762) presentó los “Lineamientos de Política para el Desarrollo de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos – PINES”, para la identificación y priorización de proyectos en infraestructura, hidrocarburos, minería y energía en el país. Dicho CONPES plantea que las principales dificultades que afectan la agilidad y viabilidad del desarrollo de los proyectos en estos sectores son, entre otros: la adquisición de predios, la consulta previa a comunidades, los permisos y trámites ambientales, las relaciones con las comunidades de las diferentes regiones, y las dificultades internas de las entidades públicas en la solución de problemas jurídicos. En consecuencia, plantea que se requiere dictar lineamientos de política que permitan solucionar dichas dificultades en proyectos que generan alto impacto en la política económica y social del país⁵.

Sin embargo, el Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (ONU, 2013) muestra otra perspectiva. Allí se hacen reflexiones representativas de las diversas visiones y de las dificultades que se presentan sobre la consulta previa (véase cuadro 1).

4 Encargada de examinar las memorias y formular comentarios para los Estados, con el objeto de guiar el proceso de aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT.

5 La Presidencia de la República recientemente expidió dos documentos: 1) La Directiva Presidencial No. 10 de 2013 que contiene una Guía para la realización de la consulta previa, la cual debe utilizarse como herramienta de coordinación interinstitucional, para el logro de la eficiencia administrativa y las prácticas de buen gobierno, en los procesos de consulta previa a las comunidades étnicas para el desarrollo de proyectos, como obras o actividades y, 2) el decreto 2613 de 2013, que adoptó el protocolo de coordinación interinstitucional para la consulta previa, destinado a facilitar el enlace de las responsabilidades correspondientes y a compartir criterios e información actualizada que sirvan de soporte para la expedición de las certificaciones de presencia de comunidades étnicas para el desarrollo mismo de la consulta previa. Es necesario destacar que dicha norma fue expedida sin tener en cuenta las comunidades y pueblos indígenas y que termina por establecer procedimientos que debieron ser regulados a través de una ley estatutaria.

CUADRO No. 1. CONSULTA PREVIA

(Fragmento del informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos en Colombia - 7 de enero de 2013)

- El conflicto armado ha debilitado la estructura social y la integridad cultural de los pueblos indígenas de Colombia. Hoy en día, los megaproyectos y la explotación minera presentan riesgos adicionales.

- Las decisiones relativas a la utilización y explotación de los recursos naturales suelen tomarse sin respetar el derecho a la consulta previa, sin el respeto debido a las autoridades y procedimientos tradicionales y sin ajustarse tampoco al contexto cultural específico.

- La Oficina en Colombia [de Naciones Unidas] llevó a cabo un amplio proceso participativo con más de 3.300 titulares de derechos, en el que recabó sus visiones, expectativas y recomendaciones sobre el derecho a la consulta, con miras a obtener el consentimiento libre, previo e informado. No se determinó la existencia de una sola buena práctica. Se estableció que era generalizada la falta de coordinación entre los ministerios del Interior, Minas y Energía y Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, así como la confusión en cuanto al papel y la responsabilidad del sector empresarial. La Oficina en Colombia está trabajando con el Gobierno para elaborar protocolos diferenciales; asimismo, en conjunción con los diferentes grupos étnicos y minoritarios, está trabajando con el Gobierno y las empresas para fomentar el entendimiento y la confianza. El Gobierno ha reconocido su obligación de garantizar este derecho previsto en la Constitución.

- La Alta Comisionada hace hincapié en el impacto negativo que tiene en la estructura social de las comunidades el cambio en el uso del suelo provocado por las industrias extractivas. Dicho cambio contribuye a la pérdida de los conocimientos tradicionales y a un deterioro sustancial de sus capacidades de organización, toma de decisiones y autogobierno. Si esta situación persiste, el conflicto social exacerbado tenderá a extenderse y será aún más difícil de resolver.

La Alta Comisionada observa que el derecho de los indígenas a participar en las cuestiones, proyectos y actividades que les afectan está reconocido en la legislación y la jurisprudencia nacionales. En la práctica, tiene que llevarse a cabo a través de procesos de consulta, entendidos como espacios en que las comunidades pueden influir en las decisiones en consonancia con su propia visión y sus propias prácticas y de acuerdo con sus prioridades y estrategias de desarrollo económico, social y cultural. Si este proceso no se realiza adecuadamente, con arreglo a un protocolo convenido de mutuo acuerdo, la decisión final puede ser impugnada por ilegítima ante los tribunales. En el caso de los grupos en riesgo de extinción, el derecho a la consulta previa constituye no solo un derecho a la participación, sino también un mecanismo de veto para garantizar su supervivencia.

Fuente: (ONU, 2013).

Este documento avanza en aspectos que entiende como ejes centrales: la consulta previa como un derecho fundamental, los casos en los que debe hacerse la consulta previa, los criterios o estándares mínimos que la jurisprudencia ha consagrado como requisitos de la consulta previa, la reparación ante la vulneración de este derecho, las principales dificultades en la implementación de la consulta, el consentimiento libre, previo e informado como principio y estrategia para superar las problemáticas y algunas recomendaciones.

En cuanto derecho fundamental, la consulta previa se analiza en su gran valor para la protección de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. Se abordan variadas temáticas que pasan por establecer su objetivo, ámbito de aplicación y marco normativo y jurisprudencial. Hace evidentes las confrontaciones y los conflictos ambientales que se presentan en torno a este derecho y los intereses diferenciados de los actores que intervienen, particularmente por el control de los territorios o por autorizaciones ambientales para el uso de los recursos naturales y la afectación del ambiente.

Al mirar los casos en los que debe hacerse la consulta previa, este estudio busca profundizar sobre las medidas legislativas y administrativas que tienen relación con asuntos ambientales. A partir de allí, señala la manera en que se ha abordado, en el ejercicio de la consulta y la disyuntiva entre el interés general y el interés particular.

También señala los criterios o estándares mínimos que la jurisprudencia, tanto interna como internacional, ha consagrado como requisitos de la consulta previa y se estudia lo atinente a la reparación por la vulneración de este derecho. Así, a lo largo del texto, se resalta que para evitar la generación de confrontaciones deben respetarse en el desarrollo de la consulta y en la toma de decisiones los derechos de los pueblos indígenas a la consulta, la participación y la repartición de beneficios. Al hacerlo, se considera el Convenio núm. 169 de la OIT⁶ como un instrumento de

⁶ El Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, fue adoptado en Ginebra durante la 76ª Reunión de la Conferencia General (1989). En esta ocasión se consideró que la evaluación del derecho internacional desde 1957 (cuando se había suscrito el Convenio núm. 107) y los cambios sobrevinientes en la situación de los pueblos en todas las regiones del mundo, hacían aconsejable

indígenas; para potenciar el encuentro de diversos saberes e intereses alrededor de los temas que conciernen a la investigación. Los recursos también se relacionan con los requerimientos de información y el análisis específico del tema jurídico (estudio de la jurisprudencia y análisis de los casos).

Las entrevistas tuvieron el objetivo, por un lado, de establecer con los diferentes actores sus percepciones sobre los conflictos ambientales y la consulta previa, y por el otro, validar los resultados de la investigación.

Así las cosas, con la metodología IAP inspirada en el trabajo del profesor Fals Borda, se pretendió fortalecer la capacidad de respuesta de los pueblos indígenas frente a los conflictos ambientales y la consulta previa, vistos desde sus propias visiones e intereses. De esta forma, se efectuó una investigación tratando de responder a sus necesidades y aplicando procedimientos construidos de manera colectiva, teniendo presente sus usos y costumbres. Fue así como se identificaron sus propias realidades, a través de sus metodologías, praxis, formas de relacionamiento, permitiéndonos establecer los conflictos ambientales, las situaciones de vulneración de sus derechos y la forma como estas colectividades los asumían y transformaban⁷.

El derecho fundamental a la consulta previa se analiza en especial, en casos en los que se van a adelantar proyectos o a tomar cualquier decisión que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas y a sus territorios, lo que genera conflictos ambientales. Las quejas por la violación del derecho a la consulta previa fueron recurrentes en el análisis de los casos y revelaron las distintas posiciones, intereses, actores, necesidades y demandas, además de las estrategias de solución. Sin embargo, es importante señalar que en este tipo de conflictos, “los

⁷ FALS BORDA (1991: 11) señala que el reconocimiento de este modo de participación altruista y constructiva, entendida como una experiencia real y endógena de y para la gente común, reduce las diferencias entre intelectuales burgueses y las comunidades de base, entre expertos (tecnócratas) y productores directos, entre burocracias y clientelas, entre la labor mental y la labor manual. Así se muestra el inmenso y dinámico potencial creativo que implica tal rompimiento de binomio sujeto-objeto, mediante el rechazo al dogmatismo y a las estructuras autoritarias verticales de poder (ya sean planeadas o centralizadas), al igual que a los patrones tradicionales de explotación y dominio en diversos campos.

pueblos indígenas también reclaman el reconocimiento de sus rasgos característicos culturales, su derecho a la supervivencia colectiva y la soberanía sobre sus territorios y recursos tradicionales” (STAVENHAGEN, 2000: 19).

El documento pretende conceptualizar y presentar los casos más relevantes de conflictos ambientales, los derechos involucrados y su relación con la consulta previa. Para ello se efectúa un análisis de este derecho fundamental, sus requisitos mínimos y las problemáticas de su ejercicio. Adicionalmente se establecen cuáles son sus potencialidades y limitaciones en relación con la protección de los demás derechos de los pueblos indígenas.

Finalmente, se mira cómo ha sido el ejercicio de las consultas previas efectuadas en Colombia, los problemas que se han presentado en torno a ellas y se establecen propuestas de mejoramiento que permitan superar dichas problemáticas. A través del estudio de las consultas previas en los procesos de otorgamiento de licencias ambientales, se establecen las realidades sociales, jurídicas y ambientales que conllevan la realización de proyectos y la explotación de recursos naturales que afectan los pueblos indígenas.





1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

La consulta previa es el derecho fundamental (CCC, SU-039/97) que tienen los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, cada vez que se vaya a tomar una decisión que pueda afectarles directamente o cuando se pretenda realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios¹ que puedan afectarles directamente. Mediante este mecanismo se busca llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, además de hacer efectivo el deber de proteger la integridad cultural, social y económica² y garantizar el derecho a la participación de estas colectividades. En este orden de ideas, la consulta y la participación de los pueblos indígenas, son primordiales para definir la política y la forma como deberá darse aplicación al Convenio núm. 169 de la OIT.

La consulta previa se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos indígenas de decidir sus propias prioridades en lo que concierne 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 de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, la consulta previa se soporta en el derecho de dichos pueblos a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional, susceptibles de afectarles directamente (artículo 7 del Convenio núm. 169).

-
- 1 Según el Convenio núm. 169 de la OIT, el Estado colombiano tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos apropiados y en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Dichas consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medias propuestas.
 - 2 En Colombia, la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se deben efectuar sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (párrafo del artículo 330 de la Constitución Política de Colombia).

Para el Comité Permanente de análisis, investigación, redacción y conformación de la Guía de Consulta Previa de la Dirección General de Asuntos Indígenas y la Dirección General de Comunidades Negras del Ministerio del Interior³, la consulta previa es un valioso instrumento que permite impulsar el respeto por los derechos étnicos y los derechos humanos colectivos de las comunidades indígenas y negras, como son el derecho al territorio, a la identidad, a la autonomía, a la participación plural y en general, a su Plan de Vida⁴ (DGAI, DGN, ECOPEPETROL, UPME y MMA, 1999) o Plan Integral de Vida⁵.

El derecho de los pueblos indígenas a la participación⁶ mediante la consulta, se constituye en un proceso de carácter público, especial y obligatorio, intercultural e interinstitucional, que debe realizarse previamente siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida o proyecto público o privado susceptible de afectar directamente sus formas y sistemas de vida, o su integridad étnica, cultural, espiritual, social y económica. Es además un mecanismo que le permite a los

3 La "Guía de consulta previa a comunidades indígenas y negras" presenta una propuesta basada en las normas de ley, para facilitar el procedimiento de participación y consulta, cuya construcción se hizo de manera colectiva a través de un 'Comité que contó con la participación de diferentes instituciones, entre otras, la Defensoría del Pueblo, el Incora hoy Incoder, el Invías, la Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos y la Dirección General de Asuntos Indígenas - DGAI; y de algunas empresas como Ecopetrol, Geoingeniería, etc. En su momento, nos llamó la atención el hecho que en este proceso NO intervinieron representantes de los pueblos indígenas y demás comunidades étnicas.

4 El Plan de Vida es el instrumento de planificación de los pueblos indígenas, el cual construyen desde sus propias visiones culturales. Para ampliar el debate se sugiere ver: CAVIEDES (2008), ETNIAS & POLÍTICA (2008) y ONIC (2008).

5 Los planes integrales de vida recogen los pensamientos de identidad y cultura y son contruidos desde sus propias cosmovisiones, son un derecho porque a través de ellos definen sus prioridades de desarrollo propio, los cuales cumplen tres funciones: (1) son herramienta de afirmación cultural, social, política y económica de los pueblos indígenas, (2) son la carta de navegación de sus colectividades y, (3) son instrumentos de planeación y gestión pública para los pueblos y autoridades y estrategia de negociación y concertación (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, 2012: 19-25).

6 Para el Tribunal Constitucional, el mecanismo de la consulta previa no es el único espacio de participación que el ordenamiento jurídico ha previsto para los grupos étnicos. La jurisprudencia ha destacado además de la consulta, los siguientes espacios: (i) la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas; (ii) la posibilidad, ya desarrollada por la ley, de establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes; (iii) la obligación de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial, de acuerdo con el artículo 329 de la Carta; y (iv) el mandato de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios, según el artículo 330 de la Constitución (CCC, C-196/12).

Estados nacionales cumplir con su responsabilidad y deber de proteger la diversidad étnica y cultural, respetando los derechos a la identidad, al territorio, a la autonomía, a la participación, al desarrollo propio, entre otros (DGAI, Ministerio del Interior, 1998: 56). Es así como Colombia, un país democrático y participativo, encuentra en la consulta previa su máxima expresión como espacio de articulación étnica e intercultural, el cual se constituye en el sustento para definir, entre el gobierno nacional y los pueblos indígenas, las prioridades de desarrollo nacional en un marco de respeto de las culturas y las visiones propias de dichos pueblos.

Sobre este particular, la Corte Constitucional a través de diversas providencias, ha señalado los parámetros para la realización de las consultas previas y ha establecido importantes aportes para la protección y garantía de los derechos de las comunidades étnicas. En este sentido, el Tribunal Constitucional deja claro que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas. Dicha integridad configura un derecho fundamental para los pueblos indígenas por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación⁷. La importancia que reviste la consulta previa a pueblos indígenas, ha sido reiterada en los pronunciamientos que sobre el carácter de derecho fundamental señala la Corte Constitucional, para la cual no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia (CCC, SU-383/03).

7 Para el Tribunal Constitucional, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho a la participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social (CCC, SU 039/97).

Las consultas deberán guiarse con el principio de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Sobre este mismo aspecto, la Corte Constitucional (SU-039/97) se ha pronunciado acerca de los objetivos que tiene la realización de la consulta previa en relación con la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, señalando que con ésta se debe buscar:

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



2. CRITERIOS MÍNIMOS QUE GUÍAN UNA CONSULTA ADECUADA

Según los estándares internacionales, asumidos también por la jurisprudencia colombiana, los parámetros generales comunes que se han establecido para llevar a cabo la consulta previa son criterios mínimos claves que sirven para guiar los procesos de consulta y limitar la discrecionalidad que tienen los Estados en su realización. Esos criterios son: el principio de buena fe, la consulta informada, una consulta culturalmente adecuada, el propósito de llegar a un acuerdo y el carácter previo de la consulta (RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN, ORDUZ SALINAS Y BURITICÁ, 2010: 40).

FIGURA No. 1. CRITERIOS PARA LA CONSULTA PREVIA



Fuente: Elaboración propia.

2.1 PRINCIPIO DE BUENA FE

Según el Convenio núm. 169 de la OIT (artículo 6º) y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 19), “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas⁸ antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. La buena fe en la realización de la consulta previa, significa que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, el cual se genera a partir de la información y la transparencia entre las partes. En este sentido, la Carta Política (artículo 83) señala que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que adelanten.

De igual forma, la Guía de aplicación del Convenio núm. 169 reitera que la consulta previa debe realizarse de buena fe y por medio de procedimientos apropiados⁹, lo cual significa que al llevar a cabo los procesos de consulta, los Estados deben: (a) proporcionar a los pueblos indígenas información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente y, (b) no consultar a cualquiera que declare representar a las comunidades afectadas porque éstas deben emprenderse con las organizaciones instituciones genuinamente representativas que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades.

Así las cosas, según la OIT, que la consulta previa sea efectuada de buena fe y recurriendo a un modo adecuado a las circunstancias, significa que estas deben tener lugar en un clima de confianza mutua. En general, es necesario que el Estado reconozca los órganos de representación y procure llegar a un acuerdo, que lleve adelante negociaciones genuinas y constructivas, que evite demoras injustificadas, que cumpla con los

acuerdos pactados y que los implemente de buena fe. Por otra parte, debe garantizar que los pueblos cuenten con toda la información relevante y que puedan comprenderla en su totalidad. También debe otorgar tiempo suficiente para que dichas comunidades organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones tomadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales (OIT, 2009: 49).

Sobre este particular el CEACR y el Consejo de Administración (documento GB 282/14/2, párrafo 38) han resaltado que el concepto de la consulta a las comunidades indígenas comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, el cual debe estar caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común. En consecuencia, consideran que una reunión de mera información no se puede considerar como una consulta de conformidad con lo dispuesto con el Convenio núm. 169 (CEACR, 2005).

Para el alto Tribunal Constitucional (C-175/09), el principio de la buena fe, quiere decir: (a) que corresponde al Estado colombiano definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, lo cual debe darse con la participación de los pueblos indígenas y, (b) para que la consulta resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente.

En este contexto, consideramos que el proceso de consulta previa responde a los postulados de la buena fe, en la medida en que son convocadas todas las autoridades representativas para los pueblos indígenas y sus organizaciones; cuando éstas no son manipuladas a través de beneficios que nada tienen que ver con el objetivo de la consulta previa de llegar a un acuerdo y de proteger la integridad social, cultural y económica de las comunidades; y cuando no se desconoce el derecho de los pueblos indígenas a decidir sobre su futuro. La consulta previa no puede distorsionarse ni reducirse a entregar y recibir prebendas. Aunque éstas generan un valor agregado, en ningún momento se convierten en medidas de salvaguarda y protección a la identidad étnica y cultural (HURTADO MORA, 2008 a: 178).

⁸ Si las instituciones consultadas no son consideradas como representativas por los pueblos que dicen representar, la consulta puede carecer de legitimidad (OIT, 2013: 15).

⁹ Partimos de entender que los procedimientos de consulta deben dar cabida a la expresión plena y oportuna de las opiniones de los pueblos indígenas, que se sigan basados en un entendimiento completo de las cuestiones en juego, para que, de esta forma, se puedan incluir en el resultado y se pueda llegar a un consenso (ARIZA SANTAMARÍA, 2012: 286).



2.2. CONSULTA INFORMADA

Los derechos a la consulta y a la participación se encuentran relacionados con el derecho a la información. En este sentido, partimos de la base que todo proceso de participación debe fundamentarse en la información. A través de la consulta se le otorga a las comunidades elementos para la toma de decisiones de manera consciente y por ello es fundamental que dicha información sea clara, veraz y, sobre todo, oportuna. Para poder garantizar las condiciones de diálogo y análisis, los pueblos indígenas tienen el derecho a ser informados y a participar desde el inicio del proyecto.

En este contexto, la jurisprudencia (CCC, C-891/02) también ha señalado que la participación ciudadana se desarrolla como un asunto de doble vía entre la oferta de oportunidades y la receptividad popular de los espacios, escenarios y mecanismos de participación. De allí que el ejercicio de la participación se constituya en un proceso que fortalece las relaciones entre lo público y lo privado y no en una carga para las autoridades públicas. Así mismo, ha señalado que el acceso de la ciudadanía al conocimiento real de los temas de su interés, materializa el derecho a participar en las decisiones que los afectan o pueden afectarles y, por tanto, le corresponde a las entidades estatales suministrar oportunamente a las personas, toda la información disponible y que no sea de carácter reservado por disposición legal.

Es así como la Corte Constitucional (C-891/02) ha reconocido que el derecho a la información está íntimamente ligado con el derecho a la participación, señalando que el primero es un poderoso instrumento de reflexión-acción tanto individual como colectivo, en el entendido de que las autoridades estatales, además de esa información, deben asumir la promoción, creación y fomento de las condiciones idóneas para la discusión pública de los temas pertinentes; recordando a la vez que la participación ciudadana en esos ámbitos de discusión, supone el recíproco respeto de los criterios expuestos por los interlocutores institucionales y privados, pero no pasivamente, sino reedificado mutuamente sobre la comprensión de lo ya examinado y depurado de manera concertada, al tiempo que la diferencia y pluralidad de opiniones actualizan su poder constructivo en el suceso democrático.

Bajo estos parámetros, no podemos desconocer que son muchos los resultados positivos que otorga a la realización de la consulta previa y de los proyectos, el mantener informada a la comunidad desde un principio. En este sentido, resaltamos que es deber del Estado apoyar y velar por el respeto de los derechos de los pueblos, en especial, los relacionados con su participación en la vida nacional, además en el diseño y ejecución de los proyectos de desarrollo social y económico que puedan involucrarlos.

En el ejercicio de la participación y la consulta previa juegan un papel fundamental tanto la información como la comunicación, por eso, la

DNUDPI (artículo 16) señala que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información, los cuales además deben operar en sus propios idiomas. De igual forma, los pueblos indígenas también tienen derecho a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna. Para el logro de estos derechos, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, para lo cual se debe alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente dicha la diversidad cultural indígena. Sobre este mismo particular, la Corte Constitucional (C-030/08) ha señalado que garantizar la participación de los pueblos indígenas, implica avanzar además en la información a dichos entes colectivos.

De otro lado, la Corte IDH (Sentencia *Saramaka vs. Surinam*, 2007) ha establecido que el deber de consultar requiere que el Estado acepte y brinde información, lo cual implica una comunicación constante entre las partes. También señala que las comunidades deben tener conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto. En consecuencia, al Estado le corresponde brindar la información y propiciar los espacios de diálogo para resolver inquietudes sobre la misma, para que al llegar a la consulta previa, la comunidad cuente con elementos adecuados para discutir sobre la medida que se proyecta tomar.



2.3. UNA CONSULTA CULTURALMENTE ADECUADA

Una consulta efectiva, que cuente con un procedimiento culturalmente adecuado, implica respetar las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y que la misma sea efectuada mediante relaciones de comunicación, basadas en el principio de buena fe. Por ende, para la Corte Constitucional (C-175/09), dicho procedimiento deberá estar dirigido a proteger los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, mediante instrumentos de participación que, amén de su disposición y diseño, puedan incidir en la definición del contenido y alcance de la medida legislativa o administrativa.

Lo anterior implica que la consulta previa no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que es un proceso sustantivo de raigambre constitucional, dirigido a que, (i) las comunidades afectadas estén provistas de la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso; y (ii) se tenga como objetivo principal el logro de un acuerdo con los pueblos indígenas y tribales, quienes podrán discutir el contenido de la política y proponer alternativas a ella. Para cumplir con estas condiciones, es posible que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría General de la Nación, si así lo estiman pertinente.

La CEACR sostiene que la consulta, para que realmente permita la participación, debe adaptarse a los modelos culturales y sociales de los pueblos. Adicionalmente, recomienda determinar un mecanismo de consulta adecuado, teniendo en cuenta al determinarlo, los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso, las formas que tienen los pueblos indígenas de concebir el derecho a la consulta previa. También señala que una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisiones y puedan participar efectivamente, de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales. Por su parte, la Corte Interamericana (Sentencia *Saramaka vs Surinam*, 2007) también ha sostenido que los procedimientos de consulta deben ser culturalmente

apropiados y según las costumbres y tradiciones de las comunidades. Asimismo, las consultas deben tener en cuenta los métodos tradicionales para la toma de decisiones¹⁰.

Con relación a la importancia de tener clara la manera como se efectúa la consulta, la jurisprudencia constitucional (CCC, C-175/09) ha previsto la necesidad que su procedimiento esté sometido a una consulta previa, a fin que el trámite de concertación y consenso con las comunidades (i) no se reduzca a un simple acto informativo o notificación de la medida; y (ii) reconozca y proteja las prácticas tradicionales diversas de los pueblos indígenas y tribales, que podrían verse desconocidas si los entes gubernamentales imponen determinado mecanismo de consulta que no resulte compatible con el mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural.

En tal sentido, el proceso de consulta podría considerarse cumplido cuando exista evidencia de que, con anterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República, la iniciativa haya sido divulgada entre las comunidades concernidas por las materias de la misma, se haya avanzado en la ilustración a tales comunidades sobre su alcance y con miras a obtener una concertación, y se hayan abierto los espacios de participación que sean apropiados. Así, para la Corte, la satisfacción del derecho a la consulta previa respecto de la promulgación de medidas legislativas, se circunscribe a la conformación de un espacio, respetuoso de las particularidades de las comunidades indígenas y afrodescendientes, guiado por el principio de buena fe y destinado a la deliberación del contenido del proyecto de ley correspondiente (CCC, C-175/09).

Es necesario hacer hincapié en que cualquier reunión no es consulta previa, porque ésta se debe realizar garantizando los procesos culturalmente aceptados por las comunidades y la participación de todos, no solo de las organizaciones o de las instancias de representación indígena, sino también de las bases y de las instituciones encargadas de la defensa de los derechos étnicos, teniendo en cuenta elementos fundamentales como la cultura y

el reconocimiento de los vínculos que estas comunidades tienen con sus territorios, incluida su relación con la tierra y los recursos naturales que en ella se encuentran.

El procedimiento culturalmente adecuado implica además, que la consulta previa deba realizarse teniendo en cuenta la representación y la autoridad de los pueblos indígenas, la interculturalidad y la lengua de las comunidades consultadas. Ésta debe ser efectuada con las instituciones tradicionales y a través de sus autoridades o las organizaciones que las representen, que son las indicadas para manifestar los impactos sociales y culturales que un proyecto o una decisión pueda generar, partiendo de la base que las comunidades y pueblos indígenas cuentan con diversos sistemas de autoridad y tipos de organizaciones políticas, en los que se refleja la diversidad cultural.

De esta forma se garantiza la participación real y efectiva, y que dichos procesos no sean manipulados por algunos líderes que terminan defendiendo intereses personales que en nada benefician a estos pueblos. El procedimiento mediante el cual se logre tener una incidencia en la decisión que se desee adoptar, implica que se tengan en cuenta las particularidades y las dinámicas de los pueblos indígenas, que siempre son diversas porque dependen de sus autoridades, procesos organizativos y de toma de decisiones.

Como es sabido, en todas las actuaciones judiciales y administrativas se aplica el debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política) y, en materia de consulta previa, esto significa tener condiciones de igualdad, de información y de incidencia en las decisiones a adoptar. Se viola el debido proceso cuando no se convoca a la consulta previa o ésta se hace sin la participación de todos los miembros de la comunidad. También, cuando se realiza sin tener en cuenta los procedimientos y los tiempos de los pueblos indígenas o cuando la consulta se limita a una simple reunión informativa. De igual forma, los pueblos indígenas no conocen el proyecto en su totalidad, cuando los procesos de concertación son desiguales y cuando la decisión final es tomada por la autoridad sin tener en cuenta lo que han dicho los pueblos en desarrollo de la consulta.

¹⁰ Para profundizar se sugiere ver: RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN, ORDUZ SALINAS y BURITICÁ (2010).

No sobra resaltar que la consulta no implica sólo escenarios de información o simples reuniones o audiencias con las comunidades étnicas, ni tampoco procedimientos de mera concertación como lo señala el Consejo de Estado (2007), sino que el Estado debe asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de las comunidades interesadas, una acción coordinada que permita, entre otros, el reconocimiento y la protección de sus valores y prácticas culturales, religiosas y espirituales.



2.4. EL PROPÓSITO DE LLEGAR A UN ACUERDO O LOGRAR EL CONSENTIMIENTO

Las consultas previas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas. Con referencia a este tema, ANAYA (2005: 235-236) ha planteado que el requisito de que las consultas deben tender a la consecución de un acuerdo, implica que éstas no pueden consistir simplemente en informar a las comunidades indígenas sobre las medidas susceptibles de afectarles. Los procedimientos de consulta deben ser diseñados de forma que se les conceda a los pueblos indígenas la oportunidad de influir de forma efectiva en las decisiones que afectan sus intereses. Esto

requiere que los gobiernos entablen un diálogo con estos pueblos sobre las posibles consecuencias de esas disposiciones antes de que éstas sean tomadas. También se requiere una serie de garantías procedimentales que tengan en cuenta los propios mecanismos indígenas de toma de decisiones, incluyendo las costumbres y estructuras organizativas pertinentes, y garantizando que los pueblos indígenas tengan acceso a toda la información y a la asesoría que sean necesarias.

Sin embargo, no obstante el valor que tiene para los pueblos indígenas la consulta previa, lo que en ella se establezca no obliga a la autoridad en la decisión final, lo cual resta fuerza e importancia a este mecanismo de protección de la identidad étnica y cultural de la nación colombiana. La misma Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 señala, haciendo referencia al artículo 7º, que trata el tema de la consulta previa, que ningún segmento de la población nacional tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país. En consecuencia, lo que esta norma exige a los gobiernos es realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa, según la Guía, que la obligación es crear las condiciones que permitan contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo, en capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones existentes.

La pregunta entonces es: ¿qué pasa cuando el pueblo indígena dice que no a un proyecto? En este sentido, la Corte Constitucional (SU-039/07) estableció que cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, ésta debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

Empero, para el Tribunal Constitucional (C-175/09), el ejercicio de esa potestad carece de naturaleza omnímoda, sino que debe: (i) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; (ii) fundarse en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al grado de afectación de los intereses de las comunidades tradicionales; (iii) contemplar instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en

el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural.

No obstante, ante la posición de la Corte Constitucional, si quien decide en últimas es la autoridad, ésta tiene la obligación de establecer los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta, la información o notificación que se le hace a la comunidad o pueblo indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es indispensable que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica (CCC, SU-039 de 2007). En todo caso, la decisión que es tomada por la autoridad debe ser motivada y sustentada, de tal forma que queden claras las razones por las cuales debe realizarse el proyecto y, en la parte dispositiva, deben señalarse las medidas de protección que se establecen de manera adecuada para la protección de los pueblos indígenas.

Finalmente, el precedente constitucional sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, de manera reiterada ha contemplado que, en los casos en que cumplidos los requisitos y garantías anteriormente descritas, no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida legislativa o administrativa, el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto.

Así las cosas, la aplicación adecuada del derecho a la consulta implica un proceso cualitativo de negociaciones de buena fe y diálogo, mediante el cual el acuerdo y consentimiento, de ser posibles, pueden lograrse. Para la OIT (2013: 17), la importancia de obtener el acuerdo o consentimiento es mayor, mientras más severas sean las posibles consecuencias para los pueblos indígenas involucrados. Si, por ejemplo, hay peligro que amenace la existencia de una cultura indígena, la necesidad del consentimiento con las medidas propuestas, es más importante que en los casos en los que las decisiones pueden resultar en inconvenientes menores, sin consecuencias severas o duraderas.

Sobre este particular, consideramos que no atender la decisión de los pueblos indígenas implica vulnerar tanto su derecho a la autodeterminación como su derecho a la autonomía. Por eso es importante conciliar y establecer mecanismos para ponderar las visiones y los derechos de estos pueblos.



2.5. EL CARÁCTER PREVIO DE LA CONSULTA

De conformidad con el principio de la buena fe que informa el proceso consultivo, el Tribunal Constitucional (C-196/12) ha reiterado que la consulta debe ser oportuna, es decir que debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida, pues, una vez tomada la misma, la participación de la comunidades étnicas no tendría utilidad alguna puesto que no podrían influir en el proceso decisorio.

La consulta previa debe ser realizada antes de la toma de la decisión legislativa o administrativa o de autorizar cualquier proyecto que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas. Cuando la consulta se efectúa previamente, se garantiza además la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que son de su interés o que puedan afectarles. En este contexto y en el caso de los conflictos ambientales, significa que se efectúa la consulta antes de la autorización que otorga la licencia o el permiso ambiental o cualquier otra decisión que pueda afectarles.

Cuando se autoriza un proyecto o se toma cualquier decisión sin haberse realizado de manera adecuada la consulta previa, se genera la obligación de reparar a las víctimas por la violación de este derecho y de los demás derechos que puedan verse afectados. La obligación general de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos está establecida en diferentes instrumentos del derecho internacional y adquiere características propias cuando se trata de reparar a pueblos y comunidades indígenas y a sus miembros por violaciones a sus derechos (RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN, ORDUZ SALINAS y BURITICÁ, 2010: 46). Este tema lo retomaremos más adelante.

El derecho a la consulta previa se constituye en un mecanismo para avanzar en el reconocimiento real de los derechos humanos de los pueblos indígenas y que cuando éstos se vulneran, debe trascenderse hacia la reparación por los daños sociales, culturales y ambientales ocasionados.

Consideramos pertinente señalar que, en los casos analizados en el marco de esta investigación, se pudo establecer que estos criterios no fueron tenidos en cuenta en su totalidad, lo cual terminó por generar conflictos que fueron judicializados como se establecerá más adelante.



3. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA CONFORMA EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD¹¹

El profesor QUINCHE RAMÍREZ (2013, 6) señala que el bloque de constitucionalidad es un recurso metodológico que permite la integración del Derecho Internacional, pero sometiendo éste a la norma nacional. Para la Corte Constitucional (SU-383/03), el Convenio núm. 169 de la OIT¹², y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa, conforman junto con la Carta Política, el bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos –artículo 53 CP–, sino:

- i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 CP–,
- ii) dado que el convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales,
- iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente, es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas de intolerancia conexas

¹¹ La teoría del bloque de constitucionalidad tal y como ha sido recibida en Colombia, propone, en pocas palabras, que el derecho constitucional no se agota en la literalidad del texto constitucional. Según esta doctrina, el derecho constitucional incluye, entre otras cosas, las disposiciones –y reglas adscritas– del derecho internacional de los derechos humanos cuando quiera que estas se encuentren contenidas en tratados internacionales ratificados por Colombia (BOTERO MARINO, 2003: 55).

¹² Sobre el bloque de constitucionalidad que conforman los convenios de la OIT puede consultarse, entre otras, la sentencia de tutela T-1303/01, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

que afectan a los pueblos indígenas y tribales –Declaración y Programa de Acción de Durban¹³– y,

- iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad.

Asegura el profesor QUINCHE RAMÍREZ (2013: 6), que el Convenio núm. 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, especialmente por lo establecido en el artículo 17 del mismo, que prevé el derecho fundamental a la consulta previa. Se trata aquí de una norma internacional de aplicación directa, que contiene un derecho no expresamente consagrado en la Constitución Política, que ha dado lugar a numerosas declaratorias de inexecutable, así como a un buen número de amparos proferidos en favor de las comunidades indígenas y sus miembros.

En este contexto, el derecho a la consulta previa, es de gran trascendencia. Para la Corte Constitucional, los derechos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, por estar ligados a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana –artículos 1° y 7° CP–, en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, 2001). De otro lado es importante señalar que, en virtud del principio *Pacta Sunt Servanda*¹⁴, el Estado colombiano debe darle cumplimiento al Convenio núm. 169 de la OIT¹⁵.

13 La Declaración y el Programa de Acción de Durban son el resultado de los estudios y debates presentados antes y durante la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, llevada a cabo en la ciudad de Durban, Sudáfrica, entre el 31 de agosto y el 8 de septiembre de 2001. El objetivo primordial de estos documentos es dar una serie de lineamientos y recomendaciones a los Estados, a las organizaciones no gubernamentales y al sector privado, para emprender una verdadera y frontal lucha contra estos flagelos.

14 Lo cual quiere decir que este principio establece que los tratados como el mencionado, deben ser cumplidos.

15 Para profundizar sobre el tema del bloque de constitucionalidad se sugiere ver: ESTRADA VÉLEZ (2007).

4. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES



CUADRO No. 2. PAÍSES QUE HAN RATIFICADO EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT Y FECHA DE RATIFICACIÓN

PAÍS	FECHA
Argentina	3 julio 2000
Bolivia, Estado Plurinacional de	11 diciembre 1991
Brasil	25 julio 2002
Centroafricana, República	30 agosto 2010
Chile	15 septiembre 2008
Colombia	7 agosto de 1991
Costa Rica	2 abril 1993
Dinamarca	22 febrero 1996
Dominica	25 junio 2002
Ecuador	15 mayo 1998
España	15 febrero 2007
Fiji	3 marzo 1998
Guatemala	5 junio 1996
Honduras	28 marzo 1995
México	5 septiembre 1990
Nepal	14 septiembre 2007
Nicaragua	25 agosto 2010
Noruega	19 junio 1990
Países Bajos	2 febrero 1998
Paraguay	10 agosto 1993
Perú	2 febrero 1994
Venezuela, República Bolivariana	22 mayo 2002

Fuente: OIT.

El derecho a la consulta previa aparece legalmente en el mencionado Convenio núm. 169 de la OIT, ratificado por Colombia mediante la ley 21 de 1991, el cual tiene como finalidad asegurar los derechos de los pueblos indígenas y tribales a su territorio y la protección de sus valores

culturales, sociales y económicos. Como se mencionó anteriormente, este convenio es un instrumento legal, con carácter obligatorio para los países como Colombia que lo han ratificado buscando promover el respeto por las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales, el cual se refiere entre otras cosas al deber que tiene el Estado de realizar una consulta con las comunidades, antes de la realización de cualquier proyecto que pueda afectarlas, constituyéndose en la base fundamental de la aplicación del instrumento¹⁶. También la DNUDPI en su artículo 19 consagra el derecho a la consulta previa¹⁷.

En el ordenamiento jurídico interno y como complemento del Convenio núm. 169, están las normas Constitucionales colombianas que protegen a las comunidades étnicas y sus derechos, entre los cuales está el de participar en la toma de decisiones. En este sentido, la Carta Magna considera que uno de los fines del Estado, es el de facilitar la participación de todos los colombianos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación. Como se ha mencionado, la participación se constituye en un elemento fundamental para el desarrollo y la garantía de los derechos indígenas, por eso se protege en la explotación de los recursos naturales y en cualquier tipo de proyecto que se vaya a realizar en los territorios de estos pueblos. Así mismo, el artículo 76 de la ley 99 de 1993, mediante la cual

¹⁶ Artículo 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueden participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernan; (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 6.2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

¹⁷ Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

se crea el Ministerio del Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) y se organiza el Sistema Nacional Ambiental, hace referencia a la consulta previa en los procesos administrativos ambientales.

De igual forma, entre las normas referentes al tema de consulta encontramos el decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la consulta a comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, asunto que retomaremos de forma profunda más adelante en este documento.

También está la Directiva Presidencial No. 01 de 2010 expedida con el propósito de dar cumplimiento a la Constitución Política, los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en esta materia y la ley. La directiva reseña los mecanismos para la aplicación de la ley 21 de 1991, señala las acciones que requieren la garantía del derecho y establece las formas mediante las cuales procede el proceso de consulta previa.

Esta Directiva de la Presidencia de la República está dirigida al vicepresidente, a los ministros del despacho, a directores de los departamentos administrativos, a superintendentes y directores, gerentes y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional, señalando de manera muy limitada los casos en los cuales debe darse la consulta previa y aquellos en que no es obligatoria. Esta disposición ha sido bastante cuestionada, entre otras razones porque hace referencia a la consulta sin haber sido consultada y porque limita el ejercicio de este derecho.

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículo 46), cita la consulta obligatoria y señala que cuando la Constitución o la ley ordenen su realización previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta debe realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

Así mismo, en el marco del decreto ley 4633 de 2011, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los

pueblos y comunidades indígenas se establecen programas que requieren de consulta previa.

Más recientemente fue expedida la Directiva Presidencial No. 10 de 2013, dirigida a los ministros del despacho y directores de departamentos administrativos, que contiene una Guía para la realización de la consulta previa, la cual debe utilizarse como herramienta de coordinación interinstitucional, para el logro de la eficiencia administrativa y las prácticas de buen gobierno en los procesos de consulta previa a las comunidades étnicas para el desarrollo de proyectos como obras o actividades (véase cuadro No. 3).



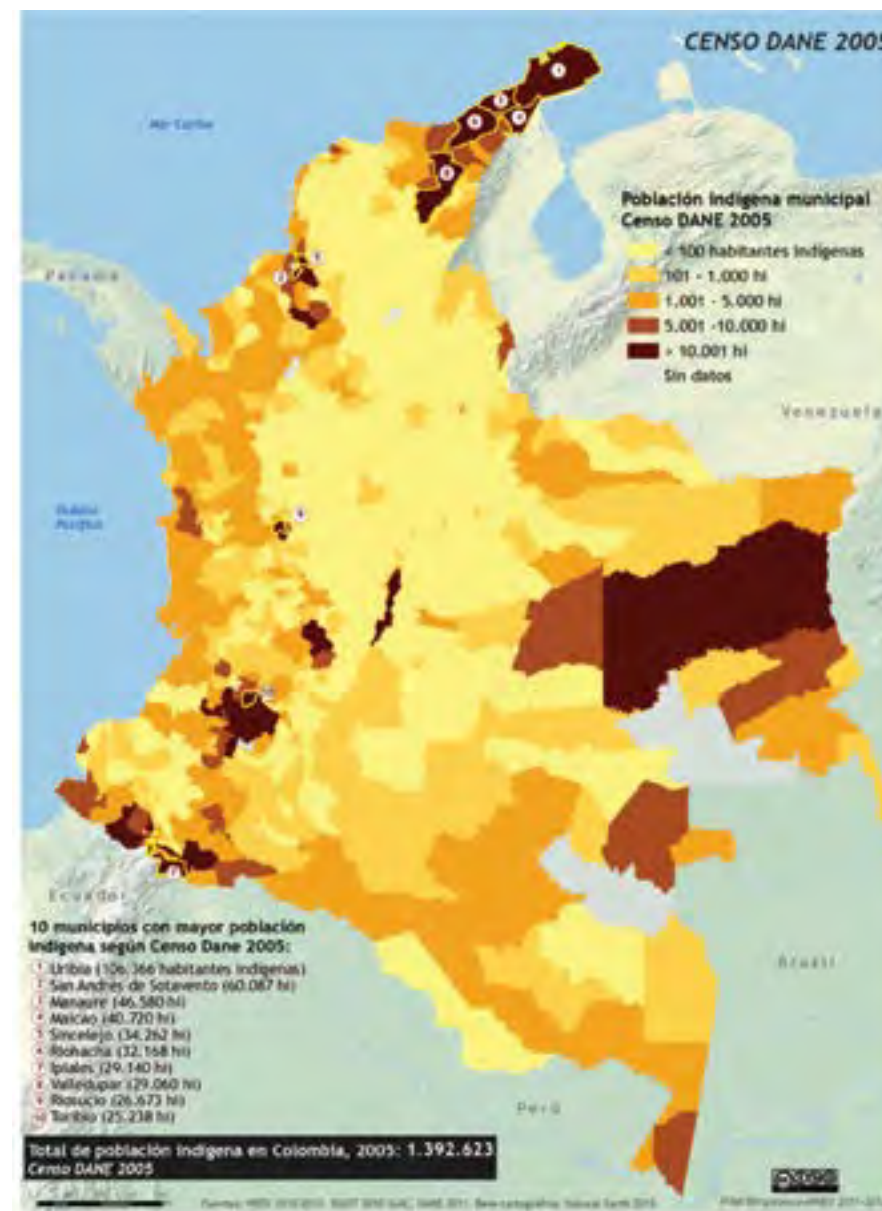
5. APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

La consulta previa se constituye en un instrumento jurídico que reconoce los derechos políticos, sociales, culturales y territoriales de las comunidades étnicas, y es el escenario que les permite incidir en el modelo de desarrollo. El Convenio núm. 169 habla del término “pueblos”, que significa, no tanto un reconocimiento de independencia frente al Estado, sino el reconocimiento y el respeto de sus especiales características étnicas, culturales y sociales. En este contexto y con fundamento en el convenio en mención, el ámbito de aplicación de la consulta previa, tiene que ver tanto con los pueblos indígenas como tribales.

En la consulta previa, el criterio importante que considera la OIT (2013: 15-16) es que la representatividad debe determinarse a través de un proceso del que hagan parte los mismos pueblos indígenas y que dichas instituciones sean el fruto de una decisión propia de dichas colectividades.

En Colombia, según las bases aprobadas del Plan Nacional de Desarrollo (DNP, 2011: 363) se diferencian cuatro pueblos étnicos reconocidos: los pueblos indígenas; la población raizal del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; la población negra o afrocolombiana –de la que también hacen parte los palenqueros de San Basilio del municipio de Mahates (Bolívar)–; y la población rom o gitana. En este mismo contexto, según información del Censo General (DANE, 2005), en Colombia se auto reconocieron como pertenecientes el 13% del total de la población nacional, así:

MAPA No. 1. POBLACIÓN INDÍGENA POR MUNICIPIO



Fuente: HREV 2010-2012. SIGOT2010. IGAC, DANE 2011.

Base cartográfica: Natural Earth 2010.

TABLA No. 1. POBLACIÓN COMUNIDADES ÉTNICAS EN COLOMBIA

PUEBLO	POBLACIÓN (número de integrantes)
Indígenas	1.392.623
Negra, mulata y afrocolombiana	4.273.722
Raizales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	30.565
Palenqueros	7.470
Rom	4.858
TOTAL	5.704.380

Fuente: DNP. Bases del Plan Nacional de Desarrollo (2011).



Con respecto al término ‘pueblos’ se debe dejar claro que en el Convenio núm. 169 de la OIT la expresión “pueblo indígena” no significa lo que comúnmente podría implicar en el derecho internacional. Este instrumento internacional no impone ninguna limitación al derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, ni tampoco se pronuncia a favor o en contra de él. La Guía para la Aplicación del mencionado convenio asegura que el término “indígena” se refiere a aquellas poblaciones que conservan total o parcialmente sus propias tradiciones, instituciones o

estilos de vida que los distinguen de la sociedad dominante y que habitaban un área específica antes de la llegada de otros grupos.

Según el artículo 1º del mencionado convenio, este instrumento se aplica a los pueblos indígenas estableciendo para su consideración los siguientes elementos (OIT, 2009: 9):

- La continuidad histórica, es decir, que son sociedades anteriores a la conquista o a la colonización.
- La conexión territorial, lo que significa que sus ancestros habitaban en el país o región correspondiente.
- Las instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas que retienen algunas o todas sus instituciones propias.

El mencionado Convenio núm. 169 de la OIT no diferencia en el tratamiento de los pueblos, los cuales tienen los mismos derechos, en consecuencia, tanto los pueblos indígenas, como los afrodescendientes, raizales y rom deben ser consultados siempre que se vaya a tomar cualquier decisión que pueda afectarles directamente.

En este punto es importante resaltar que para algunos estudiosos del tema como Mesa Cuadros (1993), la consulta previa es un derecho que cubre también a las comunidades campesinas. Sobre el particular debemos mencionar que estamos de acuerdo con la participación para todos los sectores de la población. Sin embargo, consideramos que mientras la consulta previa con comunidades étnicas tiene su fundamento jurídico en el Convenio núm. 169 de la OIT¹⁸, la participación y la consulta a comunidades campesinas encuentran su sustento en el derecho fundamental a la participación de todos los colombianos previsto en

18 Resaltamos que el Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, fue adoptado en Ginebra durante la 76ª Reunión de la Conferencia General (1989). En esta ocasión se consideró que la evaluación del derecho internacional desde 1957 (cuando se había suscrito el Convenio núm. 107) y los cambios sobrevinientes en la situación de los pueblos en todas las regiones del mundo, hacían aconsejable adoptar nuevas normas internacionales a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación. También se argumentaba que era necesario adoptar una nueva norma en la cual se consagra el derecho a la consulta previa, porque se observaba que en muchas partes del mundo, esos pueblos no podían gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que vivían y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas, habían sufrido a menudo erosión.

la Constitución Política de 1991, como una manifestación de la democracia participativa, la cual es un principio fundante del Estado colombiano, según plantea la Corte Constitucional (T-348/12)¹⁹.

De igual forma, la consulta para el campesinado se basa en el artículo 79 Constitucional, que consagra además del derecho a gozar de un ambiente sano, el deber del legislador de expedir normas que garanticen la participación de las comunidades en las decisiones que puedan afectarlas. En este mismo sentido están las disposiciones que reglamentan lo referente a la participación ciudadana, especialmente la ley 134 de 1994 que regula los mecanismos de participación y establece las normas fundamentales por las que se rige la participación democrática.

CUADRO No. 3. PRINCIPALES NORMAS SOBRE CONSULTA PREVIA A PUEBLOS INDÍGENAS DE COLOMBIA

NORMA	CONTENIDO
Convenio núm. 169 de la OIT Ley 21 de 1991	Artículo 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente
Constitución Política de Colombia	Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de las comunidades en las decisiones que pueden afectarlas (Artículo 79). La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se debe efectuar sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (párrafo del artículo 330 de la Constitución Política de Colombia)

¹⁹ Según el Tribunal Constitucional colombiano, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Organización de Estados Americanos, especialmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Carta Democrática y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CCC, T-348/12).

Ley General Ambiental Ley 99 de 1993	Art. 76. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, de acuerdo con el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.
Decreto 1320 de 1998	Por el cual se reglamenta la Consulta Previa a comunidades indígenas y negras, para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.
Directiva Presidencial No. 01 de 2010	Reseña los mecanismos para la aplicación de la ley 21 de 1991, señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa y establece los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de Consulta Previa.
Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 46.	Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.
Ley 1444 de 2011 y decreto 2893 de 2011	Sobre las competencias del Ministerio del Interior y de las Direcciones con competencias en materia de consulta previa.
Decreto ley 4633 de 2011	Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas.
Directiva Presidencial No. 10 de 2013	Por medio de la cual se expide un protocolo que busca regular la coordinación interna de las entidades involucradas, a efectos de garantizar la integración de las competencias correspondientes y la distribución eficaz de los recursos, así como la eficiente circulación de la información relevante, la transparencia de los procesos y permitir el seguimiento al cumplimiento de los deberes de las entidades responsables en materia de consulta previa.
Decreto 2613 de 2013	Por medio del cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa ²⁰ .

Fuente: Elaboración propia.

²⁰ Es importante señalar que consideramos que es necesario establecer la legalidad de esta norma, toda vez que los mecanismos de participación como la consulta previa, deben ser reglamentado mediante una ley estatutaria.

Sobre este particular, la Corte Constitucional (T-348/12) concluye que se reconoce el derecho a la participación y concertación de medidas con las comunidades en general en las decisiones que impliquen una afectación al ambiente donde habitan o ejercen sus actividades tradicionales. Para este ente, teniendo en cuenta el tema que nos ocupa, el objetivo del desarrollo sostenible exige mantener la productividad de los sistemas naturales, de modo que se mejoren las condiciones económicas y sociales de las comunidades que se vean afectadas en su eventual intervención y se preserven las prácticas tradicionales de producción. Así, debe garantizarse la ‘sostenibilidad social’ en el sentido de elevar el control que la gente tiene sobre sus vidas y mantener la identidad y cultura de cada comunidad.



6. ÁMBITO TEMÁTICO O CASOS EN LOS QUE ES OBLIGATORIA LA CONSULTA PREVIA

Se ha considerado que la consulta previa sólo se aplica en el caso de ejecución de proyectos o de explotación de recursos naturales en territorios indígenas, ya que de esta forma se ha interpretado el artículo 330 de la Carta Política. Esto no es así, pues como ya lo hemos planteado, la obligación de la consulta previa tiene que ver con cualquier medida administrativa o legislativa que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas.

La Corte Constitucional (SU-383/03) ha hecho mención a lo que ella misma ha denominado “el ámbito temático de la consulta previa” y ha precisado que ésta se debe llevar a cabo respecto de cualquier aspecto que afecte directamente a las comunidades étnicas. Lo anterior quiere decir que la consulta previa no se circunscribe al caso de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas (artículo 330 CP) ni al de la delimitación de las entidades territoriales indígenas (artículo 329 CP), porque la ratificación del Convenio núm. 169 de OIT por parte de nuestro país, mediante la ley 21 de 1991, amplió su espectro a toda medida susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas (CCC, C-196/12). Para aclarar, según el Tribunal Constitucional, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios (CCC, C-030/08) y “la idea de afectación directa se relaciona con la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias” (CCC, T-745/10).

Así las cosas, en cuanto al derecho al territorio, el Convenio núm. 169 de la OIT (artículo 15.2) señala que “en el caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. En

este caso, “los pueblos deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”. Así mismo, para el mencionado convenio (artículo 17.2) que “deberá consultarse a los pueblos siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”.

De igual forma, en relación con derecho a la educación, el Convenio núm. 169 (artículo 22) establece que “cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos, el Estado debe asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente las responsabilidades de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden”.

Asimismo, este instrumento (artículo 28.1) señala que “siempre que sea viable, deberá enseñarse 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 a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo”.

En forma concomitante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-175/09) ha sistematizado las reglas sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa. Ha establecido dos parámetros de análisis que conforman el precedente aplicable: el primero, relacionado con la diferenciación entre lo general y lo particular del derecho a la participación de los pueblos indígenas; de acuerdo con eso, los pueblos deben contar con mecanismos que les permitan la participación en todos los ámbitos de adopción de políticas estatales que les conciernan, en

condiciones análogas a las conferidas por el ordenamiento jurídico a los demás integrantes de la población, y de acuerdo con el carácter diferenciado de las comunidades tradicionales y de la necesidad de proteger su identidad cultural diversa, el texto Constitucional ha conferido espacios concretos de participación a los pueblos indígenas, asegura este Tribunal.

El segundo parámetro, relativo a las condiciones y requisitos de procedimiento que deben cumplirse para que la consulta previa sea un mecanismo adecuado y efectivo para la protección de los derechos constitucionales de las comunidades indígenas, al igual que las consecuencias que acarrea el incumplimiento por parte del gobierno del deber de consulta previa. Así, en lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Convenio núm. 169 dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas, siendo éste un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas.



6.1. LA CONSULTA PREVIA EN MEDIDAS LEGISLATIVAS

Para la Corte Constitucional (C-366/11), deben ser consultadas previamente, las decisiones legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y al pueblo Rom, en la medida en que establecen políticas generales, definiciones, pautas y criterios que pueden repercutir sobre sus formas de vida, de acuerdo con el ordenamiento constitucional y, en particular, con el Convenio núm. 169 de la OIT, para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar que las mismas las afecte negativamente²¹.

Sobre las medidas legislativas que tienen que consultarse, la Corte Constitucional ha señalado que están por ejemplo la ley general de educación, el Plan Nacional de Desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social o del código laboral, o del código penal. Adicionalmente, el proceso deliberativo, público y participativo que se surte en el Congreso de la República debe someterse a un proceso específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales. En este sentido, para el Tribunal Constitucional es claro que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos (CCC, C-030/08).

Con el fin de aclarar el alcance, a juicio de la Corte Constitucional, el concepto de medida legislativa cubre los actos legislativos ya que considera que la expresión “medidas legislativas” no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cubre todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. Adicionalmente, señala el Tribunal Constitucional que de acuerdo con una interpretación *pro homine*²², la exégesis de la expresión “medidas legislativas” que debe ser escogida, es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del

derecho fundamental de las comunidades étnicas. Por último, asegura que en el derecho constitucional colombiano, la palabra ley no tiene un sentido unívoco y, por lo tanto, el adjetivo legislativo tampoco lo tiene. Es decir, la expresión “medidas legislativas” no puede entenderse que concierne exclusivamente a las leyes en sentido formal; a la hora de hacer la exégesis de dicha expresión para determinar el alcance del derecho de consulta previa, es menester escoger la interpretación que permita hacer realidad el deber estatal de reconocimiento, garantía y promoción de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, así como lograr la efectividad del derecho a la consulta (CCC, C-702/10).

En consecuencia, interpretando lo que ha señalado el Tribunal Constitucional, cuando se desee expedir una medida del orden constitucional, internacional, nacional, departamental o local susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, debe realizarse la consulta previa.

También deben consultarse los Planes de Desarrollo que pueden contener programas, proyectos y presupuestos que inciden de manera directa y específica en los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes que residen en las zonas de aplicación de los mismos. En este caso, la consulta previa debe ser realizada con pleno cumplimiento de todos sus requisitos, porque de lo contrario se presentaría un vicio de inconstitucionalidad, es decir, se estaría violando la Constitución Política de Colombia (CCC, C-461/08).



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

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

Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades, por lo que, aquellas medidas legislativas de carácter general que afectan de forma uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT y que sí interfieran en los intereses de dichas comunidades (CCC, C-175/09).

En cuanto al tema institucional, es necesario mencionar que el decreto 2893 de 2011 (artículo 13.7) dispone que la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior tendrá la función de coordinar y realizar los procesos de consulta previa para la presentación de iniciativas legislativas y administrativas del orden nacional.

Como lo estableceremos más adelante, en nuestro país solo hasta los últimos años se han consultado decisiones legislativas que afectan directamente a los pueblos indígenas. Este derecho era vulnerado y diversas normas de importancia para estos pueblos fueron expedidas sin la garantía de este derecho fundamental.

6.1.1. *TRATADOS INTERNACIONALES*

En relación con los tratados internacionales que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, la Corte Constitucional ha señalado que con el propósito de que se pueda adelantar un verdadero diálogo intercultural, la consulta previa debe llevarse a cabo antes que el Presidente de la República someta el instrumento internacional al Congreso de la República, pudiendo entonces realizarse o bien durante la negociación, por ejemplo, mediante la creación de mesas de trabajo, caso en el cual las comunidades indígenas podrán aportar insumos a la discusión del articulado del instrumento internacional o manifestar sus preocupaciones frente a determinados temas que los afectan; o ya cuando se cuente con un texto aprobado por las partes, es decir, luego de la firma del tratado, caso en el cual la consulta podría llevar a la necesidad de renegociar el mismo.

Lo anterior no significa, por supuesto, que las comunidades indígenas no puedan servirse de los espacios que suelen abrirse durante los debates parlamentarios con el propósito de ilustrar a los congresistas acerca de la conveniencia del instrumento internacional, o que igualmente intervengan ante la Corte al momento de analizarse la constitucionalidad de aquél (CCC, C-615/09).

6.1.2. *LEYES*

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

Cuando en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos distintos del gobierno²³ deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas, según la Corte Constitucional (C-030/08), parecería necesario que el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación²⁴ con los Pueblos y Organizaciones Indígenas. En todo caso, cuando se

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

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

realizan consultas nacionales amplias, existe la necesidad de adoptar un enfoque incluyente, que permita la participación de diversas expresiones organizacionales (OIT, 2013: 15).

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

6.1.3. PLAN NACIONAL DE DESARROLLO



Se subraya la importancia que tiene garantizar el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus prioridades de desarrollo, a través de consultas significativas y eficaces, y de la participación²⁵ de esos pueblos en

25 Artículo 7-1. “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (Convenio núm. 169 de la OIT).

todas las etapas del proceso de desarrollo, especialmente cuando se debaten y deciden los modelos y prioridades de desarrollo nacional y regional. No realizar dichas consultas tiene graves repercusiones para la aplicación y éxito de programas y proyectos específicos de desarrollo, ya que de esta forma resulta poco probable que los mismos reflejen las aspiraciones y necesidades de los pueblos indígenas (CEACR, Observaciones generales sobre el Convenio núm. 169, publicadas en 2009 y 2011).

Sobre este mismo particular, la Corte Constitucional (C-461/08) ha señalado que debe ser consultada la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, cuando ésta contenga proyectos que puedan afectar en forma directa y específica a grupos indígenas o comunidades afrodescendientes. Adicionalmente, establece que la determinación de cuáles son los proyectos o programas incluidos dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que deben agotar el requisito de consulta previa a los pueblos indígenas, es una responsabilidad del gobierno nacional, por ser el respectivo proyecto de ley de su iniciativa. Para este alto tribunal, el derecho a la consulta previa es un mecanismo necesario e indispensable para asegurar que la realización de estos proyectos no afecte en forma irreversible las formas tradicionales de subsistencia de los indígenas dentro de sus territorios, las cuales forman parte integrante de su estructura cultural propia y proveen la base para la preservación y el desarrollo en el tiempo de sus cosmogonías, saberes ancestrales y formas culturales.

Afirma la Corte que, en efecto, el derecho fundamental a la subsistencia de los indígenas se puede ver drásticamente afectado por los cambios abruptos, de índole social, cultural y medioambiental, inducidos por la realización de proyectos en territorios indígenas que no han sido debidamente consultados y sobre cuyas condiciones no se ha llegado a un acuerdo con las comunidades directa y específicamente afectadas.

A lo anterior debemos sumar que la Corte IDH (2007) señaló que, al garantizar la participación efectiva de una comunidad en los planes de desarrollo o inversión que se darán en su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Así mismo, significa

que las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y buscando llegar a un acuerdo.

La Corte Interamericana señala también en esta sentencia, que se debe consultar de conformidad con las propias tradiciones indígenas, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso y que el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. Asimismo, que debe asegurarse que se tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Finalmente, avanza hacia el consentimiento libre, previo e informado que permite a los pueblos indígenas decidir realmente sobre los planes de desarrollo.

A su vez, el gobierno nacional aseguró que “de conformidad con los lineamientos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-461 de 2008, la ley 21 de 1991 que ratifica el Convenio núm. 169 de la OIT, y demás desarrollos normativos asociados a la consulta previa para pueblos étnicos, el Ministerio del Interior definió los lineamientos para el proceso de consulta previa del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, entre ellos, que, ‘es fundamental comprender que lo que debe llevarse a consulta con las comunidades étnicas son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades étnicas y no las generalidades del plan’ (...) el Gobierno Nacional acordó con los delegados a la Mesa Nacional de Concertación con Pueblos Indígenas, la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, y la Comisión Nacional de Diálogo con el Pueblo Gitano o Rom, una ruta específica con cada grupo, para adelantar el proceso de consulta previa teniendo en cuenta que es la primera vez que se lleva a cabo este proceso” (DNP, 2011: 374-375).

A través de la consulta previa al PND se llegaron a unos acuerdos con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, donde se establece que los recursos de la Asignación Especial del Sistema General de Participación de los Resguardos Indígenas, serán de libre destinación

para la financiación de proyectos de inversión debidamente formulados, e incluidos en los planes de vida o de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos indígenas. De igual forma, se establecieron los propósitos, medidas y programas que buscan promover y garantizar el acceso y goce efectivo de los derechos de estas colectividades, que deben tener articulación con los planes de desarrollo territoriales (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, 2012b: 16)²⁶.



6.1.4. JURISPRUDENCIA EN MATERIA LEGISLATIVA

La Corte Constitucional, mediante sus decisiones, ha garantizado en diferentes momentos el derecho fundamental a la consulta previa. Las principales sentencias se presentan en el cuadro No. 4.

²⁶ Una próxima investigación debe establecer mecanismos para evaluar el cumplimiento de estos compromisos.

Dicho listado de sentencias en la materia, nos permite evidenciar en primer lugar la judicialización de este tipo de casos de consulta previa en materia legislativa, a través de las cuales la Corte Constitucional ha ofrecido claridad sobre la consulta previa, en qué casos debe efectuarse y, además, avanza en cuanto al procedimiento y las reglas mínimas a tener en cuenta en su desarrollo.

Así las cosas, a continuación estableceremos la manera como debe efectuarse la consulta previa, teniendo en cuenta que los procedimientos que implemente el Estado, deben estar orientados a instaurar un proceso de diálogo que permita lograr el acuerdo y el consentimiento (YRIGOEYEN, 2009: 28).

6.1.5. PROCEDIMIENTO DE LAS CONSULTAS PREVIAS EN MEDIDAS LEGISLATIVAS

De acuerdo con la Guía para la aplicación del Convenio núm. 169, un proceso mediante el cual los gobiernos consultan a sus ciudadanos sobre propuestas de política o de otra índole, debe dar a los que son consultados, la oportunidad de manifestar sus puntos de vista e influenciar la toma de decisión.

La Corte Constitucional colombiana ha dado algunos elementos importantes a tener en cuenta para desarrollar el proceso de consulta previa, el cual debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en donde se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades y pueblos indígenas, las bases del procedimiento participativo. De esta manera se preservan las especificidades culturales de dichos pueblos, que se verían afectadas con la imposición de determinada modalidad de trámite consultivo.

CUADRO No. 4. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE CONSULTA PREVIA EN MEDIDAS LEGISLATIVAS

SENTENCIA	MEDIDA LEGISLATIVA
C-169 de 2001	Proyecto de ley No. 025/99 Senado y 217/99 Cámara (Circunscripción Electoral Comunidades Negras).
C-418 de 2002	Artículo 122 de la ley 685 de 2001 (Zonas Mineras Indígenas).
C-891 de 2002	Ley 685 de 2001 (Código de Minas).
C-620 de 2003	Ley 773 de 2002 (por la cual se dictan normas relativas a la administración, fabricación, transformación, explotación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas ubicadas en el municipio de Manaure, Guajira y Salinas de Zipaquirá y se dictan otras disposiciones).
C-245 de 2004	Artículos 2 y 12 de la ley 785 de 2002 (por la cual se dictan disposiciones relacionadas con la administración de bienes incautados en aplicación de leyes 30 de 1986 y 333 de 1996).
T-382 de 2006	Presentación del proyecto de ley No. 25 de 2004 (Ley General Forestal).
C-208 de 2007	Decreto 1278 de 2002 (Estatuto de Profesionalización Docente).
C-030 de 2008	Ley 1021 de 2006 (Ley General Forestal).
C-461 de 2008	Ley 1151 de 2007 (Plan Nacional de Desarrollo).
C-750 de 2008	Ley 1143 de 2007 (Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas y sus entendimientos).
C-175 de 2009	Ley 1152 de 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural).
C-615 de 2009	Ley 1214 de 2008 (Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las poblaciones indígenas Wayúu).
C-063 de 2010	Artículo 14 de la ley 1122 de 2007. (Organización del aseguramiento en el Sistema General de Seguridad Social en Salud).
C-608 de 2010	Ley 1363 de 2009 (Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia y Canje de Notas).
C-702 de 2010	Acto Legislativo 001 de 2009 (Personería Jurídica Circunscripción Especial de Minorías Étnicas).

C-915 de 2010	Ley 1360 de 2009 (Acuerdo sobre medio ambiente entre Canadá y la República de Colombia hecho en Lima (Perú), firmado el veintiuno (21) de noviembre de 2008”, el “Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009 por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo sobre medio ambiente entre Canadá y la República de Colombia).
C-941 de 2010	Ley 1372 de 2010 (Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los de la AELC; Memorando de Entendimiento relativo al Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los de la AELC; Canje de Notas respecto del Capítulo 4º del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los de la AELC; Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la Confederación Suiza; Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la República de Islandia; Acuerdo sobre Agricultura entre el Reino de Noruega).
C-027 de 2011	Ley 1254 de 2008 (Convenio Básico de Cooperación Técnica y Científica entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República de Colombia).
C-187 de 2011	Ley 1411 de 2010 (Acuerdo en materia de informes anuales sobre derechos humanos y libre comercio entre la República de Colombia y Canadá).
C-366 de 2011	Ley 1382 de 2010 (Modifica el Código de Minas).
C-490 de 2011	Proyecto de Ley Estatutaria No. 190/10 Senado – 092/10 Cámara (Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones).
C-882 de 2011	Acto Legislativo 2 de 2009 (Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política sobre el porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas).
C-937 de 2011	Ley 115 de 1994 (por la cual se expide la Ley General de Educación).
C-051 de 2012	Ley 1457 de 2011 (Protocolo modificadorio al Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela).
C-196 de 2012	Ley 1458 de 2011 (Convenio Internacional de Maderas Tropicales).
C-293 de 2012	Ley 1461 de 2011 (Acuerdo sobre el establecimiento de la Red Internacional de Bambú y Ratán).
C-317 de 2012	Acto Legislativo 5 de 2011 (Sistema General de Regalías).
C-318 de 2012	Acto Legislativo 5 de 2011 (Sistema General de Regalías).
C-331 de 2012	Artículos 106 y 276 Inciso 3 de la ley 1450 de 2011 – PND.

C-398 de 2012	Artículos 106, 107 y 112 de la ley 1450 de 2011 – PND.
C-540 de 2012	Proyecto de Ley Estatutaria No. 263/11 Senado y 195/11 Cámara (Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones).
C-641 de 2012	Ley 1438 de 2011 (Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones).
C-765 de 2012	Proyecto de ley Estatutaria No. 092 de 2011 Cámara – 167 de 2011 Senado. (Por medio de la cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad).
C-767 de 2012	Ley 1516 de 2012 (por medio de la cual se aprueba la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, firmadas en París el 20 de octubre de 2005).
C-822 de 2012	Ley 1512 (Por medio de la cual se aprueba la ‘Convención del Metro’, firmada en París el 20 de mayo de 1875 y modificada el 6 de octubre de 1921 y ‘Reglamento Anexo’).
C-943 de 2012	Decreto 3573 de 2011 (Por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA- y se dictan otras disposiciones).
C-068 de 2013	Ley 1530 de 2012 (Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías y, en específico, frente al artículo 156 de dicha ley).
C-194 de 2013	Ley 1482 de 2011 (Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones).
C-253 de 2013	Demanda de inconstitucionalidad parcial contra la expresión “comunidades negras” contenidas en Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”, la Ley 649 de 2001 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”, el decreto 1332 de 1992, “Por el cual se crea la comisión especial para las comunidades negras, de que trata el artículo transitorio No. 55 de la Constitución Política, sobre el reconocimiento de los derechos territoriales y culturales; económicos, políticos y sociales del pueblo negro de Colombia; y se establecen las funciones y atribuciones de la misma” y el decreto 2374 de 1993 “Por el cual se adiciona el decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”.

Fuente: Elaboración propia.

En tal sentido, la Corte ha considerado que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio núm. 169 de la OIT y al artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán, ante todo, garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones (CCC, C-175/09).

Así las cosas, el alto Tribunal Constitucional ha planteado unos requisitos para la consulta previa en materia legislativa, la cual considera que tiene unas características especiales y que debe sustituirse con un proceso participativo que de manera general se cumpla con los siguientes requisitos: (a) poner en conocimiento el proyecto de ley a las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas; (b) ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y, (c) darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo (CCC, C-175/09). De manera reiterada esta corporación ha señalado estos requisitos y ha planteado que además se deben haber propiciado espacios y escenarios de discusión que sean apropiados para el conocimiento de la norma y para la realización de la consulta previa (CCC, C-030/08).

Algo muy importante a tener en cuenta es que la consulta previa se debe hacer con el pueblo indígena en general, no solamente con sus instancias de representación o con la Mesa Permanente de Concertación y debe resaltarse que, como lo ha señalado la jurisprudencia, la omisión de consulta previa es un vicio de forma que se proyecta sobre el contenido de la medida legislativa respectiva y que, por tanto, puede viciar la constitucionalidad de un acto legislativo. En efecto, aunque la consulta es un procedimiento dirigido a garantizar derechos fundamentales, no por ello abandona su naturaleza procedimental (CCC, C-702/10).

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

Llaman la atención las últimas sentencias de la Corte Constitucional (C-196/12 y C-317/12), en especial porque encontramos un cambio en la posición de este Tribunal en cuanto a la garantía del derecho a la consulta previa, al precisar que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa susceptible de afectar a las comunidades étnicas, sino sólo frente a aquellas que puedan afectarlas de manera DIRECTA O ESPECÍFICA²⁷ en su condición de tales. Se resalta el hecho que estas sentencias presentan salvamentos de voto, entre los cuales está el del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, quien sostiene que dicha decisión implica una INVOLUCIÓN constitucional en materia de consulta previa a comunidades étnicas cuando éstas resultan afectadas directamente por leyes aprobatorias de tratados internacionales. En este mismo sentido, el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva aseguró que esta modalidad de decisión de la Corte termina por configurar un déficit de protección del derecho fundamental a la consulta previa a tales pueblos de identidad étnica y cultural diversa (CCC, C-196/12).

No obstante los avances que se han presentado a través de las providencias de la Corte, debemos manifestar que en el caso de la sentencia referida al Acto Legislativo No. 5 de 2011 por el cual se constituye el Sistema General de Regalías (Sentencia de Constitucionalidad C-317/12), se menciona que la jurisprudencia constitucional ha seguido un curso uniforme y pacífico en el sentido de proveer distintos criterios hermenéuticos, una metodología y unos lineamientos constitucionales para determinar, en cada caso concreto, si una medida legislativa surte un IMPACTO DIRECTO, ESPECÍFICO Y PARTICULAR²⁸ sobre los grupos étnicos del país, de manera tal que con respecto a ella sea obligatorio cumplir con el derecho a la consulta previa, en forma plenamente respetuosa de los estándares trazados por la jurisprudencia interamericana y la jurisprudencia constitucional al respecto (CCC, C-317/12).

Se debe resaltar que tanto la normatividad como la jurisprudencia han señalado que la consulta previa es obligatoria cuando una medida legislativa

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

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

afecta directamente a los pueblos indígenas. Esos nuevos términos que aplica la Corte Constitucional en estas dos últimas sentencias: “afectación directa o específica” e “impacto directo, específico y particular” son a todas luces restrictivos del derecho y ponen en riesgo el derecho fundamental. En este sentido, la Corte Constitucional es regresiva en la garantía y protección del derecho a la consulta previa, como lo plantea el ex presidente del Congreso de la República, quien al momento de esta investigación se desempeña como Ministro de Minas, Amylkar D. Acosta Medina (2012) en un documento inédito titulado “Los Avatares”.



Finalmente debemos resaltar con preocupación que recientemente la Corte Constitucional hizo referencia a tres elementos fundamentales de la consulta (CCC, C-253/13):

- (1) Con respecto a la obligatoriedad, estableció que la consulta no procede para todas las medidas legislativas, sino solamente para aquellas susceptibles de afectar directa y específicamente a los grupos étnicos, independientemente de que el efecto en las comunidades sea positivo o negativo.

- (2) En cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar para la realización de la consulta, reiteró que si bien ni el Convenio ni la Constitución definen el procedimiento aplicable, este deberá atender a criterios de flexibilidad y al principio de buena fe. Así, el Estado está llamado a establecer las condiciones para efectuar consultas efectivas y conducentes, “*sin términos perentorios ni condiciones ineludibles*”. La idea de la consulta es posibilitar la concertación de manera oportuna para que las intervenciones sean útiles, y con voceros representativos. La oportunidad de la consulta es claramente anterior a la radicación del proyecto, sin embargo el proceso participativo continúa en el Congreso con los representantes elegidos por las comunidades. En cualquier caso es responsabilidad del Gobierno promover la consulta en casos que sean de su iniciativa o ponerla en conocimiento de los órganos representativos competentes de las comunidades cuando no sean proyectos propios.
- (3) La consecuencia de omitir el deber de consulta previa se traduce en el incumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado con el Convenio núm. 169 de la OIT; igualmente supone el desconocimiento de la Constitución y por ello puede solicitarse el amparo de este derecho mediante la acción de tutela. Tratándose de leyes, la omisión de la consulta previa produce la declaración de inconstitucionalidad de una ley, o la declaratoria de constitucionalidad condicionada excluyendo de su ámbito de aplicación los grupos étnicos afectados, o la declaración de una omisión legislativa por no haber previsto medidas orientadas a estas comunidades.

En dicha providencia la Corte considera que, si bien antes de la sentencia C-030 de 2008 la jurisprudencia había desarrollado claros criterios de procedibilidad de la consulta previa de medidas legislativas, la citada sentencia constituye el precedente más relevante en esta materia. En efecto, no solo se amplió la posibilidad de la consulta a otras medidas legislativas diferentes a las relacionadas con explotación de recursos naturales en territorios de los grupos étnicos, sino que se sistematizaron los requisitos y criterios para su implementación y, lo más importante, se definieron claramente los efectos, o bien la inexecutable, exequibilidad parcial o declaración de omisión legislativa, en los casos

en los que no se efectuara la consulta. La reiteración de este precedente en sentencias posteriores pone de manifiesto la relevancia del mismo (CCC, C-253/13).

De lo anterior se desprende según la Corte Constitucional que, a partir de la sentencia C-030 de 2008, le es exigible al Legislador la obligación de realizar un procedimiento no previsto en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Congreso, como requisito para tramitar medidas legislativas. Termina el Tribunal por señalar que exigir al Legislador el cumplimiento de un trámite no regulado en el ordenamiento jurídico antes de que se desarrollara el alcance de ciertas reglas procedimentales por vía jurisprudencial, significaría el desconocimiento de principios de especial relevancia constitucional y democrática.

- (i) En primer lugar, se violaría el principio de seguridad jurídica entendido como la exigencia de certeza, consistencia, confiabilidad y previsibilidad del derecho, gracias al cual se generan expectativas legítimas fundadas en la aplicación e interpretación de las medidas legislativas.
- (ii) Lo anterior se encuentra íntimamente relacionado con el principio de legalidad de acuerdo con el cual *“no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”*.
- (iii) Asociado al principio de legalidad, se advierte el desconocimiento del principio democrático, fundamentado a su vez en los principios de participación y representación política, base del Estado Social y Democrático de Derecho ya que, al admitir la exigibilidad de una regla procedimental inexistente en el momento de la expedición de una medida legislativa, se estaría invalidando la decisión mayoritaria del Congreso.

En consecuencia y por las razones aludidas, la Corte adoptará una línea jurisprudencial en materia de exigibilidad de la consulta previa, respecto de medidas legislativas o administrativas anteriores a la sentencia C-030 de 2008. En adelante, este parámetro de control de constitucionalidad, se aplicará exclusivamente a aquellas leyes y medidas tramitadas con posterioridad a la citada sentencia (CCC, C-253/13).



6.2. LA CONSULTA PREVIA EN MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

En el caso de medidas administrativas, es decir, aquellas proferidas por el conjunto de entidades pertenecientes a la rama ejecutiva en ejercicio de su función administrativa, la consulta previa aplica cuando se ejecutan actos específicos o individuales que puedan afectar o interesar a los pueblos indígenas, como es el caso de las licencias, autorizaciones o permisos ambientales; las concesiones, la ejecución de un programa de fumigación de cultivos ilícitos o la contratación de una obra, etc. (CCC, T-382/06).

Como previamente se planteó, la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación (artículo 330, CP).

En materia de decisiones administrativas de carácter ambiental, es decir, aquellos casos relacionados con proyectos, recursos naturales y el ambiente, es importante mencionar que se deben promover procesos de participación como un reconocimiento a la protección que de manera milenaria han dado los pueblos indígenas a sus territorios y recursos. Sobre el particular, la Declaración de Río de Janeiro señaló que las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo, debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible (Principio 22).

En este tipo de procesos administrativos ambientales, se debe realizar la consulta previa, entre otros casos, cuando:

- Se proyecte otorgar autorizaciones para realizar proyectos o utilizar recursos naturales renovables en sus territorios;
- Se vayan a ejecutar proyectos de exploración, prospección y explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios. En este sentido, la OIT ha señalado que las disposiciones sobre los estudios de evaluación de impacto y la consulta se aplican no sólo a la explotación concreta de los recursos, sino también en la fase de prospección. Esto implica que los pueblos indígenas deberán ser informados y consultados, y que deberán participar desde el inicio mismo de una intervención planeada, incluso antes de que se otorguen concesiones o licencias a los operadores (OIT, 2013: 23);
- Se tramiten procesos administrativos ambientales que puedan afectarles, como por ejemplo licencias ambientales para la realización de proyectos, obras o actividades, o permisos ambientales para la utilización de recursos naturales, así como las modificaciones de los mismos;

- Se pretendan adoptar los regímenes especiales de manejo o autorizar los Planes de Manejo Ambiental, en el caso de traslape de parques nacionales con territorios indígenas;
- Se proyecte la aprobación de los Planes de Manejo Ambiental;
- En los procesos de investigación científica y acceso a recursos genéticos;
- Para la sustracción de reservas forestales en territorios indígenas; y
- Cualquier decisión ambiental que afecte directamente a los pueblos indígenas y demás grupos étnicos:

La participación reviste una trascendental importancia en asuntos ambientales, dado que la protección del ambiente es tarea primordial tanto de las personas como del Estado y del sector productivo. Al respecto, la misma Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo reconoció que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales consiste en que participen todos los ciudadanos interesados, en el plano que corresponda. En el nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes (Principio 10).

En este contexto, para la Corte Constitucional (C-175/09), el procedimiento de consulta es, ante todo, un instrumento para garantizar la participación efectiva de las comunidades tradicionales en los asuntos que las afectan, a través de un escenario dirigido a proteger sus derechos fundamentales. En tal sentido, simples trámites administrativos que tiendan a permitir el ejercicio del derecho a la defensa de las comunidades respecto a las medidas adoptadas, o esfuerzos extemporáneos por parte del gobierno nacional para cumplir con dicho procedimiento, no satisfacen el deber de consulta previa.



6.2.1. LICENCIAS AMBIENTALES

En cuanto a las licencias ambientales, se debe realizar consulta previa cuando se vaya a dar una autorización para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje. Dicha licencia sujeta al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada.

Actualmente, el decreto 2820 de 2010, señala que entre otras se requiere licencia ambiental cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades como:²⁹

²⁹ Dichas actividades están relacionadas con los siguientes sectores: hidrocarburos, minero; construcción de presas, represas o embalses; eléctrico; marítimo y portuario; construcción y operación de aeropuertos nacionales e internacionales y de nuevas pistas en los mismos; ejecución de obras públicas; construcción y operación de distritos de riego y/o de drenaje; producción de pesticidas y la importación de los mismos en algunos casos específicos. Es importante aclarar que los proyectos que requieran licencia ambiental para aprovechamiento y explotación de recursos naturales en territorios indígenas deben cumplir con la consulta previa y que también en los proyectos de exploración sísmica (búsqueda de petróleo y gas),

1. La importación y/o producción de aquellas sustancias, materiales o productos sujetos a controles por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales de carácter ambiental, salvo en aquellos casos en que dichas normas indiquen una autorización especial para el efecto. Tratándose de Organismos Vivos Modificados - OVM, se aplicará en su evaluación y pronunciamiento únicamente el procedimiento establecido en la ley 740 de 2002 y en sus decretos reglamentarios,
2. Los proyectos que afecten las Áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales señalados por el mismo decreto 2820 de 2010,
3. Los proyectos, obras o actividades a realizarse al interior de las áreas protegidas públicas,
4. Los proyectos que requieran trasvase de una cuenca a otra con corrientes de agua,
5. La introducción al país de parentales, especies, subespecies, razas, híbridos o variedades foráneas con fines de cultivo, levante, control biológico, reproducción y/o comercialización, para establecerse o implantarse en medios naturales o artificiales, que puedan afectar la estabilidad de los ecosistemas o de la vida silvestre.

Así las cosas y como ya se ha mencionado, el concepto de la consulta a las comunidades y pueblos indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de un proyecto o por la exploración o explotación de los recursos naturales, comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común. En dichos casos, una reunión de mera información o socialización no se puede considerar en conformidad con lo dispuesto con el Convenio núm. 169. Además, es importante mencionar que la obligación de asegurar que las consultas tengan lugar de manera compatible con los

aunque no requieren de licencia ambiental, si deben cumplir con la obligación de garantizar este derecho fundamental de la consulta.

requisitos establecidos en el convenio, es una obligación a cargo de los gobiernos y no de personas o empresas privadas dueñas de los proyectos (CEACR, 2005).

Sobre el particular, asegura la Corte Constitucional (SU-039/97) que la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades. Sobre la materia, la jurisprudencia ha establecido que la consulta, se trata de un proceso cualitativamente diferente, de naturaleza constitucional, orientado a salvaguardar derechos fundamentales celosamente protegidos por la Carta Política; de este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades y pueblos indígenas.

En este orden de ideas, no tendrán valor de consulta previa la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales, ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente; ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al gobierno nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes afectadas (CCC, C-175/09).



6.2.2. PERMISOS Y AUTORIZACIONES AMBIENTALES

De igual forma se debe realizar la consulta previa cuando se vaya a otorgar un permiso o una autorización para la utilización de los recursos naturales y con este proceso se afecte directamente a los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. Entre estos procesos tenemos los siguientes permisos o autorizaciones: aprovechamiento de árboles aislados; aprovechamiento forestal persistente y forestal único; concesión de aguas subterráneas o superficiales; construcción de obras hidráulicas o para la protección de cauces; vertimientos; explotación de cantera; sustracción de reservas forestales; Plan de Manejo Ambiental y cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales.

6.2.3. PERMISOS DE INVESTIGACIÓN³⁰ Y ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS

Es indispensable resaltar que también se debe realizar la consulta previa cuando se pretenda realizar procesos de investigación científica

³⁰ Es importante resaltar que recientemente el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible expidió dos decretos; el primero (decreto 1375 de 2013), por el cual se reglamentan las colecciones biológicas, su administración y funcionamiento, los derechos y obligaciones de los titulares y el procedimiento de registro ante el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos "Alexander von Humboldt". Y el segundo (decreto 1376 de 2013), mediante el cual se reglamenta el permiso de recolección de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de investigación científica no comercial.

o arqueológica en territorios indígenas. En el primer caso, cuando por ejemplo se proyecten adelantar investigaciones en cuanto a recursos biológicos que involucre alguna o todas las actividades de colecta, recolecta, captura, caza, pesca, manipulación del recurso biológico y su movilización en el territorio nacional. En el segundo caso, cuando se planeen realizar investigaciones que involucren actividades de prospección, excavación y restauración. Además cuando se deseen efectuar actividades en áreas arqueológicas.

También debe efectuarse consulta previa para autorizar el acceso a recursos genéticos con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial. El acceso implica la obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones *ex situ* e *in situ*, de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles, con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial (Decisión 391 de la CAN).

Estas consultas se adelantan en el país sólo a partir del año 2006 (véase anexo No. 1), especialmente con centros de educación superior.



6.2.4. PROYECTOS REDD+

Se denomina REDD+ o REDD Plus, al mecanismo para la reducción de emisiones derivadas de la deforestación y la degradación forestal, además de la conservación, el manejo sostenible y el mejoramiento del almacenamiento de carbono de los bosques en los países en desarrollo. Corresponde entonces, a los incentivos económicos derivados del almacenamiento de carbono en los bosques para la reducción de emisiones, que podría considerarse en últimas una forma de pago por servicios ambientales. La propuesta REDD+, tiene que ver con las acciones de adaptación y mitigación frente al cambio climático, la cual inicialmente surge como un mecanismo para atender esta problemática, pero luego se presenta como un esfuerzo para mantener en pie los bosques naturales que están siendo amenazados en el planeta y que en lo fundamental, plantea incentivos económicos para que aquellos lugares que tienen abundantes bosques pero que son menos desarrollados, se logre reducir su deforestación y degradación.

Es importante mencionar que, en el contexto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático nace el reconocimiento de la importancia de los bosques como depósitos naturales de gases de efecto invernadero, ocasionados por las actividades antropogénicas, al igual que la imperiosa necesidad de crear políticas públicas locales y globales, dirigidas a mitigar los impactos del cambio climático.

De esta manera surgen los primeros debates que darían origen a la iniciativa REDD, generando una nueva propuesta de acción que permite aprovechar incentivos provenientes de la deforestación evitada. En las discusiones internacionales se ha adicionado un nuevo componente a REDD, de manera que se ha empezado a presentar como REED+ (REED Plus). Aunque no hay consenso sobre los alcances del “+”, en Colombia se ha pretendido dar una mayor atención hacia actividades relativas a la conservación. Así las cosas, los proyectos REDD y REDD+, se constituyen en una de las estrategias fundamentales del actual gobierno para combatir este fenómeno, consignada en el Plan Nacional de Desarrollo, lo cual es un esfuerzo que hace el país para desarrollar estrategias que permitan

controlar la deforestación, la degradación y así, garantizar mantenimiento de la cobertura forestal y en consecuencia, la protección de la biodiversidad (ORTEGA, GARCÍA, RUIZ, SABOGAL y VARGAS, 2010: 2-3).

Este tema tiene una gran importancia para los pueblos indígenas, dado que en sus territorios se encuentran los ecosistemas boscosos de mayor protección en el país. De ahí que gran parte del éxito de la conservación de los bosques se debe al manejo adecuado que tradicionalmente estos pueblos hacen de estas áreas (ORTEGA, GARCÍA, RUIZ, SABOGAL y VARGAS, 2010: 15). Acceder a los recursos o beneficios que se ofrecen a las comunidades y pueblos indígenas mediante los proyectos REDD+, implica la realización de procesos de consulta previa dado que dichos mecanismos afectan directamente a estas comunidades, sus derechos y el uso efectivo y tradicional de sus territorios a cambio de recibir recursos económicos por ello.

Deben consultarse estos contratos, los cuales han sido llamados por el MADS como “emprendimientos tempranos REDD+”, ya que algunos derechos de los pueblos indígenas se encuentran en riesgo de ser vulnerados al suscribirlos (derecho a la autonomía, al territorio, al uso de los recursos naturales, entre otros).

Adicionalmente deberán ser consultadas todas las iniciativas de políticas públicas REDD+ que puedan comprometer a los pueblos indígenas, pues en la medida en que se logre una participación real, teniendo en cuenta lo establecido por la Constitución Nacional, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Convenio núm. 169 de la OIT y la Ley General Ambiental, se podrá garantizar transparencia, seriedad y protección de la cultura y forma de vida ancestral de estas colectividades, en este proceso de construcción de políticas en el país.

La complejidad de la construcción de las políticas públicas REDD+ nace de un componente internacional, dado que en el mundo no se han definido reglas ni procedimientos frente al tema, lo que indica que no existe una base externa que guíe el desarrollo REDD+ en Colombia.

Por otra parte, en el país se presenta el inconveniente de la existencia de marcos normativos que regula el tema de los recursos naturales,

pues estos no fueron creados para que funcionen mercados de servicios ambientales³¹, lo que dificulta la coherencia que debe existir entre las políticas públicas REDD+ que se creen y la mencionada normatividad. Por lo anteriormente expuesto, en la actualidad el MADS ha buscado ayuda externa a través de la elaboración y presentación de dos proyectos a organizaciones internacionales, por medio de los cuales pretende la construcción de un proceso de salvaguardas ambientales y sociales para el desarrollo de REDD+ en el país, que sea consecuente con las preocupaciones y planteamientos expresados por los actores involucrados REDD+ en Colombia. Además busca la construcción de una propuesta de marco jurídico, que adopte una gestión integral de los recursos naturales y los servicios ecosistémicos, teniendo en cuenta los derechos de las comunidades de los bosques. Al parecer el desarrollo de estos proyectos fortalecerían los componentes legales e institucionales de la preparación de la Estrategia Nacional REDD+ - ENREDD+, de tal manera que permitiría un desarrollo de políticas públicas acordes con las exigencias que se desprenden de este tipo de iniciativas de conservación de bosques en el país.

Por último, debe aclararse que hasta febrero del año 2013, el gobierno nacional no había establecido un marco de políticas públicas para regular REDD+, no obstante que el MADS ha adelantado esfuerzos para concretar políticas, la realidad es que luego de un largo tiempo de discusiones, reuniones, conversatorios, análisis, estudios, etcétera, realizados en diferentes espacios por los actores involucrados, nos encontramos enfrentados a muchas dudas y necesidades insatisfechas, las cuales estamos en la obligación de resolver y satisfacer, si se pretende llevar a feliz término la construcción de políticas públicas y las futuras ejecuciones de los proyectos REDD+ teniendo en cuenta los derechos, las expectativas y los intereses propios de los pueblos indígenas.

31 Un mercado de carbono es un espacio donde se compran y se venden diferentes productos, en este caso, unos bonos o certificados que se le entregan a quienes han implementado proyectos de mitigación de gases de efecto invernadero y han cumplido con los requisitos para que se les expida estos documentos (ORTEGA, GARCÍA, SABOGAL y MÚNERA, 2011: 19)

Es importante mencionar que no se ha efectuado hasta la fecha ninguna consulta previa con relación a este tema, no obstante que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible se encuentra preparando el documento de estrategia REED+ en Colombia. Existe gran preocupación y desconfianza con la implementación de este tipo de proyectos, en especial por la posibilidad que las empresas privadas puedan acceder a los territorios colectivos y que los contratos que se suscriban terminen por afectar las dinámicas del uso tradicional de los bosques y en la autonomía de los pueblos indígenas³².

6.2.5. ERRADICACIÓN DE CULTIVOS DE USO ILÍCITO³³



También se debe consultar previamente, cuando se decida erradicar cultivos de uso ilícito en los territorios colectivos, ya sea de manera manual

32 Se sugiere ver para profundizar en el debate: Iniciativa para los Derechos y Recursos – RRI (2007), (ORTEGA, GARCÍA, RUIZ, SABOGAL y VARGAS, 2010), Colectivo de Trabajo Jenzerá (2011).

33 En diversos textos se habla de “cultivos ilícitos”, término que es preciso cuestionar: la coca (igual que otros cultivos) es tradicional y en los pueblos indígenas es una planta sagrada. Lo ilícito es el uso que se hace de ella para fabricar productos como la cocaína. En consecuencia, en esta investigación hablaremos de “cultivos de uso ilícito”.

o por fumigaciones. Los pueblos indígenas ante las afectaciones que se presentaban cuando se efectuaban fumigaciones de cultivos de uso ilícito en su territorio, instauraron una acción de tutela a través de la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) contra la Presidencia de la República y otras instituciones que tienen competencia en esta materia. La Corte Constitucional mediante Sentencia de Unificación SU-383/03 tuteló el derecho de estas colectividades.

La OPIAC demandaba la protección de sus derechos a la vida, existencia comunitaria, ambiente sano, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso y derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, que estarían siendo quebrantados por los accionados al ordenar y autorizar la fumigación de cultivos ilegales, en sus territorios. Esta acción tiene que ver con el hecho de que los cultivos ilícitos afectan directamente a los grupos indígenas, al considerarlos productores directos o ser utilizados como manos de obra dentro de algunas etapas del proceso. Hay igualmente una afectación a los resguardos y/o territorios indígenas por el establecimiento de los cultivos o por las fumigaciones de los mismos.

La Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación SU-383/03, tuteló los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales por el tema de fumigación de cultivos de coca, ordenando consultar previamente, de manera efectiva y eficiente a los pueblos cuando se van a realizar estas actividades. En este fallo, se hizo referencia a la protección de los valores culturales, económicos y sociales de los pueblos indígenas y tribales, que aún subsisten en el territorio nacional, considerando que es un asunto de interés general en cuanto comporta el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y la existencia misma del Estado social de derecho y puntualiza que la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los mismos en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor.

Para este Tribunal Constitucional (SU-383/03), los pueblos indígenas tienen derecho a mantener sus plantaciones y considera en consecuencia, que sin la consulta previa no resulta posible:

- Maximizar el grado de autonomía que requieren los pueblos indígenas para conservar su integridad étnica y cultural.
- Determinar para cuáles pueblos indígenas y tribales la coca es una planta sagrada, y deberá seguir siéndolo dadas las implicaciones que en su cultura tiene ésta concepción.
- En qué casos del cultivo de la coca depende la supervivencia del pueblo, dada la modalidad de sombrío que la plantación brinda a las otras plantaciones en algunas regiones y épocas.
- Lo trascendente de la utilización de la planta de coca en sus prácticas curativas y rituales (CCC, T-377/94).

Sobre este particular la Procuraduría General de la Nación – PGN (2011: 32) ha resaltado como la Corte Constitucional ha establecido que los pueblos indígenas y tribales deben ser consultados, sobre el programa de erradicación de cultivos ilícitos que las entidades accionadas adelantan en sus territorios, “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas”, corresponde determinar si la seguridad interna, el carácter ilícito de las plantaciones que se pretenden erradicar, y los compromisos internacionales del Estado en la lucha contra el narcotráfico, pueden ser utilizados por las autoridades accionadas como criterios válidos de omisión o flexibilidad en la aplicación de la consulta. Se debe realizar la consulta previa en estos casos con los pueblos indígenas para la erradicación de cultivos de uso ilícito de manera que se puedan determinar: la importancia de los cultivos en sus prácticas tradicionales; el procedimiento adecuado para la erradicación de cultivos ilícitos; los intereses en conflicto con los intereses colectivos y, la garantía de concertación entre el Estado y la comunidad indígena en torno a la erradicación.

Así las cosas, desde el año 2005 se iniciaron las consultas previas en Colombia, en los casos de programas de erradicación y de fumigaciones de cultivos de uso ilícito, como puede establecerse en el anexo No. 2 que muestra que se han efectuado consultas previas en los departamentos del Cauca, Guaviare, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Vichada y Vaupés.

6.2.6. EL INGRESO DE LAS FUERZAS ARMADAS



En este punto se debe resaltar en primer lugar que, se ha expedido la Directiva Permanente No. 16 de 2006 del Ministerio de Defensa, cuyo objetivo es fortalecer la política de reconocimiento, prevención y protección de los derechos humanos de las comunidades de los pueblos indígenas del país por parte de la Fuerza Pública. En esta directiva se señala que los miembros de la Fuerza Pública están obligados a dar estricto cumplimiento a las normas internas e instrumentos internacionales de protección a los Derechos Humanos y respeto al Derecho Internacional Humanitario.

En el marco de la política ministerial de protección de los derechos humanos de las comunidades étnicas, se expide esta Directiva, en

cuya aplicación y desarrollo, los militares y policías tendrán en cuenta que, tratándose de comunidades y pueblos indígenas, el concepto de derechos humanos tiene connotaciones especiales en tanto que se refiere a garantías para la existencia digna y autónoma de colectividades, es decir, que se trata de un concepto integral y esencialmente de tipo colectivo.

Según el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, de manera reiterada los pueblos indígenas de Colombia han denunciado la ocupación de escuelas, cabildos, sitios sagrados y viviendas de la población indígena, por miembros de la Fuerza Pública. El Relator Especial sobre el particular ha señalado la necesidad de consultar e intentar concertar con los pueblos indígenas afectados, todas las condiciones de cualquier presencia militar dentro de sus territorios. Considera que es de suma importancia que la autonomía y las estructuras tradicionales de toma de decisiones dentro de las comunidades indígenas sean respetadas en todo momento (ONU, 2010).

Adicionalmente, el Relator Especial recuerda que la DNUDPI en su artículo 30 párr. 2 señala que los Estados deberán celebrar consultas eficaces con los pueblos indígenas, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

Más recientemente, el Relator Especial al referirse a la situación de los pueblos indígenas en el norte del Cauca, que han sido afectados por el conflicto armado entre grupos irregulares de las FARC y la Fuerza Pública, hace referencia a su preocupación por la información que había recibido en su momento, la cual indicaba la vulnerabilidad continua del pueblo Nasa y otros pueblos indígenas frente a la presencia militar y los enfrentamientos armados dentro de sus territorios. En consecuencia, recuerda al gobierno los compromisos adquiridos a través de la DNUDPI y señala que el Estado colombiano siempre deberá buscar alternativas al uso de territorios indígenas para instalaciones o actividades militares, a no ser que lo hayan solicitado los mismos pueblos indígenas.

Para el Relator Especial, la DNUDPI prevé excepcionalmente la presencia militar en territorios indígenas si existe un “interés público pertinente”. Al respecto observa que el interés público pertinente no es equivalente a los intereses transitorios que definen las estrategias y tácticas militares, sino que engloba el interés social mayor, inclusive el interés social en asegurar el bienestar de los pueblos indígenas, dentro de un contexto de derechos humanos. Por lo tanto, considera necesario tomar plenamente en cuenta los intereses de seguridad y de bienestar de los pueblos indígenas afectados, junto con los intereses del pueblo indígena colombiano en su totalidad, en establecer las condiciones de una paz digna, como parte de la evaluación sobre si existe o no un interés público suficiente para justificar una presencia militar.

Finalmente, considera el Relator Especial que si, además, aún si se estableciera el interés público para justificar la presencia militar en territorios indígenas, se requiere una consulta previa con los pueblos indígenas interesados para establecer las condiciones de esa presencia. Con base en estas apreciaciones, se debe dar cumplimiento tanto a los derechos a la autonomía, al territorio y a la jurisdicción especial como a la consulta libre, previa e informada.

Se destacan en este caso las consultas previas impulsadas en el Vaupés con las comunidades de San Francisco de Asís, Siete de Agosto y Belarmino Correa para la Construcción del Batallón de Infantería Alfonso Vásquez Cobo (2009 y 2011). En este contexto, en ejercicio de la autonomía y el derecho efectivo al territorio, consideramos pertinente garantizar el derecho a la consulta previa cuando vayan a incursionar las fuerzas armadas a los territorios de estos pueblos.

En especial, garantizarlo cuando esas incursiones obedecen a tareas de patrullaje en estas zonas. En los talleres propios de esta investigación, los pueblos indígenas señalaron que los miembros de estas fuerzas ingresaban a sus territorios sin autorización y sin consulta, se instalaban dejando basura en sus territorios y afectando las dinámicas sociales de sus comunidades.

Señalaban además que después de un tiempo, en algunos de sus territorios nacían niños o niñas cuyos padres eran miembros de las fuerzas

armadas, que nunca más volvían a las zonas. Sobre este particular profirió la Corte Constitucional el Auto 004 de 2009.



6.2.7. REPARACIÓN INTEGRAL Y RESTITUCIÓN DE DERECHOS

En el marco del decreto ley 4633 de 2011³⁴, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, se señala que se deben consultar entre otras las siguientes medidas:

El Plan Integral de Reparación Colectiva para pueblos y comunidades indígenas³⁵, el cual se debe desarrollar de buena fe con la finalidad de

34 Es importante mencionar que en el marco de esta investigación apoyamos la elaboración de este decreto y participamos activamente en la consulta previa. Lo hicimos por solicitud de la Mesa Permanente de Concertación. Para profundizar sobre este caso, véase RODRÍGUEZ GARAVITO y ORDUZ SALINAS (2012b).

35 Este plan tendrá en cuenta la Ley de Origen, la Ley Natural, Derecho Mayor, Derecho Propio y cosmovisión de cada pueblo y comunidad indígena que será reparado y deberá ser consultado previamente de acuerdo con las metodologías que se definan con las autoridades y organizaciones de los pueblos y comunidades indígenas respectivas. Las autoridades indígenas garantizarán la participación de las mujeres indígenas en la definición de los PIRCPIC (decreto ley 4633/11).

llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. Este es el instrumento técnico a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación a Víctimas, por medio del cual se consultan con las autoridades y organizaciones indígenas respectivas, las medidas de reparación colectiva construidas por los pueblos y comunidades que hayan sufrido daños.

En el contexto de dichos Planes Integrales de Reparación Colectiva, los criterios para determinar los montos de las indemnizaciones se definirán en los procesos de consulta previa y respondiendo de manera adecuada a las prioridades, programas y planes que se identifiquen para lograr una reparación integral de los pueblos y comunidades.

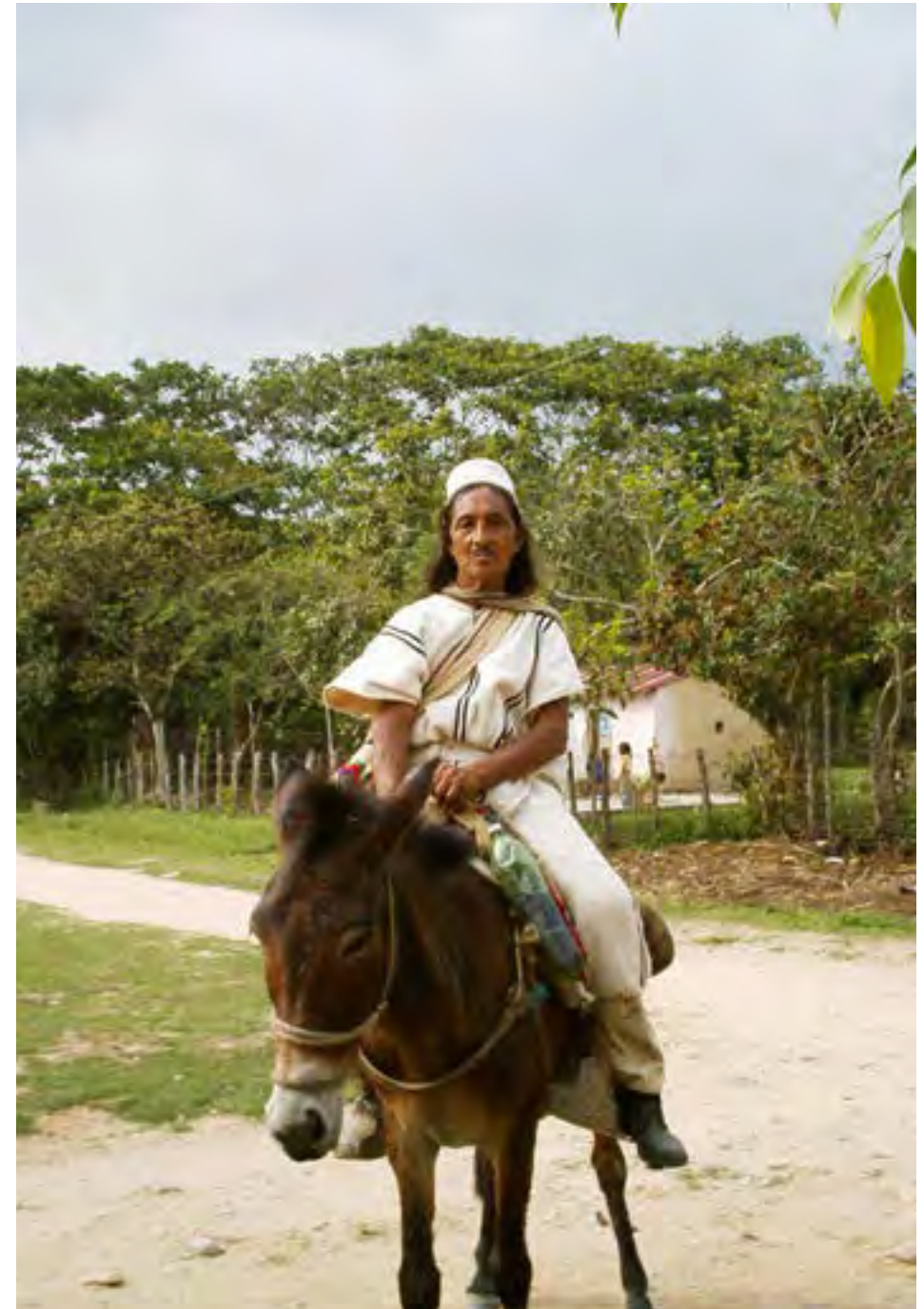
En cuanto a las garantías de no repetición, se deben incluir medidas internas de fortalecimiento propio y medidas externas encaminadas a evitar que las violaciones se vuelvan a producir. El Estado, en coordinación con las autoridades indígenas, debe diseñar mecanismos de reincorporación cultural y social de niños, niñas y jóvenes que hayan sido vinculados al conflicto, previa consulta con los pueblos afectados.

El Estado debe garantizar las condiciones para que las medidas de reparación integral, así como de protección de derechos y prevención garanticen efectivamente el derecho fundamental a la consulta previa buscando entre otros los siguientes objetivos:

- a. Garantizar la protección, el acceso e interconexión a sitios sagrados bajo el ordenamiento y gobernabilidad de los pueblos, lo anterior en la medida en que las condiciones de seguridad lo permitan.
- b. Garantizar encuentros y/o reiniciar los vínculos entre las personas de un mismo pueblo.
- c. Realizar procesos de concientización para el retorno y mantenimiento de vínculos culturales con aquellas personas que se encuentren por fuera de sus comunidades y del territorio, y que no quieran retornar a los mismos.

- d. Garantizar el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena y que las autoridades indígenas puedan ejercer sus funciones con legitimidad, reconocimiento y apoyo del Estado.
- e. Restablecer los espacios de conocimiento y aprendizaje propios.
- f. Fortalecer la cultura de la salud tradicional.
- g. Reconocer y reconstruir la importancia de la mujer desde la cultura, respetando y visibilizando su rol en la familia, en el pueblo y en el territorio.
- h. Garantizar a las personas de la tercera edad y a las personas en condición de discapacidad su integración a la vida comunitaria.
- i. Garantizar a la niñez del pueblo indígena afectado el acceso a la educación intercultural, así como a la salud integral y a una alimentación bajo el enfoque diferencial étnico.

Todas las medidas y acciones contempladas en el marco de los planes, serán consultadas con las instancias del gobierno tradicional y las organizaciones representativas dentro de su territorio, a fin de ajustar los mecanismos, procedimientos, competencias de las autoridades indígenas y demás aspectos concernidos en dichas normas a las particularidades de dichos pueblos. En caso de que la víctima individual indígena así lo manifieste, en el marco del proceso de consulta del plan integral de reparación para pueblos y comunidades indígenas, las medidas contempladas en el mismo también podrán incluir las medidas de reparación de carácter individual.



6.2.8. MEDIDAS QUE DEBEN CONTAR CON CONSULTA PREVIA

Todos los casos en los cuales se toma una decisión que afecte directamente a los pueblos indígenas deben contar previamente con procesos de consulta previa, entre ellos tenemos:

- La adopción de menores de edad pertenecientes a pueblos indígenas. El Código de la Infancia y la Adolescencia (ley 1098 de 2006), en su artículo 70 establece que cuando los adoptantes sean personas que no pertenecen a la comunidad del niño, niña o adolescente indígena, la adopción procederá mediante consulta previa y con el concepto favorable de las autoridades de la comunidad de origen.
- El diseño e implementación del Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas y cuando se establezcan los planes de salvaguarda étnica ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado para cada uno de los pueblos indígenas señalados por la Corte Constitucional en el Auto 004 de 2009.
- El diseño y puesta en marcha de los planes específicos de protección y atención para cada una de las comunidades afrocolombianas en situación de desplazamiento y confinamiento y el plan de caracterización de los territorios colectivos y ancestrales habitados mayoritariamente por la población afrocolombiana, según lo señalado por la Corte Constitucional en el Auto 005 de 2009.
- En el caso de traslado de los pueblos indígenas de sus territorios y cuando no sean posibles los procesos de retorno, caso en el cual deberán recibir tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban.

No obstante las apreciaciones anteriores, es importante dejar claro que en todo caso, cualquier decisión administrativa o legislativa que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas debe ser consultada.

6.2.9. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

La Corte Constitucional mediante sus decisiones ha garantizado en diferentes momentos el derecho fundamental a la consulta previa. Las principales sentencias en materia de consulta previa del orden administrativo se muestran a continuación:

CUADRO No. 5. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE CONSULTA PREVIA EN MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

SENTENCIA	TEMA O ASPECTOS
T-428 de 1992	Troncal del Café. Pueblo Indígena Embera Chamí. Resguardo indígena de Cristianía.
T-405 de 1993	Radar y bases militares Araracuara. Comunidades Indígenas del Medio Amazonas.
SU-039 de 1997	Bloque Samoré. Pueblo Indígena U'wa.
T-652 de 1998	Represa de Urrá. Pueblo Indígena Embera Katío.
T-634 de 1999	Ordenanza 037 expedida por el gobernador del departamento del Cesar, que creó el municipio de Pueblo Bello. Pueblo Indígena Arhuaco.
T-955 de 2003	Explotación forestal de la Empresa Maderas del Darién S.A. (Consejo Comunitario Mayor Cuenca Río Cacarica).
SU-383 de 2003	Consulta previa en el tema de fumigaciones. Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana.
T-737 de 2005	Proceso de conformación del Cabildo Yanacona Villamaría de Mocoa. Pueblo Indígena Yanacona.
T-880 de 2006	Proyecto de perforación exploratoria Álamo I, Ecopetrol. Pueblo Indígena Motilón Bari.
T-154 de 2009	Construcción de la presa del cercado y el distrito de riego del río Ranchería. Comunidades Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.
T-769 de 2009	Concesión minera Mandé Norte. Pueblo Indígena Embera de Urabá, Jiguamiandó.
T-547 de 2010	Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa. Comunidades Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.
T-745 de 2010	Proyecto de construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú. Comunidades negras del corregimiento de Pasacaballos.
T-1045A de 2010	Concesión minera para la explotación de un yacimiento de oro ubicado en la quebrada La Turbina río Cauca. Comunidades negras del Corregimiento de La Toma, municipio de Suárez, Cauca.

T-116 de 2011	Exclusión de la Institución Educativa Promoción social de Guanacas y sus respectivas sedes de los establecimientos educativos oficiales que se encuentran ubicados en territorios indígenas y atienden población indígena (Resguardo Indígena Páez de la Gaitana).
T-129 de 2011	Proyecto construcción de carretera, interconexión eléctrica binacional y concesión de minas. Chidima y Pescadito.
T-379 de 2011	Provisión de Personal docente para la Institución Educativa Municipal El Encano, Resguardo Indígena Quillacinga Refugio del sol.
T-601 de 2011	Apoyo de la Alcaldía Municipal de Riosucio desde el Plan de Desarrollo Municipal para renovar juntas de acción comunal dentro del territorio del resguardo indígena de San Lorenzo. Pueblo Indígena Embera Chamí.
T-693 de 2011	Proyecto Oleoducto de los Llanos. Pueblo Indígena Achagua y Piapoco. Resguardo Turpial-La Victoria.
T-698 de 2011	Construcción de una estación base de telefonía celular de Comcel S. A., Resguardo Indígena Cañamomo- Lomapieta.
T-376 de 2012	Concesión sobre un área de playa en el sector de Cielo Mar de la Boquilla. Consejo Comunitario Comunidad Negra de Unidad Comunera del Gobierno Rural de la Boquilla.
T-513 de 2012	Reconocimiento de personería jurídica a la Junta de Acción Comunal de la Vereda San Juanito, corregimiento de la Diana, Resguardo Triunfo Cristal Páez. Pueblo Indígena Nasa.
T-680 de 2012	Solicitud de titulación colectiva del globo de terreno ocupado ancestralmente por la comunidad negra de las Islas del Rosario. Consejo Comunitario Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario.
T-823 de 2012	Negativa de convocar a sesión pública a los consejos comunitarios con el fin de que las comunidades elijan a sus representantes ante las comisiones consultivas departamentales y de alto nivel. Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de la Plata, Bahía Málaga.
T-049 de 2013	Negativa de nombrar en propiedad los docentes indígenas que vienen laborando en provisionalidad, por parte de la Secretaría de Educación del Cauca y la Gobernación del Cauca. Comunidades Indígenas Yanacona y Guambía.
T-172 de 2013	Construcción del proyecto de infraestructura Sociedad Portuaria Puerto Bahía. Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Barú.

Fuente: Elaboración propia.

7. IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA



Como se ha venido mencionando, se deben adoptar procedimientos apropiados para la consulta previa y esta debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. En ese sentido es deber del Estado acordar con las comunidades los procedimientos, tiempos, espacios y contenidos de la consulta, garantizando que escojan sus representantes de manera autónoma. Además el gobierno en conjunto con los pueblos indígenas debe construir la metodología para el desarrollo del proceso de consulta con el fin de ser efectuada de una manera culturalmente adecuada con los usos y costumbres (GRUESO CASTELBLANCO, 2008a: 21)³⁶.

7.1. PARTICIPANTES EN LA CONSULTA PREVIA

Es conveniente recordar que es obligación del gobierno nacional consultar previamente a las comunidades y pueblos indígenas sobre las

³⁶ Es necesario señalar que en lo referente a los procedimientos y la coordinación interinstitucional en cuanto a la consulta previa, recientemente fueron expedidos por la Presidencia de la República la Directiva No. 10 y el decreto 2613 de 2013.

medidas legislativas o administrativas que pueden afectarles directamente. En este contexto, los actores del proceso son:

7.1.1. LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Según la Guía de aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT, en la consulta previa deben participar los pueblos indígenas a través de sus autoridades representativas, lo cual significa que debe emprenderse con las organizaciones o instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades. Por consiguiente, el gobierno debe garantizar la participación real y efectiva y, en todo caso, en la consulta deben estar las autoridades tradicionales, los cabildos mayores y menores, los representantes legales y sus organizaciones de diferente orden³⁷.

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado³⁸. Cualquier espacio de participación debe tener presentes las instituciones tradicionales de cada pueblo, sus autoridades y las organizaciones que las representan, que son las indicadas para manifestar las diferentes inquietudes y decisiones. Estas instituciones son además las que deben señalar los impactos sociales y culturales que un proyecto o una decisión de cualquier orden, pueda generar en sus colectividades.

37 Reiteramos que los demás grupos étnicos de nuestro país también deben ser consultados, pero que esta investigación se encuentra referida únicamente a las comunidades y pueblos indígenas.

38 DNU DPI, arts. 5, 18, 20 y 34. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Los indígenas son iguales a todos los demás pueblos y al mismo tiempo tienen el derecho a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales. Estos pueblos, en sus formas organizativas, cuentan con diversos sistemas de autoridad y tipos de organizaciones políticas y en ellas se refleja la diversidad cultural que incluso existen entre ellos. Estos pueblos tienen derecho a conservar sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

En ese sentido, tanto la consulta previa como el ejercicio de cualquier mecanismo de participación deben adelantarse teniendo en cuenta la representación y la autoridad de los pueblos indígenas, la interculturalidad y la lengua que intervienen en este tipo de procesos sociales.

Es el momento de destacar algunas de las autoridades con las que los pueblos indígenas de Colombia ejercen el control social y resuelven sus conflictos³⁹. Se trata de las instituciones propias encargadas del gobierno interno. En nuestro país pueden ser autoridades tradicionales u otras apropiadas por las comunidades y pueblos.

Las autoridades tradicionales⁴⁰ son los miembros de las comunidades, personas o instituciones de carácter público especial derivado de su condición religiosa, política o cultural propia de un pueblo indígena, localizado en un territorio determinado, reconocido por sus miembros, que ejerce la representación legal de su grupo y las funciones que le atribuyen la ley y su sistema normativo propio. Habitualmente, las autoridades tradicionales representan las personas o instituciones indígenas que ejercen poder en la comunidad de acuerdo con la cultura ancestral. Pueden ser guías espirituales, médicos tradicionales o representantes que dirigen, toman medidas, resuelven conflictos al interior de la comunidad o llevan su vocería fuera de la misma. Dicha autoridad recibe diferentes denominaciones dependiendo del pueblo al que pertenezca: Mamó o Mamu, Werjayá, Taita, Palabrero, etc.

39 Sobre el particular se sugiere ver: ARANGO OCHOA y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ (2004) y ONIC (2007).

40 Según el artículo 2º del decreto 2164/95, las autoridades tradicionales “son los miembros de la comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social”. A efectos de esta norma, las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas tienen, frente al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER, la entidad encargada de la titulación de sus territorios, la misma representación y atribuciones que corresponde a los cabildos indígenas.



Es menester señalar que durante la época de la Colonia los cabildos indígenas⁴¹ garantizaban los tributos reales y los pagaban al encomendero o al corregidor. Podría decirse que el cabildo es una autoridad política, reglamentada desde 1890 mediante la ley 89. Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de un pueblo o comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, los usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad.

La autoridad mayor del cabildo es el gobernador, cacique, presidente o capitán, quien cuenta con el apoyo del secretario, el tesorero y los alguaciles, guardias o semaneros, que cumplen funciones policivas. “Eran comúnmente personas experimentadas en el trato con la sociedad

41 Los cabildos fueron reglamentados más recientemente por el decreto 2001 de 1988 y el decreto 2164 de 1995.

nacional o que manejaban el castellano. En algunas comunidades el capitán coincidió con la autoridad tradicional y es quien representa la comunidad ante las autoridades y se encarga de la promoción de eventos y actividades comunales” (ARANGO OCHOA y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, 2004).

Actualmente, algunos pueblos indígenas continúan recreando formas de autoridad y de organización de su autoridad indígena tradicional diferente a la del cabildo, lo que obligó al gobierno a reconocer además de los cabildos y las asociaciones de cabildos, otras formas de autoridad tradicional como las asociaciones de autoridades tradicionales que son específicas para un determinado pueblo indígena. Es más, la ONU, en su reciente declaración, ha *celebrado* que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural, para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran.

Sobre este particular, la Corte Constitucional (T-973/09) resalta que en gran parte de las comunidades y pueblos indígenas, el sistema social de mando que gobierna su vida colectiva se rige por normas propias y cargos que se administran según los “usos y costumbres” del grupo étnico y cultural. Las “autoridades tradicionales”, resultan ser entonces quienes detentan el poder comunitario, y están conformadas generalmente por los Gobernadores y por los Cabildos Indígenas, quienes llevan consigo símbolos de mando de acuerdo con la tradición. Los cabildos, son entidades públicas especiales elegidas y reconocidas, encargadas de representar legalmente a los grupos étnicos y de ejercer las funciones que les atribuyen la ley y sus usos y costumbres. Los Gobernadores, por su parte, presiden el Cabildo. En tal sentido, asegura este Tribunal, se recuerda que compete también a las comunidades indígenas, conforme a su autonomía política y jurídica, lograr que el ejercicio debido de los derechos políticos de sus integrantes se consolide en pro de un desarrollo colectivo y constante de sus pueblos. En búsqueda de estos objetivos, las autoridades tradicionales están obligadas a actuar procurando la cohesión social de sus comunidades, la legitimidad real de sus instituciones y siguiendo la tradición y sus usos y costumbres, sin desconocer que el diálogo y la reflexión colectiva pueden significar cambios consensuados en la tradición.

El tema de la representación es fundamental en el caso de las consultas previas y, en este sentido, la Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT, señala que al efectuar la consulta, el gobierno debe realizar estos procesos no con cualquiera que declare representar los pueblos indígenas, sino con organizaciones institucionales genuinamente representativas que estén habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Para ello, antes de iniciar el proceso, debe identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tiene previsto tratar, cumplan estos requisitos y además, debe proporcionarles información apropiada y completa, la cual debe ser comprendida plenamente.

Como se ha venido mencionando, en los casos de consultas previas, éstas deben realizarse con las instituciones representativas de los pueblos indígenas y, para ello, es indispensable tener en cuenta las especificidades de cada pueblo. Según las circunstancias, la institución apropiada puede ser de orden nacional, regional o comunitario; hacer parte de una red nacional o representar a una única comunidad. El criterio importante es que la representatividad debe determinarse mediante un proceso del que hagan parte los mismos pueblos indígenas (OIT, 2013: 15).

7.1.2. INSTITUCIONES



La consulta previa es un deber indelegable del Estado y es su deber implementarlo, respetarlo y garantizarlo. Para eso en la consulta previa

deben participar además de los pueblos y las comunidades indígenas, las Instituciones del Estado. En primer lugar, el Ministerio del Interior que participa a través de: a) La Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, y, b) La Dirección de Consulta Previa, encargada de liderar el proceso de consulta. Las competencias específicas de cada dirección según el decreto 2893 de 2011 se presentan en el cuadro No. 6.

De otro lado, en los casos ambientales también participan las autoridades encargadas de otorgar las licencias y los permisos ambientales (Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, los Grandes Centros Urbanos, las Corporaciones Autónomas Regionales y las Corporaciones de Desarrollo Sostenible).

Es necesario establecer que según la Corte Constitucional (T-769/09), es importante que antes de realizarse dicha consulta previa, la autoridad ambiental realice un estudio detallado frente a la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios, y así verificar dos aspectos: i) si existe una vulneración de los derechos de los indígenas en su territorio; y ii) determinar el impacto ambiental que se genera en dichas zonas. Por ende, si esa cartera informa al Ministerio del Interior que no se cumple alguno de estos dos requisitos, ello será vinculante y el Ministerio del Interior no podrá iniciar la consulta previa.

Como garante del proceso participa en todo momento el Ministerio Público es decir, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y/o los Personeros Municipales cuando es el caso. De esta forma se garantiza por ejemplo que la Procuraduría cumpla con su deber de proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, especialmente de aquellos sectores que por diferentes circunstancias se encuentran en mayor grado de vulnerabilidad como es el caso de los grupos étnicos (PGN, 2011: 7). Con el fin de dar cumplimiento a dicha competencia, en esta institución se creó la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos.

CUADRO No. 6. COMPETENCIAS DE LAS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE LA CONSULTA PREVIA

DIRECCIÓN DE ASUNTOS INDÍGENAS, ROM Y MINORÍAS	DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA
<p>1. Asesorar, elaborar y proponer la formulación de la política pública en beneficio de los pueblos indígenas y Rom en el marco de la defensa, apoyo, fortalecimiento y consolidación de sus derechos étnicos y culturales.</p> <p>2. Diseñar programas de asistencia técnica, social y de apoyo para las comunidades.</p> <p>3. Coordinar interinstitucionalmente el diálogo político con estas comunidades y promover la participación de las organizaciones y autoridades que los representen.</p> <p>4. Propender por la conservación de las costumbres y la protección de conocimientos tradicionales.</p> <p>5. Coordinar con las instituciones gubernamentales la elaboración, ejecución y seguimiento de las políticas públicas dirigidas a comunidades.</p> <p>6. Apoyar a la Dirección de Consulta Previa en la realización de los procesos de consulta previa que se efectúen en terreno, para proyectos de desarrollo que afecten a las comunidades.</p> <p>7. Coordinar y realizar los procesos de consulta previa para la presentación de iniciativas legislativas y administrativas del orden nacional, de conformidad con los lineamientos acordados para el efecto.</p> <p>8. Llevar el registro de los censos de población de comunidades indígenas y de los resguardos indígenas y las comunidades reconocidas, de las autoridades tradicionales indígenas reconocidas por la respectiva comunidad y de las asociaciones de autoridades tradicionales o cabildos indígenas y su actualización.</p>	<p>1. Dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la ley.</p> <p>2. Asesorar y dirigir, así como coordinar con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías y asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas del gobierno nacional en materia de consulta previa y determinar su procedencia y oportunidad.</p> <p>3. Establecer directrices, metodologías, protocolos y herramientas diferenciadas para realizar los procesos de consulta previa, de conformidad con lo establecido en la legislación sobre la materia.</p> <p>4. Realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera.</p> <p>5. Expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos.</p> <p>6. Verificar, antes del inicio de cualquier proceso de Consulta Previa, con las direcciones de asuntos indígenas, Rom y minorías, y de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, los registros actualizados de la representación legal de las autoridades de los grupos étnicos y conformación legítima de los espacios de concertación propios de cada uno de ellos.</p>

<p>9. Llevar el registro de los censos de población, autoridades tradicionales reconocidas por la respectiva comunidad y asociaciones del pueblo Rom.</p> <p>10. Diseñar y ejecutar programas y proyectos de fortalecimiento de los procesos organizacionales de las comunidades.</p> <p>11. Promover la resolución de conflictos de conformidad con los usos y costumbres de las comunidades.</p> <p>12. Promover acciones con enfoque diferencial, tanto de parte del Ministerio como de las demás entidades del Estado, orientadas a atender esta población y la formulación de acciones conjuntas.</p> <p>13. Prestar asesoría a las gobernaciones y alcaldías municipales para la debida atención a las comunidades.</p> <p>14. Promover en coordinación con el Sistema Nacional Ambiental la formulación de agendas ambientales conjuntas con las comunidades.</p> <p>15. Proponer proyectos de ley o de actos legislativos, así como efectuar el análisis normativo y jurisprudencial en coordinación con la Dirección de Asuntos Legislativos, en las materias de su competencia.</p> <p>16. Apoyar el desarrollo y sostenimiento del Sistema Integrado de Gestión Institucional y la observancia de sus recomendaciones en el ámbito de su competencia.</p> <p>17. Atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de su competencia.</p> <p>18. Las demás funciones asignadas que correspondan a la naturaleza de la dependencia.</p>	<p>7. Consolidar y actualizar la información del Ministerio del Interior sobre los procesos de consulta y los trámites de verificación, así como promover el conocimiento y difusión de los mismos y de su marco jurídico, por los medios que determine el Ministerio.</p> <p>8. Hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en desarrollo de los procesos de consulta previa coordinados por esta Dirección y hacer las recomendaciones respectivas.</p> <p>9. Elaborar estrategias de corto y largo plazo para el manejo de crisis sociales en el entorno de las comunidades y minorías étnicas en las que se desarrollan las consultas previas, en coordinación con las demás dependencias o entidades competentes.</p> <p>10. Proponer proyectos de ley, de actos o reformas legislativas, así como efectuar el análisis normativo y jurisprudencial en coordinación con la Dirección de Asuntos Legislativos en materia de su competencia.</p> <p>11. Apoyar el desarrollo y sostenimiento del Sistema Integrado de Gestión Institucional y la observancia de sus recomendaciones en el ámbito de su competencia.</p> <p>12. Atender las peticiones y consultas relacionadas con asuntos de su competencia.</p> <p>13. Las demás funciones asignadas que correspondan a la naturaleza de la dependencia.</p>
---	--

Fuente: Decreto 2893 de 2011.

De igual forma está la Defensoría del Pueblo que es la institución del Estado colombiano responsable de impulsar la efectividad de los derechos humanos en el marco del Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, mediante las siguientes acciones integradas:

la promoción y divulgación; la prevención, protección y defensa de los derechos humanos y, el fomento del respeto al derecho internacional humanitario. Adicionalmente, le corresponde al Defensor del Pueblo en ejercicio de su función constitucional velar por la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos, acompañar y orientar a los pueblos indígenas en la formulación de las consultas que les deberán ser realizadas en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio núm. 169 de la OIT en relación con la consulta previa. Con el fin de dar cumplimiento a esta competencia al interior de esta institución fue creada la Defensoría Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas.



Al Ministerio Público le corresponde ser el garante de los derechos de los pueblos indígenas, encargado de vigilar la legalidad y la transparencia del proceso de consulta previa, así como de prevenir situaciones que puedan vulnerar sus derechos. Además, si las autoridades y los representantes de las organizaciones y pueblos indígenas así lo consideran, el Defensor del Pueblo o sus delegados, podrán participar en las deliberaciones y estudios que se adelanten por razón de la propuesta.

En los casos diferentes a los ambientales, deben asistir también las autoridades locales y aquellas que tengan competencia en el asunto objeto de la consulta previa.

7.1.3. EL RESPONSABLE DEL PROYECTO

En el caso de medidas administrativas relacionadas con proyectos, debe participar el responsable del mismo, que puede ser una institución pública o una empresa privada a quien le corresponde solicitar la licencia o el permiso ambiental, señalando los impactos ambientales que puedan generarse y la forma cómo van a ser manejados.

7.2. LAS CONSULTAS PREVIAS EN PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES

Los elementos anteriormente mencionados, deben tenerse en cuenta antes de iniciar cualquier proceso de consulta previa, especialmente en licencias o permisos ambientales. Comenzamos por señalar que nadie conoce más el territorio y los impactos que un proyecto pueda generar, que los mismos pueblos indígenas que se van a ver afectados por el mismo. No importa si son pequeños, medianos o grandes, siempre este tipo de obras generan impactos negativos o positivos, por eso para su aprobación requieren de una evaluación integral que debe realizarse para identificar la zona donde se va a ejecutar, analizar sus características, las modificaciones que va a causar y las afectaciones sociales, ambientales, culturales, entre otras.

Los proyectos que requieren licencias ambientales, ya sean lineales (como las vías o los gaseoductos) o concentrados (como una fábrica o una represa), desde su diseño, construcción u operación, generan para los pueblos indígenas que habitan en las áreas de influencia de los mismos, inquietudes e impactos que deben ser tenidos en cuenta por las instituciones que participan en los procesos. La experiencia que se tiene ha demostrado que algunos impactos son comunes y otros obedecen a las especificaciones de los proyectos, a las condiciones ecosistémicas y a las comunidades involucradas.

En el marco de los talleres sobre identificación de conflictos y en los casos analizados, encontramos entre otros, los siguientes impactos:

7.2.1. *IMPACTOS SOCIALES Y CULTURALES*

Los proyectos terminan por incidir en las actividades cotidianas de la zona donde se van a efectuar. En algunas ocasiones, en el área de influencia de las obras se ven afectadas las actividades tradicionales que realizan las comunidades o pueblos indígenas como la agricultura y la pesca. Adicionalmente se presentan impactos como los conflictos sociopolíticos y militares; la generación de confrontaciones entre indígenas y colonos; la afectación de las tierras de resguardo; el deterioro o desarticulación de las relaciones sociales (intra e interculturales y familiares); la afectación de sitios sagrados; la desaparición o destrucción de yacimientos arqueológicos; la pérdida de chagras (huertas tradicionales) y cultivos; la modificación no sólo del medio natural sino del medio humano por la introducción de nuevos elementos en el entorno; la pérdida de la identidad cultural (referentes territoriales, lengua, costumbres, aculturación), entre otros.



7.2.2. *IMPACTOS AMBIENTALES*

Tradicionalmente, las zonas donde habitan los pueblos indígenas son de gran riqueza natural, productoras de agua y con alta biodiversidad, que evidentemente se van a ver afectadas por los proyectos. Por ejemplo, el acceso a áreas con potencial de extracción de maderas finas puede terminar

con constituir dichas áreas en un atractivo para la tala de bosques y el cambio de los usos del suelo.

En el caso de la construcción de vías, se generan impactos como la compactación y cambios en los usos del suelo; fragmentación de coberturas boscosas; disminución de la biodiversidad; contaminación de recursos naturales; reducción del área para usos agropecuarios y forestales; afectación del hábitat; pérdida de individuos y alteración de los desplazamientos de algunas especies; incremento del ruido, entre otros. Adicionalmente se presentan alteraciones de los patrones de drenaje, de la vegetación y de la fauna.

Así las cosas, los dueños de los proyectos deben realizar el Estudio de Impacto Ambiental –EIA–, el cual es un instrumento para la toma de decisiones y para la planificación ambiental, que es exigido por la autoridad ambiental para definir las correspondientes medidas de prevención, corrección, compensación y mitigación de impactos y efectos negativos de un proyecto, obra o actividad.

El Estudio de Impacto Ambiental deberá contener, cuando menos, la descripción del proyecto, obra o actividad; incluirá la localización, las etapas, dimensiones, costos y cronograma de ejecución; la descripción de los procesos y operaciones; identificación y estimación de los insumos, productos, subproductos, desechos, residuos, emisiones, vertimientos y riesgos tecnológicos, sus fuentes y sistemas de control dentro del proyecto; la delimitación, caracterización y diagnóstico de las áreas de influencia directa e indirecta, así como la cobertura y el grado de los impactos, con base en la afectación que pueda ocasionar sobre los diferentes componentes del medio ambiente y, la estimación de los impactos y efectos ambientales, su relación de causalidad y se elaborará el análisis de riesgo (decreto 2820 de 2010).

Este estudio contiene también el Plan de Manejo Ambiental que se elabora para prevenir, mitigar, corregir y compensar los posibles impactos y efectos del proyecto, obra o actividad sobre el ambiente. Debe incluir además, el plan de seguimiento, monitoreo y contingencia. En este contexto, la consulta previa no se circunscribe sólo a determinar o evaluar

los posibles impactos: debe también definir y adoptar, por mandato de la ley e invocando el derecho fundamental a la participación, las medidas que conduzcan a evitarlos, mitigarlos o compensarlos (ARIZA SANTAMARÍA, 2012: 284).

La normativa indica que los pueblos indígenas pueden participar en la elaboración de los estudios ambientales, a través de sus representantes legales o de sus autoridades tradicionales o con los líderes reconocidos por la comunidad de base. El responsable del proyecto debe garantizar esta participación y acreditar ante la autoridad ambiental la forma y el procedimiento de su vinculación. Por su parte, la autoridad ambiental debe verificar la participación de los pueblos indígenas en el estudio de impacto ambiental, debe revisar la metodología con la que se vinculó a los representantes de las comunidades, las actas de las reuniones, etc.

Es deber de las autoridades indígenas analizar previamente la conveniencia de participar en este proceso, en especial, si consideran que el mismo puede llegar a generar grandes afectaciones y que esto puede crear incertidumbre en el momento de realización de la consulta previa, es decir, que se considere que como se participó en la elaboración del EIA se está dando viabilidad al proceso. Una alternativa importante a tener en cuenta antes de iniciar el proceso de consulta es mirar cuál es el objetivo y procedimiento, por ejemplo, para el otorgamiento de la licencia ambiental.

De otro lado, debemos mencionar que no solo debe efectuarse el EIA sino que también debe efectuarse un estudio de impacto social con el fin de tener claras las afectaciones que pueden tener los proyectos en el tejido social, en la gobernabilidad y en las dinámicas de los pueblos indígenas. Esto posibilita tener claridad sobre los posibles riesgos y permitir la prevención de los mismos.

En todo caso, los impactos ambientales y la situación social invitan a reflexionar tanto a las autoridades ambientales, como a los dueños de los proyectos y a las comunidades involucradas, sobre la importancia de la contribución colectiva en la gestión de los mismos y sobre la necesidad de proponer la implementación de diferentes mecanismos de participación antes de autorizar los proyectos, como un reto para el desarrollo de las obras.



7.2.3. EVALUACIÓN DEL EIA REALIZADO POR EL PUEBLO INDÍGENA

Debemos señalar que los pueblos indígenas pueden realizar un análisis propio del Estudio de Impacto Ambiental, para lo cual se sugiere contar con un grupo que coordine este proceso, que incluye identificar los impactos consignados y los que quedaron por fuera del estudio en mención.

Lo anterior quiere decir que, antes de iniciar la consulta previa, la comunidad o pueblo indígena también debe prepararse para este proceso y realizar una evaluación del EIA, estableciendo claramente los puntos en los cuales encuentran inconsistencia o los aspectos o elementos que hicieron falta en el mismo o que se abordaron parcialmente.

Dado que un análisis de este tipo es tan dispendioso y que en ocasiones los pueblos indígenas no cuentan con personal propio, se sugiere buscar expertos que cuenten con herramientas y criterios técnicos, sociales y culturales sobre estos temas que a veces son muy complejos y requieren de unos conocimientos especializados. La experiencia ha demostrado que se requiere de un equipo interdisciplinario para abordar estos estudios que incluyen muchos aspectos y cuyos lenguajes divergen con los saberes

de los pueblos indígenas. Una evaluación independiente por parte de los pueblos indígenas, permite que se conviertan en interlocutores válidos para el proceso de consulta previa.

Dicho análisis debe estar acompañado de un proceso de retroalimentación con los miembros de la comunidad o pueblo indígena, para su validación y para mirar en conjunto los impactos en el medio físico, biótico, económico y socio-cultural que generaría el proyecto. Se sugiere por ejemplo, trabajar una matriz que incluya los aspectos más importantes o controversiales del EIA y las observaciones y recomendaciones realizadas por la comunidad. De todas formas, los pueblos indígenas deben tener presente que durante todo el proceso de consulta previa pueden solicitar al dueño, información y aclaración sobre los temas del proyecto.

Lo anterior contribuye a que la comunidad o pueblo indígena, dentro de la fase de identificación de impactos, tenga claras las medidas de manejo, mitigación, corrección y/o compensación de los mismos y cuenten con argumentos suficientes para el análisis y la concertación de las mismas (decreto 2820 de 2010). Dichas medidas buscan:

- a. Medidas de compensación: son las acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades, las regiones, localidades y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad, que no puedan ser evitados, corregidos, mitigados o sustituidos.
- b. Medidas de corrección: son las acciones dirigidas a recuperar, restaurar o reparar las condiciones del medio ambiente afectado por el proyecto, obra o actividad.
- c. Medidas de mitigación: son las acciones dirigidas a minimizar los impactos y efectos negativos de un proyecto, obra o actividad sobre el ambiente.
- d. Medidas de prevención: son las acciones encaminadas a evitar los impactos y efectos negativos que puedan generar un proyecto, obra o actividad sobre el ambiente.

Es necesario mencionar que también se debe contar, en el caso de proyectos en territorios indígenas, con un programa de Arqueología Preventiva, el cual debe presentarse por el dueño del proyecto al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), so pena de no poder adelantarse ninguna obra en la zona proyectada. Está también el plan de manejo arqueológico, el cual indica las características del sitio y su área de influencia, e incorporará los lineamientos de protección, gestión, divulgación y sostenibilidad del mismo. En todo caso, en los proyectos de construcción de redes de transporte de hidrocarburos, minería, embalses, infraestructura vial, así como en los demás proyectos y obras que requieran licencia ambiental, registros o autorizaciones equivalentes ante la autoridad ambiental, como requisito previo a su otorgamiento deberá elaborarse un programa de Arqueología Preventiva y deberá presentarse al Instituto Colombiano de Antropología e Historia un plan de manejo arqueológico sin cuya aprobación no podrá adelantarse la obra (ley 1185 de 2008).



7.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DE LA CONSULTA PREVIA

La consulta previa debe realizarse en los territorios de los pueblos indígenas, estén o no titulados. Sobre este particular la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que los pueblos

indígenas tienen formas de vida únicas, y que su cosmovisión se basa en su relación con la tierra. Asegura que esta relación con el territorio tradicional puede expresarse de diferentes maneras, dependiendo del pueblo indígena particular del que se trate y de sus circunstancias específicas: puede incluir el uso o presencia tradicionales, la preservación de sitios sagrados o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, recolección estacional o nómada, cacería y pesca, el uso consuetudinario de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena. Como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010: 1), para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

7.4. DESARROLLO DE LA CONSULTA PREVIA

De otro lado, a continuación mencionaremos los aportes que recogen los planteamientos que en el desarrollo de los talleres efectuados en el marco de este proyecto, han hecho los pueblos indígenas sobre el procedimiento para realizar la consulta previa. Así mismo, se sintetiza la experiencia del trabajo de campo efectuado, por cuanto en este proceso, se participó en diversas consultas previas.

Como hemos señalado, cada proceso de consulta previa es único y cuenta con un procedimiento concertado de manera previa con los pueblos indígenas, el cual inicia con un acercamiento para que los indígenas reciban información no sólo del proyecto sino del significado de la consulta previa. De esta forma los grandes pasos para realizar la consulta previa y que se analizarán de manera detallada más adelante, estarán referidos a:

FIGURA No. 2. PASOS EN LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA



Fuente: Elaboración propia.

Tomando en cuenta los diálogos que se llevaron a cabo con los pueblos indígenas en el marco de esta investigación y con base en la Guía de consulta previa a comunidades indígenas y negras (DGAI, DGN, ECOPETROL, UPME, MMA, 1999: 12-13), se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos en la realización de la consulta previa:

- Que este es un proceso abierto, claro y transparente, de carácter público, desarrollado con la participación de las diferentes instancias de las autoridades indígenas.
- La consulta previa debe ser adecuada a cada una de las culturas propias de las comunidades y pueblos indígenas, para ello, en los casos que se requiera se debe contar con traducción a su

- lengua particular y si es necesario, apoyarlas tanto jurídica como técnicamente.
- En el desarrollo de los procesos de consulta previa se debe de cubrir la totalidad de los aspectos, objetivos y efectos relacionados con el proyecto. Para ello es indispensable la información oportuna, completa y entregada previamente para su estudio.
 - Para poder garantizar las condiciones de diálogo e intercambio de saberes, a través de las cuales se logra la prevención de futuros conflictos, los pueblos indígenas tienen derecho a ser informados y a participar desde el inicio del proyecto. En este sentido, la consulta debe darse de forma continua, a través de un desarrollo metodológico que no culmina en una sola reunión y que se constituye en un proceso que debe tener en cuenta los tiempos y procedimientos que según la cosmovisión, manejan estas colectividades.
 - La participación y la consulta previa deben contar desde la planeación y en especial, durante su realización, con el tiempo real necesario por parte de quienes la adelantan, para así completar sus fases en la forma más adecuada y teniendo en cuenta sus tiempos para no atentar contra su identidad cultural.
 - Las partes involucradas en la consulta previa deben asumir las responsabilidades frente a los compromisos adquiridos en ella, según los acuerdos y consensos.
 - Un factor a tener en cuenta es el medio físico donde se desarrolla la consulta. La reunión de consulta deberá celebrarse en la zona donde se encuentra y se acuerda con el pueblo indígena.
 - Las relaciones interpersonales deben ser amables, cordiales, francas, de aprecio y respeto mutuo, de tal manera que se reduzca la tensión entre los participantes. En la medida en que haya más transparencia, la calidad del relacionamiento será mejor.
 - Se debe establecer un tipo de comunicación libre y espontánea que evite el antagonismo y la polarización, con el fin de llegar a un consenso claro sobre el objeto de la consulta.

- Es necesario que todos los participantes de la consulta previa tengan una comprensión y entendimiento total del proyecto, sus objetivos y alcances, para evitar que los roles de los participantes desvíen la discusión de los temas a tratar e involucren situaciones y problemáticas ajenas al proceso.
- En el caso de existir amenazas o problemas de orden público en la zona donde se va a realizar un proyecto, no debería efectuarse la consulta previa porque esta situación pone en riesgo la vida de los miembros de la comunidad y en especial, de sus líderes. Algunas comunidades han planteado en estos casos, una moratoria o salvaguardas especiales hasta que se resuelva la situación. En este escenario, juegan un papel preponderante la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, que tienen una función de control preventivo frente al impacto del conflicto armado en los derechos de los pueblos indígenas.



En este mismo sentido, la Procuraduría General de la Nación - PGN (2011: 38) ha propuesto unos principios que orientan su actuación preventiva para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la consulta previa, los cuales deberían estar presentes en todo momento:

- Diversidad: El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como elemento constitutivo de la nación y base para una democracia plural e incluyente.

- **Participación:** El derecho fundamental de las comunidades étnicas a la participación, a través de la consulta previa, como medio de realización de otros derechos fundamentales.
- **Interdependencia:** La interdependencia de los derechos fundamentales tiene plena aplicación en el derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada, como medio de realización de otros derechos como el derecho a la identidad, al territorio, a la autonomía y al desarrollo propio.
- **Protección:** El Estado social de derecho es garante de la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación.
- **Interculturalidad:** El diálogo intercultural se constituye en una estrategia para la participación y la concertación entre el interés general y el interés colectivo.
- **Control preventivo:** Para la protección de los derechos fundamentales, en especial el derecho a la participación en las decisiones que afectan a los grupos étnicos y su derecho a la identidad.

En cuanto a los proyectos ambientales que requieren de licencias, en el desarrollo de la consulta previa se presentan tres etapas fundamentales a través de las cuales se garantizan los derechos de los pueblos indígenas: 1) etapa previa o pre consulta, 2) etapa de realización de la consulta y, 3) etapa de seguimiento, control y cierre (véase figura No. 3).

Un elemento a tener en cuenta, es que de cada uno de los procesos y reuniones se deja constancia mediante actas suscritas por las instituciones y autoridades que representan a las comunidades y pueblos indígenas. En ellas debe constar que se realizó un proceso que garantizó el conocimiento pleno del proyecto a realizar, la identificación de los aspectos positivos y negativos del mismo y el pronunciamiento que las comunidades hacen al respecto. Se sugiere entonces que en cada compromiso quede clara la forma como se va a garantizar, el responsable, los mecanismos de financiación de los mismos, etc., de esta forma se posibilita su cumplimiento (MIJ, 2006; 16). Adicionalmente, se debe establecer los mecanismos de seguimiento a los compromisos.

FIGURA No. 3. ETAPAS DE LA CONSULTA PREVIA



Fuente: Elaboración propia.

7.4.1. ETAPA I. PROCEDIMIENTO PREVIO

Esta etapa involucra específicamente al dueño del proyecto, quien debe solicitar la licencia ambiental para la realización del mismo. Al momento de presentar el Estudio de Impacto Ambiental debe realizar la identificación de las comunidades étnicas existentes en el área de influencia y anexar el certificado del Ministerio del Interior sobre presencia o no de estos pueblos. En ese momento es necesario tener clara la situación poblacional y los derechos territoriales, para lo cual se debe adjuntar el Certificado del INCODER sobre la existencia o no de territorios legalmente titulados a resguardos o la existencia tradicional de poblamientos indígenas.



Igualmente, el dueño del proyecto debe informar sobre la invitación que debió hacer por escrito a las comunidades y pueblos indígenas para participar en la elaboración de los estudios ambientales. En caso que los representantes se nieguen a participar u omitan dar respuesta, le corresponde simplemente señalarlo a la autoridad ambiental que conoce de la licencia ambiental.

Así mismo, la solicitud de la licencia ambiental debe incluir copia de la radicación ante el Instituto Colombiano de Arqueología e Historia, ICANH, del Programa de Arqueología Preventiva, en los casos en que sea exigible dicho programa de conformidad con la ley 1185 de 2008.

En el proceso de concertación de la metodología con el Ministerio del Interior (Dirección de Consulta Previa), es fundamental tener en cuenta cuál es el objetivo de la consulta y que lo que está en juego es la integridad social, cultural y económica del pueblo indígena. En esta parte se recomienda tener en cuenta los tiempos, los procedimientos, quiénes deben participar y en qué calidad. También debe garantizarse que en todo el proceso de consulta participen las instituciones responsables, especialmente los Organismos de Control, ya que lo que se ha encontrado a lo largo de esta investigación, es que dichas autoridades participan en la reunión de instalación y la de protocolización de la consulta y que luego la comunidad queda sola concertando en difíciles condiciones con los dueños de los proyectos. De igual forma se debe tener en cuenta que algunas comunidades o pueblos indígenas deben buscar el apoyo de las organizaciones indígenas locales, regionales e incluso nacionales para fortalecer el proceso de consulta.

Antes de mencionar la forma como se efectúa la consulta previa, debemos señalar que cada consulta cuenta con sus especificaciones y tiene sus propias singularidades. En consecuencia la metodología o los aspectos procedimentales del proceso deben ser claros para su efectiva ejecución y los mismos deben responder a un proceso de acuerdo y definición entre los pueblos indígenas y el gobierno. La propuesta metodológica representa un proceso de concertación y definición conjunta, con el fin de establecer los criterios y mecanismos que se van a utilizar para el desarrollo de la consulta previa; los interlocutores legítimos; los criterios de legitimación de dicho proceso, etc. De igual forma, establece los mecanismos que garanticen los derechos, espacios, prácticas culturales, entre otros.

Para la realización de la consulta, la experiencia que se ha tenido en Colombia, es que el dueño del proyecto garantiza la financiación de los servicios de expertos de confianza de los pueblos indígenas, para efectos de analizar el Estudio de Impacto Ambiental. De no ser posible esto, se recomienda identificar dentro de las comunidades los profesionales o expertos que pueden colaborar con este análisis. Cuando se traten aspectos muy técnicos, también se puede acudir al apoyo académico de instituciones superiores, a través de líneas o grupos de investigación que realizan trabajos relacionados con estas temáticas.

Los pueblos indígenas requieren de sus espacios propios de análisis y esto debe quedar claro en la concertación de la metodología, lo cual no quiere decir que se presente dilatación de los procesos de consulta, sino que se garantiza la protección de las dinámicas culturales de los pueblos.

En caso de dudas, inquietudes o desacuerdos sobre la manera como se está realizando la consulta previa, se sugiere acudir a los Organismos de Control (Procuraduría o Defensoría) con el fin de solucionar y re direccionar el proceso antes de llegar a confrontaciones.

Para garantizar el derecho a la información, se debe tener a disposición de los pueblos indígenas, el Estudio de Impacto Ambiental y que se realice una indagación del mismo antes de iniciar el proceso de identificación y socialización del proyecto. Además, sería conveniente que el Ministerio del Interior se hubiese reunido con la comunidad para informar sobre los alcances, objetivos y trascendencia de este proceso.

Con base en los diferentes criterios planteados, la consulta previa debe asegurar antes de su desarrollo, entre otras, las siguientes condiciones (DGAI, DGN, ECOPEPETROL, UPME, MMA, 1999: 20):

- el reconocimiento de las comunidades y pueblos involucrados en el proyecto;
- información amplia, suficiente y objetiva acerca del proyecto que se pretenda realizar;
- espacios de reflexión para decisiones internas sobre cómo debe adelantarse el procedimiento de consulta y concertación, actividades y tiempos;

- análisis acerca del enfoque de los estudios que deben realizarse previamente a cualquier decisión;
- realización de los estudios ambientales de acuerdo con la realidad del entorno regional, a través de la adaptación y refinamiento de los términos de referencia y estudios existentes para el tipo de proyecto;
- socialización de los resultados de los estudios antes de tomar decisiones en el marco de la consulta previa.

Una vez se ha establecido la metodología señalada, se da inicio al procedimiento de consulta, el cual es convocado por el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y al cual deben asistir, entre otros, la autoridad ambiental, los Organismos de Control y, por supuesto, los pueblos indígenas.



7.4.2. ETAPA II. DESARROLLO DE LA CONSULTA PREVIA

En esta etapa, se desarrolla la consulta previa para los proyectos que requieren licencia ambiental. Además, se da información, se socializa el proyecto y se identifican los impactos y las medidas de mitigación, manejo, compensación y corrección. Es importante señalar que este procedimiento no es estándar, todo depende de las circunstancias de cada proyecto, y que es un procedimiento que incluye diversos espacios de diálogo y concertación, lo cual implica la realización de varias reuniones.

Sobre este particular, la Corte Constitucional (T-129/11) encuentra inaplazable que las comunidades afectadas puedan hacer uso de la

posibilidad de revisar y poner de presente sus puntos de vista sobre la intervención, no sólo de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo. Para ello, conforme a las especificidades y exigencias propias de cada caso, al momento de la consulta inicial se deberán fijar los tiempos de revisión a corto, mediano y largo plazo. De otra parte, asegura este Tribunal, no es plausible pensar en la determinación de un tiempo único para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, ya que homogenizar este tipo de procesos desconocería el respeto por las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas. Por ello, el proceso deberá efectuarse desde la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución, ya que este tipo de práctica desconoce al romper los tiempos propios de las comunidades étnicas, situando el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento en un obstáculo y no en la oportunidad de desarrollar un diálogo entre iguales en el que se respete el pensamiento del otro, incluido el de los empresarios.

7.4.2.1. Reunión de instalación

La primera reunión corresponde a la instalación de la consulta previa, en la cual es verificada la asistencia de las partes y el responsable del proyecto hace la exposición del contenido del estudio de impacto ambiental, dando especial énfasis a la identificación de las posibles afectaciones frente a las comunidades y pueblos indígenas, señalando además las propuestas de manejo de las mismas. Aquí los representantes indígenas pueden manifestar sus apreciaciones y hacer las preguntas que crean pertinentes respecto del proyecto. Esta primera parte del proceso, corresponde a una fase de información y socialización (MIJ, 2006: 12), que es coordinada por el Ministerio del Interior (Dirección de Consulta Previa)⁴², en la cual se debe informar ampliamente a la comunidad sobre

⁴² Su principal misión es garantizar el derecho a la adecuada consulta previa. También, el suministro, previo a la realización de la consulta, de información de calidad, fidelidad y exhaustividad, de modo que los pueblos indígenas puedan formarse su propia opinión y evaluar por sí mismos, desde su visión del mundo y su cultura, las posibles consecuencias sobre su estructura sociocultural y socioeconómica (Ariza Santamaría, 2012: 284).

el proyecto. Esta es una buena oportunidad para indagar, preguntar y profundizar sobre el mismo.

7.4.2.2. Realización del proceso de consulta previa

En esta fase se identifican mediante diferentes reuniones, visitas y recorridos, los impactos planteados por los dueños del proyecto y, además, desde las visiones de los pueblos indígenas, las formas de manejo de los mismos. El responsable del proyecto posibilita que la comunidad conozca e indague a fondo sobre los posibles impactos positivos y negativos del proyecto, además de establecerse los acuerdos sobre las medidas de prevención, corrección y mitigación. En esta etapa es necesaria la inclusión de espacios compartidos y propios de los pueblos indígenas a efecto de llevar a cabo los análisis planteados. Si existe acuerdo en torno a la identificación de impactos y a las medidas propuestas dentro del plan de manejo ambiental, y las demás a que hubiere lugar, se deja en cada reunión constancia expresa del hecho a través de las actas de seguimiento al igual que sobre la no existencia de acuerdos sobre dichas medidas.

En los talleres efectuados en esta investigación, encontramos que en esta etapa se presentan grandes riesgos. El primero de ellos tiene que ver con la división de las comunidades y pueblos indígenas. Cuando se presentan estas diferencias, se sugiere establecer espacios propios para que a través de sus propios mecanismos de solución de conflictos, estas sean superadas.

El segundo riesgo tiene que ver con la oferta de prebendas por parte de los dueños con el fin de acelerar o aprobar el proyecto. Es importante señalar que en algunos casos y, ante la ausencia del Estado, algunas comunidades alejadas, donde no hay presencia institucional, esperan superar sus problemas más inmediatos a través de los acuerdos que se dan en el marco de la consulta previa. Esta situación puede llegar a desvirtuar el objetivo de la consulta y constituirse, a largo plazo, en un problema mayor para la comunidad o pueblo indígena. En estos procesos deben superarse los intereses particulares y suplantar las obligaciones del Estado, para pasar a entender que “en la consulta previa lo que está en juego es la vida”, como lo plantea la Indígena Pijao Albenis Tique.

Como se ha mencionado, en cada una de las reuniones, es importante la participación de la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, de los Personeros Municipales y de las demás entidades del Estado que posean interés en el asunto, de conformidad con la naturaleza del impacto proyectado.



7.4.2.3. Sobre los acuerdos

En el marco de los talleres y reuniones efectuadas en esta investigación, se lograron establecer los siguientes aspectos a tener en cuenta en los acuerdos que se logren al finalizar la consulta previa:

- Las condiciones para la realización de la obra o medidas tendientes a la modificación del proyecto, si es necesario.
- En las medidas de mitigación, control y compensación para garantizar la identidad cultural y el derecho a gozar de un medio ambiente sano o en su defecto, se deben establecer los mecanismos para la reparación de los daños causados.
- Los planes de seguimiento y control que deben señalar, de común acuerdo con las comunidades y pueblos indígenas, las comisiones de seguimiento, control y verificación de su cumplimiento.
- Se debe dejar clara la forma como se dará la participación de las comunidades y pueblos indígenas en los beneficios del proyecto.

- También es importante establecer mecanismos para que una vez culminado el proceso, se socialicen los acuerdos con toda la comunidad o pueblo indígena.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta, tiene que ver con proyectos cuya licencia es solicitada por una institución y en la que otra empresa realiza la administración de la misma; es el caso del trazado y concesión de vías. La responsabilidad en estos casos debe ser concretada para que no se diluya, especialmente cuando una obra está fraccionada por etapas o cuando se otorga una concesión para su manejo.

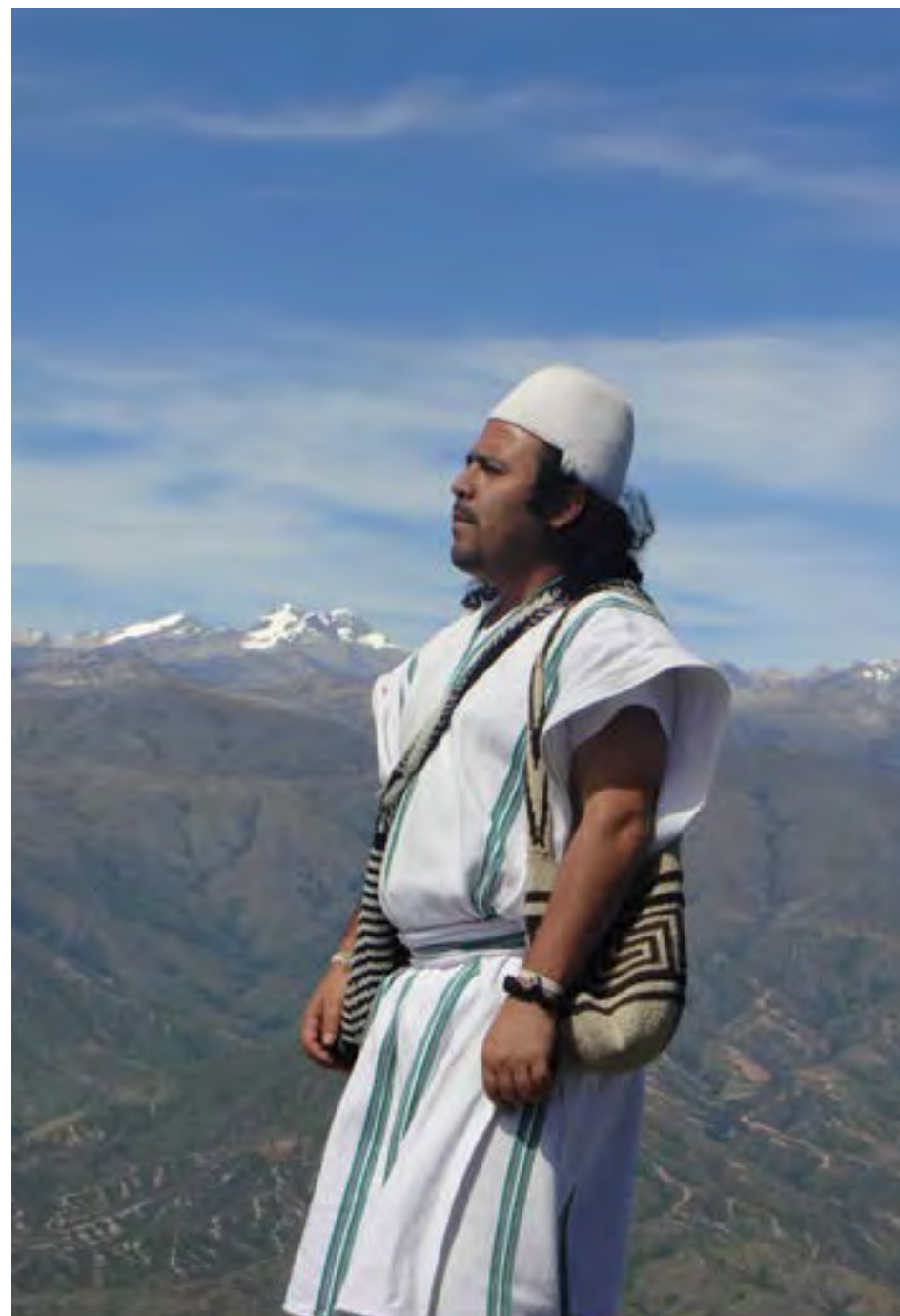
7.4.2.4. Reunión de protocolización

Una vez efectuadas las diversas reuniones del proceso y se llegue a unos acuerdos, se efectúa la reunión de protocolización en la cual se recogen los mismos y se suscribe el acta final o acta de protocolización. Adicional a los acuerdos y compromisos se deben establecer los responsables; los tiempos para su cumplimiento; los recursos y los mecanismos de seguimiento.

Cuando se ha agotado el objeto de la reunión, se lee en voz alta y se firma el acta de protocolización, se da por terminada esta etapa dejando constancia de lo ocurrido y se continúa con el trámite establecido para el otorgamiento de los permisos o licencias ambientales.

7.4.3. ETAPA III. SEGUIMIENTO

En esta etapa se da cumplimiento a los acuerdos establecidos en el marco de la consulta previa y su éxito depende del hecho de haber dejado clara la forma de hacerlo. Para ello es necesario señalar los responsables no solo de los compromisos, sino del seguimiento y control. Se sugiere para esta tarea tener presente al Ministerio Público y en casos muy complejos, inclusive la participación de veedurías nacionales e internacionales. Finalmente, cuando termina el proyecto y se han cumplido todos los compromisos adquiridos en el marco de la consulta previa, se procede a su cierre definitivo.



8. ANÁLISIS DE LAS CONSULTAS PREVIAS EFECTUADAS EN LOS PROCESOS DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL

Como se mencionó en la parte inicial de este documento, la consulta previa ha sido considerada como un obstáculo para el desarrollo del país. Por ejemplo, según los medios de comunicación, “hay una creciente percepción de que este procedimiento que busca garantizar los derechos de estas comunidades en las zonas donde se asientan, y que se debe hacer antes de cualquier proyecto de explotación económica o ley que pueda afectar su forma de vida, se está convirtiendo en un obstáculo para el desarrollo del país” (Revista Semana, 2012).⁴³

Empero, en el marco de nuestra investigación cuestionamos esta aseveración dado que en el país durante los últimos años se han otorgado 2.331 licencias ambientales y tan solo se han efectuado 156 consultas previas (6.69%).

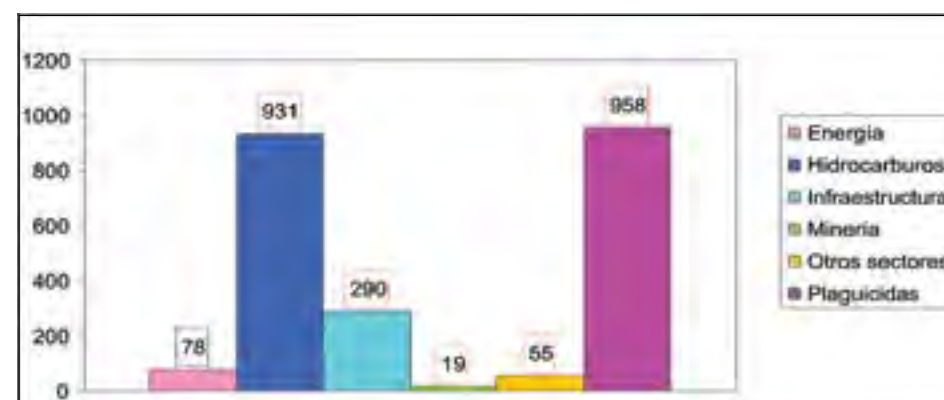
TABLA No. 2. LICENCIAS AMBIENTALES Y CONSULTAS PREVIAS POR AÑO⁴³

Año	Licencias	Consultas previas
1993	67	0
1994	148	6
1995	116	6
1996	108	6
1997	92	10
1998	81	11
1999	83	6
2000	49	4
2001	67	11
2002	62	4
2003	92	0
2004	152	3
2005	279	1
2006	201	21
2007	102	16
2008	93	10
2009	95	8
2010	150	16
2011	170	7
2012	124	10
TOTAL	2331	156

Fuente: Elaborado con base en MADS/ANLA.

En este contexto, según información suministrada por la autoridad ambiental del orden nacional, la ANLA, dichas licencias ambientales fueron otorgadas por sectores, dando como resultado que el mayor número de estas autorizaciones fueron para plaguicidas e hidrocarburos (véase gráfica No. 1):

**GRÁFICA No. 1.
LICENCIAS AMBIENTALES OTORGADAS POR SECTORECONÓMICO (1993-2012)**



Fuente: Elaborado con base en MADS/ANLA.

Así las cosas, de las 156 consultas previas realizadas entre 1994 y 2012, podemos encontrar los siguientes resultados:

8.1. CONSULTAS PREVIAS POR GOBIERNO

En nuestro país, no obstante estar ratificado el Convenio núm. 169 de la OIT desde el 4 de marzo de 1991, mediante la ley 21, los procesos de consulta previa sólo se iniciaron en 1994 con un caso de hidrocarburos que involucró al pueblo indígena Sikuaní. En los datos que arroja la información suministrada a través de derecho de petición, se puede establecer que:

En el gobierno de César Gaviria (1990-1994) hubo cuatro importantes acontecimientos jurídicos: el constituyente primario discutió la reforma a la Carta Política del país, lo que culminó con la promulgación de la actual

⁴³ La información que se destaca en este aparte, corresponde a las respuestas dadas a los derechos de petición incoados ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

Constitución Política, considerada como ecológica y multicultural; eso en primer lugar. El segundo acontecimiento se relaciona con la incorporación del Convenio núm. 169 de la OIT al ordenamiento jurídico colombiano; el tercero fue la expedición de la ley 99 de 1993, mediante la cual se creó el Ministerio de Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y se organizó el Sistema Nacional Ambiental; y, el cuarto, la expedición de la Ley de Reforma Agraria (ley 160 de 1994), mediante la cual se reguló lo referente a la titulación colectiva de resguardos indígenas. No obstante estos antecedentes, solamente hubo 3 consultas previas en este gobierno, ocurridas durante los últimos meses del mandato presidencial (véase gráfica 3).

En el gobierno de Ernesto Samper Pizano (1994-1998), comenzó a tomar fuerza la consulta previa, se expidieron decretos reglamentarios para la titulación de resguardos y se avanzó en la consagración de derechos. Sin embargo, en esta época se presentaron los casos más conflictivos sobre consulta previa: el caso U'wa y el de Urrá. Adicionalmente, al finalizar el gobierno se expidió el decreto 1320 de 1998 que regula la consulta previa en materia de explotación de recursos naturales, generando una grave confrontación con los pueblos indígenas, la cual se analizará a continuación. Se resalta que en este gobierno se adelantaron 32 consultas previas.

El gobierno de Andrés Pastrana Arango (1998-2002) inició en el marco de un conflicto con relación al mencionado decreto 1320, donde los pueblos indígenas clamaban por su derogatoria. Otra situación compleja tuvo que ver con las denuncias que tanto en el orden interno, como internacional se presentaron por los casos de los conflictos U'wa y de Urrá. La situación fue tan difícil que los indígenas Embera Katío se tomaron durante casi cuatro meses el antejardín de las instalaciones del Ministerio de Ambiente por la licencia ambiental otorgada sin consulta previa y con intervención de la Corte Constitucional, al judicializarse este conflicto. En este gobierno hubo 28 consultas previas.

En el primer periodo presidencial de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006) sólo hubo 19 consultas previas. En particular, fue notorio que entre 2003

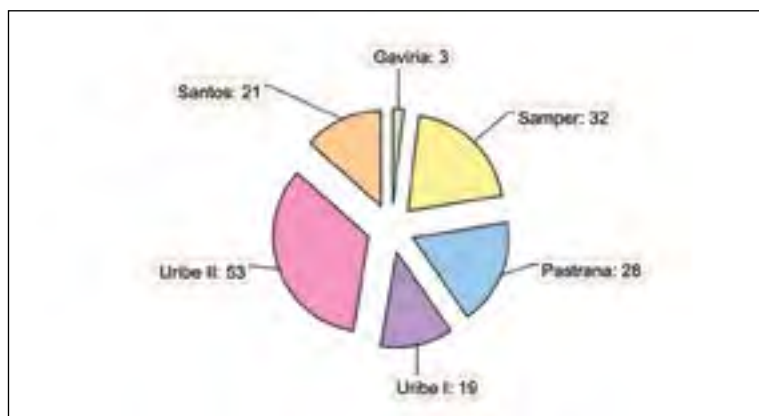
y 2005 se registraran únicamente 4, ninguna de ellas correspondiente a 2003. En esta etapa comenzó un proceso importante de judicialización de los casos, lo que terminó por conducir a la Corte Constitucional, mediante su jurisprudencia, a establecer los requisitos y directrices sobre la forma como debería efectuarse dicho procedimiento y para garantizar de manera adecuada este derecho fundamental.

En el segundo y consecutivo periodo de gobierno (2006-2010), el presidente Uribe aumentó el número de consultas previas, lo cual se debió a dos factores importantes: el primero, que las comunidades y pueblos indígenas ya conocían el derecho y lo reclamaban y, el segundo, a que el gobierno se enfrentó al incremento de los casos de demandas judiciales en los que los jueces mediante sus providencias garantizaron este derecho y los proyectos se suspendieron. Cuando el gobierno se vio enfrentado a esta situación, expidió la Directiva Presidencial 01 de 2010, en la que ordena a todas las instituciones, cumplir con la consulta cuando ésta se requiera o preguntar previamente, en el caso de existir dudas, al Ministerio del Interior por medio de la Dirección de Consulta Previa. En consecuencia en este cuatrienio aumenta el número de consultas previas a 53.

En el mandato de Juan Manuel Santos Calderón, que va por tres de los cuatro años de su periodo (2010-2014), hay un nuevo panorama institucional. Por primera vez se consultan el Plan Nacional de Desarrollo y otras normas como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y además se presenta incremento en el número de consultas previas. No obstante, también se evidencia una división de criterios entre los diferentes despachos ministeriales. Por ejemplo, los Ministros de Agricultura, de Ambiente y de Minas, aparentan tener una visión muy diferente sobre el tema con relación al Ministro del Interior. Para los primeros, la consulta se ha constituido en un obstáculo para la expedición de normas y la realización de proyectos, mientras el segundo aboca por la defensa de este derecho. Durante este gobierno, hasta diciembre de 2012, se han efectuado un total de 21 consultas previas en materia de autorizaciones ambientales según información de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, obtenida mediante derecho de petición (anexo 3 /véase gráfica No. 2.)



GRÁFICA No. 2.
CONSULTAS PREVIAS POR PERÍODO PRESIDENCIAL (1993-2012)

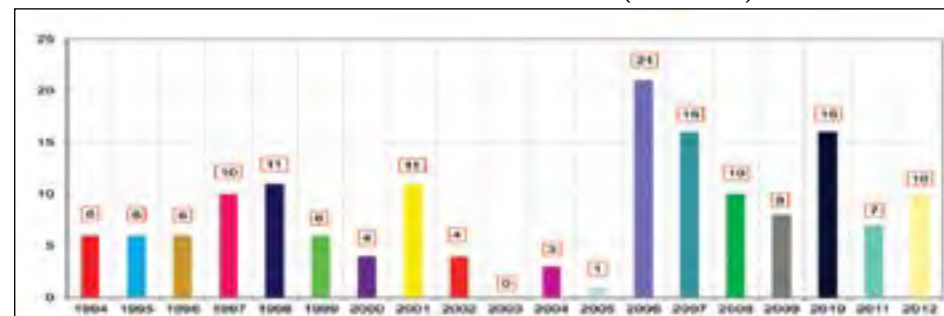


Fuente: Elaborado con base en MADS/ANLA.

8.2. CONSULTAS PREVIAS POR AÑO

Como se ha venido mencionando, en materia de licencias y permisos ambientales, a 31 de diciembre de 2012 se han efectuado un total de 156 consultas previas, que por años se encuentran distribuidas como lo indica la gráfica 3.

GRÁFICA No. 3.
CONSULTAS PREVIAS POR AÑO (1993-2012)

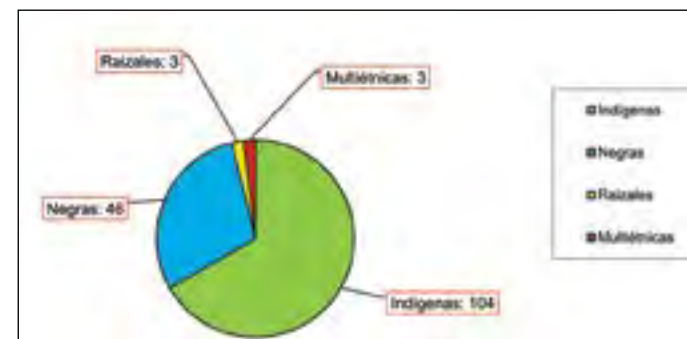


Fuente: Elaborado con base en MADS/ANLA.

8.3. CONSULTAS PREVIAS POR PUEBLOS

En cuanto a la distribución de consultas previas por pueblos o comunidades, según los resultados de nuestra investigación, la mayor cantidad de procesos se han efectuado con pueblos indígenas y, en total, se distribuyen de la siguiente manera:

GRÁFICA No. 4.
CONSULTAS PREVIAS POR PUEBLO (1993-2012)



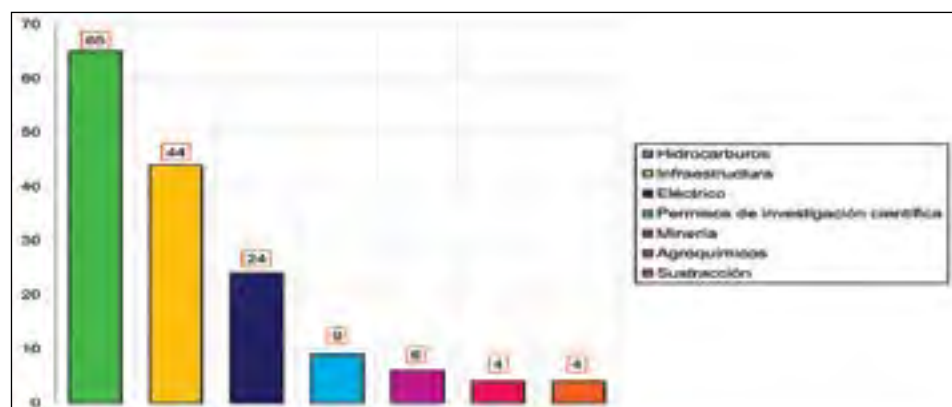
Fuente: Elaborado con base en MADS/ANLA.

8.4. CONSULTAS PREVIAS POR SECTOR

De acuerdo con los proyectos o sectores, en su gran mayoría las consultas han sido para el sector de hidrocarburos (65), seguido por el sector infraestructura (44). En total su distribución por sector puede verse en la gráfica 5.

GRÁFICA No. 5.

CONSULTAS PREVIAS POR SECTOR (1993-2012)



Fuente: Elaborado con base en MADS/ANLA.

Esa realidad conduce a reconocer que con un porcentaje tan exiguo no puede afirmarse que el cumplimiento de este derecho es un obstáculo para el desarrollo económico del país. Mucho menos, que esté afectando el interés general. Llama la atención la alta participación del sector de hidrocarburos e infraestructura en el total de consultas. Consideramos que lo anterior responde a la existencia de dos convenios interadministrativos entre el Ministerio del Interior y la Agencia Nacional de Hidrocarburos⁴⁴ y la Agencia Nacional de Infraestructura⁴⁵, respectivamente, para el desarrollo de las consultas previas.

En contraste, es muy bajo el número de licencias y consultas en el sector minero, cifra que se explica porque se otorga el título minero y se inicia de manera irregular la explotación sin estos dos requisitos. Esta es una de las causas del incremento de los proyectos mineros ilegales en el país.

44 Convenio Interadministrativo M 277 suscrito el 1º de octubre de 2012, cuyo objetivo es aunar esfuerzos técnicos administrativos legales, humanos y financieros para que la Dirección de Consulta Previa fortalezca sus funciones administrativas y jurídicas y de esta forma se promueva la adecuación de los procesos de consulta previa a los estándares internacionales en la garantía de los derechos de los grupos étnicos.

45 Convenio interadministrativo M 313, suscrito el 6 de noviembre de 2012, con el fin de aunar esfuerzos técnicos, legales, humanos y financieros para que la Dirección de Consulta Previa fortalezca sus funciones administrativas y jurídicas. Eso redundará en beneficio de la oportuna, eficiente, eficaz y efectiva resolución del derecho fundamental a la consulta previa de los proyectos de sector infraestructura y demás actividades complementarias.

9. EL INTERÉS GENERAL VS. EL INTERÉS PARTICULAR EN LOS CONFLICTOS AMBIENTALES Y LA CONSULTA PREVIA

Desde el primer artículo de la Constitución Política de Colombia se hace referencia al hecho de que el interés general prevalece sobre cualquier otro interés. En el caso de la consulta previa a pueblos indígenas, esto genera confrontaciones, especialmente entre el derecho al desarrollo⁴⁶, los derechos de los pueblos indígenas y a la consulta previa. Infortunadamente, en el núcleo de la Constitución de 1991 existe una tensión entre unidad y diversidad cultural que ha generado obstáculos para el adecuado desarrollo jurídico y para la aplicación de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas. Cada uno de los extremos de la tensión entre unidad y diversidad está conformado por dos conjuntos de valores, principios y/o derechos constitucionales. El polo de tensión constitucional referente a la ‘diversidad cultural’ está constituido por los derechos culturales concedidos y por el reconocimiento de que Colombia es un Estado multicultural y multiétnico. El polo de la ‘unidad cultural’ del conflicto está compuesto por los principios constitucionales que declaran la unidad y la soberanía nacional, por una parte, y por la visión universalista de la dignidad humana que se encuentra en el centro de la Constitución, por otra, asegura el profesor BONILLA MALDONADO (2006: 31).

Lo anterior se hace evidente en la realización de proyectos y en la utilización de recursos naturales, donde se presentan intereses de diversos órdenes que pueden llegar a ocasionar el surgimiento de conflictos ambientales. Sobre el particular, la Corte Constitucional (SU-383/03) ha señalado que la protección de los valores culturales, económicos y sociales de los pueblos indígenas que aún subsisten en el territorio nacional, es un asunto de interés general en cuanto comporta el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y la existencia misma del Estado social de derecho. Así mismo, ha puntualizado que la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud,

46 Para profundizar sobre el desarrollo como un derecho humano, véase García Matamoros (2011).

a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor. Esta regla supone que, al ponderar los intereses que puedan enfrentarse, en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de los pueblos indígenas previamente señaladas por la Constitución, la ley y la jurisprudencia. En este sentido, para el Tribunal Constitucional, las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente los intereses de las comunidades tradicionales, deben estar precedidas de un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados. Por consiguiente, solo resultarán admisibles las políticas que prevean limitaciones constitucionalmente legítimas.

Es necesario hacer mención que, sobre el particular, sólo en el tema de la seguridad nacional existe un criterio claramente definido por la Corte Constitucional (T-405/93) para cuando se presenta contradicción entre el interés general y el colectivo. En este caso, se resuelve siempre a favor del interés general cuando el tema de la seguridad nacional está de por medio (PGN, 2011: 28).

Un importante aporte a esta polémica lo ha dado la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia que en su documento “El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada”, ha planteado algunos elementos de utilidad para guiar la controversia con relación a la consulta y el interés general. Para ello propone que se debe abordar el debate en relación al desarrollo y el derecho al desarrollo propio de los pueblos indígenas y señala, que el Estado debe asumir la discusión y concertación en torno a las diferentes opciones para el desarrollo planteadas desde la cosmovisión de los pueblos indígenas y la visión contemplada en lo que el Consejo de Estado identifica como el “interés general de la nación” propio de sociedades occidentales, mediante la implementación de la consulta previa, libre e informada a medidas legislativas y administrativas.

Con el fin de establecer la forma como ha sido asumido este tema por la jurisprudencia colombiana, analizaremos a continuación dos de los casos estudiados que se han presentado en el país relacionados con la consulta previa y los cuales han generado conflictos ambientales.



9.1. CASO RESGUARDO CRISTIANÍA

El primero es el caso de Cristianía (CCC, T-428/92), referente a la construcción de una vía que afecta este Resguardo ubicado en el departamento de Antioquia, donde habitan indígenas del pueblo Embera.

En este caso específico, la corporación planteó que formalmente, se trata de un conflicto entre dos intereses de tipo colectivo, no de un conflicto entre el interés particular y el interés general. Ambos intereses colectivos poseen diferencias en cuanto a su grado de generalidad. Para la Corte Constitucional (T-428/92), desde un punto de vista material, se trata de un conflicto entre el interés de los pobladores de la zona cafetera, en relación con la mejoría de la infraestructura vial de la región y el interés de una comunidad indígena en relación con derechos de propiedad sobre bienes inmuebles fundamentales para su subsistencia. En efecto, tal como se pudo constatar en el estudio de la información disponible sobre Cristianía y en la diligencia de inspección judicial realizada por ese Tribunal, la pérdida de los inmuebles en los cuales estaba localizado lo primordial de la infraestructura productiva de la comunidad, ponía en peligro sus precarias condiciones de subsistencia y con ello la integridad y la vida misma de sus miembros.

Según esto, si bien se trata de dos intereses colectivos, es evidente que desde el punto de vista del derecho en el que se funda cada interés,

las pretensiones de la comunidad indígena poseen un mayor peso asegura la Corte. Mientras que su interés se funda en el derecho a la propiedad, al trabajo y al mantenimiento de su integridad étnica y cultural, el interés del resto de la comunidad está respaldado en el derecho a la terminación de una obra concebida para el beneficio económico de la región. En síntesis, el interés del pueblo indígena posee una legitimación mayor en la medida en que está sustentado en derechos fundamentales ampliamente protegidos por la Constitución Política. En consecuencia, después de un amplio análisis al respecto, la Corte Constitucional ordena que se suspendan las labores de ampliación de la carretera, dando prioridad entonces a los intereses del pueblo indígena afectado por el proyecto (CCC, T-428/92).

9.2. CONFLICTOS EN RELACIÓN CON LOS CULTIVOS DE USO ILÍCITO

El segundo caso tiene que ver con las fumigaciones de cultivos de uso ilícito en la zona amazónica, tema al cual ya habíamos hecho referencia en este trabajo. La Corte Constitucional (SU-383/03) nuevamente se pronunció sobre el tema del interés general versus el interés particular. Al respecto señaló que el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados no es un asunto de interés particular y que en el Estado social de derecho, los derechos fundamentales no pueden ser desconocidos con la afirmación vaga e imprecisa de que se preserva el interés general.

El Tribunal Constitucional (SU-383/03), una vez estudiado el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos en la región amazónica, ordenó que tenía que consultarse de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas de la Amazonía colombiana, sobre las decisiones atinentes al mencionado programa que las entidades adelantan en sus territorios, en los aspectos que a cada una de dichas entidades compete, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, con plena observancia de los principios y reglas contenidos en el Convenio núm. 169 de la OIT. Adicionalmente, estimó necesario vincular a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de Nación, para que en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ejercieran la vigilancia respecto del cumplimiento de esa decisión (CCC, T-129/11).

Así las cosas, la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución y, por otro, la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de los indígenas que los ocupan, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento. Así mismo, dicha exploración y explotación deben hacerse compatibles con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades, la cual configura un derecho fundamental para los pueblos indígenas, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura (CCC, T-769/09). En consecuencia, es necesario realizar un proceso conjunto para hacer efectiva la ponderación de los derechos buscando la protección de nuestro patrimonio cultural.

Recogiendo lo planteado, para la Corte Constitucional (T-574/96) el interés particular en cuanto al crecimiento económico, no puede prevalecer sobre los derechos de los pueblos en condiciones de vulnerabilidad, como la exclusión y la pobreza. No obstante, asegura la PGN (2011: 27), estos criterios no han sido suficientemente considerados por las entidades del Estado responsables de los procesos de consulta previa, en aquellos casos en que las afectaciones al medio natural y cultural por grandes proyectos han sido expuestas por las organizaciones de los pueblos indígenas y comunidades negras.

10. LIMITACIONES DE LA CONSULTA PREVIA



No obstante la importancia del cumplimiento de la consulta previa, hay diversos inconvenientes en su ejercicio real. Estos deben solucionarse para efectuarla de manera adecuada y garantizar su protección. También para que se garanticen los derechos a la integridad social, cultural y económica de los pueblos indígenas.

Todos partimos de la convicción de que las sentencias de la Corte Constitucional son de obligatorio cumplimiento. Pero son otras las realidades: si bien los involucrados aceptan las decisiones judiciales, en la práctica las rehúyen. La sentencia solo funciona como un documento que requiere una segunda lucha legal, pues sus ejecutores se enfrentan con todo tipo de obstáculos e intereses económicos, políticos, internacionales y militares que impiden su materialización (ARIZA SANTAMARÍA, 2012: 295). Por eso se plantean varios dilemas sobre la efectividad de este derecho.

A continuación presentamos las principales problemáticas que limitan el ejercicio efectivo del derecho a la consulta previa:

10.1 CERTIFICACIÓN DE EXISTENCIA DE PUEBLOS INDÍGENAS⁴⁷

A lo largo del análisis efectuado en el marco de esta investigación, encontramos que los conflictos generados se encuentran relacionados, entre otras cosas, con el desconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas en el área de influencia del proyecto.

Varios de los casos de conflictos ambientales obedecieron al hecho que las empresas o dueños de los proyectos se dirigieron al Ministerio del Interior (Dirección de Pueblos Indígenas o de Consulta Previa), para solicitar información sobre las comunidades y pueblos indígenas existentes en la zona y, por la falta de un sistema de información geo-referenciado y ausencia de claridad sobre los territorios habitados por estas colectividades, dicha entidad señaló que no había presencia de indígenas en la zona. Esto terminó por generar dificultades cuando los pueblos indígenas se

⁴⁷ Es necesario señalar que en lo referente a la certificación, recientemente fueron expedidos por la Presidencia de la República la Directiva No. 10 y el decreto 2613 de 2013 que hacen mención y establecen la forma como debe efectuarse el proceso correspondiente a este tema.

encontraban con presencia de funcionarios de las instituciones o de las empresas dueñas de los proyectos en sus territorios.

Para ilustrar esta situación tenemos el caso de los Motilón Bari, quienes demandaron la protección de sus derechos fundamentales, porque el Ministerio del Interior al expedir una certificación los desconoció y como consecuencia, el Ministerio de Ambiente otorgó una licencia ambiental para adelantar la exploración y explotación de petróleo en su territorio sin que previamente fueran consultados. En este sentido, la Corte Constitucional (T-880/06) garantizó los derechos del pueblo, ordenó a ECOPELROL como dueña del proyecto suspender las actividades exploratorias y a la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, realizar la consulta previa *respecto de las medidas que los afecten directamente, en particular sobre las relacionadas con el espacio que ocupan y la explotación de recursos en su hábitat natural. Dichas consultas deberían establecer si los intereses de los indígenas serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.*

Lo anterior por cuanto, según el Tribunal Constitucional (T-880/06), no hubo consulta; por el contrario, se demostró que los ministerios del Interior y de Ambiente incumplieron los compromisos adquiridos. Esto, si se considera que la Dirección de Etnias ratificó la certificación sobre la no presencia de las comunidades indígenas en la región, con base en los resultados de una visita que realizó un funcionario al área de influencia del proyecto⁴⁸, y que el Ministerio de Ambiente, aunque conocía de la discusión al respecto, concedió la licencia, sin permitir la intervención de las autoridades indígenas. Llama la atención que la autoridad ambiental tampoco estableciera la existencia de este pueblo indígena en el proceso de evaluación del estudio de impacto ambiental.

⁴⁸ Destaca la Corte Constitucional (T-880/06), que el funcionario encargado de verificar la existencia del pueblo Motilón Bari, efectuó un sobrevuelo en el sitio señalado y en las coordenadas indicadas, fue así que desde el aire no identificó ningún poblado, ni caserío cerca del pozo, por lo cual señaló que; “esta era una prueba visual y cierta que permitió tener juicios claros para la certificación de la no presencia de comunidades indígenas en el lugar”.

Es importante tener presente que, la Corte Constitucional (T-547/10), para aclarar y resolver conflictos, ha precisado que la ausencia de asentamientos permanentes de comunidades indígenas en la zona del proyecto, no descarta el trámite de la consulta previa, porque, de todas maneras, el elemento de afectación directa puede ser demostrado. Así, queda claro que la certificación es un instrumento válido al que, en aplicación del principio de buena fe, deben acudir las autoridades del Estado y los particulares interesados en el proyecto susceptible de afectar a las comunidades indígenas, advirtiéndole que ésta involucra el deber de plantear el requerimiento de consulta ante las instancias correspondientes, tan pronto se tenga conocimiento de una medida que pueda afectar a una comunidad indígena.

En consecuencia, para superar estas problemáticas se debe tener presente que el procedimiento debe responder a lo establecido en el Convenio núm. 169 de la OIT y al principio de buena fe, para lo cual se requiere que: a) el pueblo indígena 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 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 y, (c) que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. De esta forma, se busca que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual, en la medida de lo posible, debe ser acordada o concertada (CCC, T-1045 A/10)



10.2 PROYECTOS INCONSULTOS EN ÁREAS DE INFLUENCIA INDÍGENA

Otra limitación al derecho a la consulta previa, la encontramos en la determinación del área de influencia del proyecto. Genera conflictos la presencia de actores extraños (públicos o privados) que pretenden utilizar los recursos naturales existentes en los territorios indígenas sin cumplir con la obligación de llevar a cabo la consulta previa, terminando por generar confrontaciones entre la visión tradicional de los pueblos indígenas y el interés de quienes desean explotar dichos recursos en mayor volumen, en el menor tiempo posible y con el menor costo.

A lo anterior se suma otra dificultad referida a las comunidades o pueblos indígenas objeto de consulta que habitan en el área de influencia directa del proyecto. El problema radica en que la visión sobre el área de afectación que tienen las empresas y autoridades ambientales, no concuerda con la visión de las comunidades y pueblos indígenas, cuyo concepto siempre es más amplio porque el mismo obedece a su cosmovisión y a su noción ancestral del territorio colectivo.

Así las cosas, es posible establecer que no es claro el concepto de “área de influencia directa” porque éste no está reglamentado, razón por la cual la Corte Constitucional (T-693/11), en el caso del proyecto Oleoducto de los Llanos (pueblos indígenas Achagua y Piapoco), donde también el Ministerio del Interior certificó la inexistencia de comunidades indígenas

en el área de influencia del proyecto, exhortó a los Ministerios del Interior y de Ambiente para que revisen y ajusten sus protocolos relacionados con la definición de las áreas de influencia de los proyectos de desarrollo y de explotación de recursos naturales. En consecuencia, el Tribunal Constitucional registra la importancia de ampliar el concepto de territorio de las comunidades étnicas desde el punto de vista jurídico, para que comprenda no solo las áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra y se contribuya a la preservación de las costumbres pasadas y su transmisión a las generaciones futuras, de conformidad con lo establecido en el Convenio núm. 169 de la OIT.

10.3 GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

Es claro que la consulta previa debe realizarse garantizando el debido proceso y contando con información adecuada para que las comunidades y pueblos indígenas puedan participar en la forma debida. Para ello debe efectuarse a través de un proceso que no se agota en una sola reunión, porque de esta forma se estarían incumpliendo los estándares establecidos y sería muy corto el tiempo para asegurar el conocimiento pleno del proyecto y lograr que las comunidades puedan pronunciarse sobre los impactos. Es necesario entonces, contar con espacios de reflexión autónomos que permitan garantizar su participación real y efectiva.

En algunos casos, se encuentra que la consulta previa se realiza por comunidades, no por pueblos, eso genera divisiones y desconocimiento de las formas organizativas de las comunidades y pueblos indígenas. El debido proceso implica contar con un diálogo continuo y transparente que posibilite llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. Además, debe responder al criterio colectivo según el cual, los pueblos indígenas son los que determinan, a través de un proceso propio y autónomo, quienes son sus representantes, ya que lo contrario puede implicar que la consulta carezca de legitimidad.

Es necesario tener claro que el procedimiento de consulta no queda librado completamente a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales como lo ha señalado la Corte Constitucional (T-1045 A/10) y que cuando dicho procedimiento no se sujete a las previsiones del Convenio núm. 169 y a las disposiciones constitucionales, se puede disponer su inaplicación

10.4 ORDEN PÚBLICO

Otra dificultad frente a la realización de la consulta en los proyectos, se encuentra referida al tema de orden público o a la aparición de grupos al margen de la ley cuando estos llegan a las regiones y se van a desarrollar en territorios de los pueblos indígenas.

La situación de orden público afecta los pueblos indígenas que en muchos casos terminan sufriendo o enfrentando problemas como desplazamiento, asesinatos, amenazas, entre otros, colocando en grave riesgo de vulnerabilidad a las comunidades que habitan las áreas de influencia de los proyectos. Dicha situación ha sido asumida por la Corte Constitucional a través del Auto 004, donde ha llamado la atención del Estado sobre la necesidad de tomar medidas especiales en estos casos.



10.5 INFORMACIÓN AMBIENTAL

En cuanto a la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental –EIA, encontramos otros problemas. La legislación establece que el responsable del proyecto debe elaborar los estudios ambientales con la participación de las comunidades y debe acreditar la forma y procedimiento en que las vinculó en la elaboración de los mismos (art. 5, decreto 1320/98). En la mayoría de los casos las comunidades étnicas, deciden autónomamente no participar en la elaboración de estos documentos, aduciendo que esto les restaría fuerza para realizar su evaluación y para presentar sus objeciones al momento de la consulta previa.

Es necesario tener presente dos cosas importantes sobre los Estudios de Impacto Ambiental –EIA: La primera tiene que ver con la elaboración de estos estudios, que en muchos casos se realizan o se evalúan sin siquiera efectuar visitas de información y verificación de lo que allí se dice. Un EIA no se puede realizar en un escritorio y a ello debemos las inconsistencias e incluso la invisibilidad de las comunidades en los documentos finales. Así, las empresas tienen el compromiso de realizar de manera seria los EIA y las autoridades tienen la obligación de efectuar una evaluación RIGUROSA de los mismos.

El segundo aspecto importante para señalar, es que las comunidades deben prepararse para el análisis de los EIA, para ello pueden contar con profesionales idóneos que analicen la información suministrada por la empresa y de esta forma pueden valorar los impactos sociales, culturales y ambientales del proyecto. Este proceso debe ser libre y sin ninguna injerencia y, en estos casos, las comunidades requieren de tiempos y espacios. Igualmente, es bueno identificar procesos similares o experiencias de consulta que puedan ilustrar sobre la manera más idónea para realizarlos.

10.6 AUSENCIA DEL ESTADO

Otra dificultad que se percibe en los procesos de consulta previa, tiene que ver con la falta de presencia del Estado y la participación de las

instituciones en su realización. En los requerimientos señalados en el marco de los talleres efectuados con pueblos indígenas, encontramos que el acompañamiento que deben hacer las instituciones en el desarrollo del proceso de consulta es parcial y, en ocasiones, se limita a la reunión de instalación y a la de protocolización de la consulta.

En este contexto es importante que los funcionarios públicos⁴⁹ de las autoridades competentes tengan en cuenta que juegan un rol fundamental en la garantía de los derechos de los pueblos indígenas y que su participación durante todo el proceso de consulta debe ser imparcial y muy objetiva.

Con el apoyo de las instituciones, las comunidades y pueblos indígenas pueden aclarar y capacitarse previamente sobre el significado y el alcance de la consulta previa. De igual forma, pueden concertar de forma fluida y transparente, el procedimiento que va a llevarse a cabo. A los funcionarios les corresponde promover diálogos e instrumentos para el análisis de la información otorgada antes de la realización de la consulta, con el fin de establecer la ambientación, el tiempo y la forma de realización de la misma, de manera que no afecte las costumbres y culturas de los pueblos indígenas. También es su deber estar al tanto para evitar las interferencias en el proceso de consulta por parte de personas que tienen intereses particulares; además, deben propender y tener en cuenta que este mecanismo de participación permite el fortalecimiento y la organización de las comunidades indígenas y que aporta elementos fundamentales a las autoridades para el otorgamiento de las Licencias Ambientales.

Así mismo, con el fin de prevenir y superar los problemas que se presentan en el desarrollo de la consulta previa, los funcionarios están obligados a ofrecer los medios para que se expongan y analicen las posiciones de las partes o se logre llegar a la concertación, el acuerdo o el consentimiento.

⁴⁹ En especial los de los Ministerios del Interior (Dirección de Consulta Previa) y de Ambiente y Desarrollo Sostenible, además de los Organismos de Control (Procuraduría, Defensoría del Pueblo y Personeros Municipales).

En lo posible, los funcionarios de las autoridades involucradas deben proporcionar los mecanismos necesarios para evitar que se den largos procesos que desgastan a los líderes a las comunidades indígenas, a las empresas y a las mismas instituciones. Es deber de las instituciones que tienen que ver con la consulta, fortalecer mucho más la vigilancia y el acompañamiento en los procesos previos, durante su realización y con posterioridad a la consulta y, además deben garantizar mecanismos para el control y el seguimiento de los acuerdos, una vez culminado el proceso.

De otro lado, la escasa presencia estatal en los territorios indígenas ha generado que actualmente estas colectividades tengan necesidades básicas insatisfechas⁵⁰ y que vean los proyectos como la única posibilidad de resolverlas a través de los procesos de compensación por los impactos generados. Dicha situación puede ocasionar que los procesos de consulta sean manipulados con prebendas y que terminen atendiendo intereses personales que en nada benefician a la comunidad. *El debilitamiento organizativo, las divisiones o la primacía de los intereses particulares sobre los colectivos, se constituyen en una amenaza para la consulta previa. De igual forma, un grave riesgo tiene que ver con el hecho de ofrecer, recibir o solicitar dinero o beneficios como compensación por proyectos, lo cual termina por minar las colectividades acabando con las tradiciones y con la vida comunitaria.*



50 En el informe de la Presidencia de la República (2013: 20) sobre los Objetivos del Milenio e Indígenas, se menciona que el coeficiente de Gini (por ingresos) para el año 2009 ubica a departamentos como La Guajira, Cauca y Chocó (con el 42%, 21% y 11% respectivamente, de población indígena) como los más desiguales de Colombia. Es importante señalar que no existen cálculos para los departamentos de Guainía, Vaupés, Amazonas, Vichada, Putumayo, Guaviare, Arauca y Casanare, todos estos de las regiones Orinoquía y Amazonía, donde se encuentra un mayor peso poblacional indígena.

10.7 OTRAS LIMITACIONES

En relación con las dificultades para efectuar la consulta previa, la ONIC, CNOA, OXFAM y la Unión Europea (2011: 9-10) encontraron las siguientes barreras que repercuten en el ejercicio adecuado del derecho fundamental a la consulta:

- El Estado tiene debilidades y retos enormes para proteger el derecho a la consulta previa.
- No hay capacidad del Estado para garantizar el derecho a la consulta previa: no tienen personal debidamente capacitado en el asunto ni recursos económicos suficientes.
- No hay un marco legislativo ni un procedimiento construido participativamente con grupos étnicos que garantice el derecho a la consulta previa de medidas legislativas y administrativas.
- Los grupos étnicos parten de condiciones socioeconómicas difíciles.
- Está vigente la presión del conflicto armado.
- Existe asimetría de información entre las partes.
- Hay diferencias entre las partes sobre lo que es la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado.
- Los procesos se surten atendiendo a los tiempos del gobierno o de los interesados (empresas, universidad, gobierno), sin tener en cuenta los usos y costumbres de los grupos étnicos.
- Hay desconocimiento de las autoridades legítimas y representativas del grupo étnico implicado.
- En ciertos casos no se toma en cuenta la presencia de grupos étnicos y no se titula la tierra para evitar el deber de consultar con la población implicada.
- En ocasiones, los procedimientos implementados obvian los procesos internos de toma de decisiones de los grupos étnicos.

- La implementación actual que hace el Estado colombiano de los procesos de consulta previa no garantiza el consentimiento libre, previo e informado.

Lo anterior ha imposibilitado que la consulta previa resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional y legal; que sea realizada de manera efectiva y conducente, y, que haya propiciado espacios de participación oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida que se desee adoptar (CCC, T-1045 A/10).

11. LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS AMBIENTALES



Mediante la administración de justicia se protegen y se hacen efectivos los derechos y las garantías de los pueblos indígenas en busca de la convivencia social y pacífica. De esta forma se asegura la integridad de un orden político, económico y social justo (CCC, 037/96). En este contexto es posible señalar que el poder judicial juega un papel fundamental en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y, sobre todo, del derecho fundamental a la consulta previa. La confianza que tienen estas

colectividades en la rama judicial, en especial en la Corte Constitucional, evidencia en los casos de conflictos surgidos en el marco de proyectos ambientales que requieren consulta previa y los cuales han terminado en demandas judiciales.

En desarrollo de la misión de la Corte Constitucional correspondiente a la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, esta Corporación ha resuelto un número representativo de casos en los cuales los pueblos indígenas han reclamado la defensa del derecho a la consulta previa a través de diversas acciones de inexecuibilidad y de tutela. Se han judicializado casos que tienen que ver con proyectos de hidrocarburos como el Bloque Samoré y Álamos I; proyectos de hidroeléctricas como las de Urrá y El Cercado; proyectos mineros como Mandé Norte, La Toma y Chidima, Tolo y Pescadito, entre otros.

11.1. LA RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

Plantea el investigador canadiense de la Universidad de York, Shin Imai (2013: 12-17), que en un Estado de derecho y el imperio de la ley implican la existencia de un poder judicial independiente y consciente de la responsabilidad de proteger ciudadanos que no tienen poder político o económico, todo ello tomando en cuenta la importancia de un derecho integral. En este contexto, reconociendo que los pueblos indígenas no tienen ni el poder económico de las grandes empresas, ni el poder político de los gobiernos, estima que el poder judicial puede desempeñar un papel importante para mediar los conflictos sobre los derechos de los pueblos indígenas, sus tierras y el medio ambiente. Para ello, el profesor Imai propone cuatro medios o puntos de intervención que se encuentran disponibles para las Cortes:

1. Garantizar un proceso justo y equitativo, a través del cual la consulta, negociación, diálogo, mediación o discusión, son imprescindibles para resolver diferencias de intereses y derechos fundamentales. Para ello señala que promover resultados justos es necesario para asegurar que exista participación de buena fe y un equilibrio en el acceso a los recursos necesarios para hacer

decisiones informadas. Lo último implica, por ejemplo que tenga acceso a la representación legal y a expertos independientes.

2. Suspender actividades de exploración o explotación hasta el fin del proceso cuando exista la posibilidad de que los intereses de los pueblos indígenas resulten afectados significativamente. En cuyo caso la consulta no tendrá sentido si se realiza cuando ya el proyecto está en ejecución y se debe considerar el interés indígena en la preservación de su territorio y el ambiente.
3. Teniendo en cuenta que la responsabilidad del gobierno no se limita a la mera consulta, sino que también implica tomar en cuenta las necesidades de los pueblos indígenas, el poder judicial se debe involucrar en el proceso de resolución del conflicto y en la evaluación de los resultados de la consulta o de la negociación.
4. En casos apropiados, el poder judicial puede prohibir la actividad o terminar el proyecto.

11.2. LA REPARACIÓN EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA

Como se ha podido establecer en este documento, es abundante el número de sentencias emanadas de la Corte Constitucional referentes al tema de consulta previa y en muchas de ellas se evidencia la vulneración de este derecho, ya sea porque no se efectuó de manera anterior a la toma de la decisión o porque ésta se realizó de manera inadecuada, sin el cumplimiento de los requisitos de la buena fe, el que sea culturalmente adecuada y que se cuente con suficiente información.

Soslayar el derecho a la consulta previa debe implicar, no solamente que ésta se realice, sino que las comunidades afectadas sean reparadas por los daños sociales, culturales, territoriales y ambientales generados por la decisión o por los proyectos que se autoricen sin haber garantizado el derecho a la consulta misma y a la participación.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 8º señala que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen

sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”. La reparación por la violación de los derechos debe ser justa y el Estado colombiano está en la obligación de tomar medidas de carácter legislativo, administrativo y/o judicial para permitir el pleno ejercicio de los derechos de las víctimas para que estas tengan una adecuada reparación.

Para hacer efectivo este derecho, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas buscando establecer una normativa internacional relativa a los procesos de reparación, permitió la elaboración de los denominados “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobados por la Asamblea General en su Resolución 60/147 de diciembre de 2005.



11.2.1. ESTÁNDAR BÁSICO SOBRE REPARACIONES

Según el estudio realizado por el profesor LÓPEZ CÁRDENAS, (2009: 11) la reparación no solamente es jurídica sino que también es simbólica y la doctrina jurídica ha venido elaborando la temática de las reparaciones

de violaciones de los derechos humanos a partir de la integralidad de las víctimas, de modo a atender sus necesidades y reivindicaciones y buscar su plena reparación.

En cuanto a las medidas de reparación, en términos generales, existen principalmente cinco medidas tanto pecuniarias como no pecuniarias (RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN, ORDUZ y BURITICÁ, 2010: 89):

- a. Restitución o resarcimiento *in natura*. Encaminada a procurar el restablecimiento del derecho vulnerado devolviendo a la víctima la posibilidad de ejercerlo si este le fue negado, o de continuar ejerciéndolo plenamente si le fue limitado con el hecho dañoso. En este caso, siempre que sea posible, ha de devolverse a la víctima a la situación anterior a la violación, lo cual es prácticamente imposible.
- b. Compensación o sustitución o indemnización. Que según LÓPEZ CÁRDENAS (2009: 12), es la más común reparación bajo la ley internacional y se refiere a pagos de carácter económico que deben ser realizados a la víctima o sus beneficiarios por pérdidas materiales ocurridas desde que se llevó a cabo la violación (daños pecuniarios o materiales) para compensar pérdidas de carácter moral (daños no pecuniarios o inmateriales). La indemnización ha de concederse de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso. Podría entenderse que la indemnización busca reparar los perjuicios “económicamente evaluables”, tales como los daños materiales, morales, pérdida de oportunidades, lucro cesante, gastos en asistencia jurídica, entre otros (RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN, ORDUZ y BURITICÁ, 2010: 89).

En el caso de las indemnizaciones, el Decreto Ley de Víctimas y Restitución de Tierras señala que estas pueden ser individuales o colectivas. Según el artículo 109, las indemnizaciones a los daños generados a los pueblos y comunidades indígenas, distintas a las violaciones de sus derechos territoriales, a través de la violación de sus Derechos Humanos e Infracciones al DIH, se rigen por los siguientes parámetros:

1) Indemnización colectiva: Las indemnizaciones serán preferentemente colectivas y harán parte integral de los PIRPCI (Plan Integral de Reparación a los Pueblos y Comunidades Indígenas). Para su administración se cons-

tituirán fondos comunitarios administrados por las autoridades indígenas y estarán orientadas a programas y proyectos para el fortalecimiento de los planes de vida escritos u orales de los pueblos y comunidades. Hay lugar a indemnizaciones colectivas en casos de violaciones de derechos colectivos, como de derechos individuales con impactos o daños colectivos;

- 2) Indemnización individual: En los casos en los cuales un integrante de un pueblo o comunidad indígena sea destinatario de una indemnización a título individual, las autoridades indígenas correspondientes adoptarán medidas para prevenir la desintegración social y cultural, y para que la complementariedad entre indemnizaciones individuales y colectivas contribuya al fortalecimiento del proyecto de vida comunitario. La indemnización individual, en todo caso, deberá articularse de manera armónica con todas las demás medidas de satisfacción, verdad, justicia, rehabilitación y no repetición con el fin de lograr una adecuada reparación integral.
- c. Rehabilitación. Que corresponde a aquel modo de reparación que tiene por fin asistir a la víctima en su recuperación física o psicológica.
- d. Satisfacción. La cual se da cuando el daño sufrido no puede ser completamente restituido o compensando. El Estado está obligado a proveer satisfacción por el daño causado a la dignidad y reputación de la víctima asegura LÓPEZ CÁRDENAS (2009: 12).

La satisfacción, que cuenta con varias medidas como aquellas que se deben tomar para hacer cesar la violación o lograr la revelación o la revelación de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas y los cadáveres de personas asesinadas, el restablecimiento de la dignidad de las víctimas a través de reconocimiento público, las conmemoraciones y homenajes a las víctimas y la aplicación de sanciones a los responsables de las violaciones (RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN, ORDUZ y BURITICÁ, 2010: 89).

- e. Garantías de no repetición. El primer deber del Estado es poner fin a los actos ilícitos y garantizar su no ocurrencia o su terminación, en otras palabras, garantizar que no se va a sufrir nuevamente los efectos y consecuencias de los actos ilícitos.

Las garantías de no repetición, de las cuales hacen parte las medidas encaminadas a lograr un control efectivo sobre las autoridades, sean civiles o militares, el fortalecimiento del sistema judicial, la revisión y reforma de leyes, la educación, la promoción de códigos de conductas y normas éticas, entre otras, se constituye en una medida de reparación no pecuniaria (RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN, ORDUZ y BURITICÁ, 2010: 89).

11.2.2. REPARACIÓN A PUEBLOS INDÍGENAS



La reparación se puede presentar cuando se vulnera un derecho y se afecta un individuo o una comunidad o un pueblo indígena. Cuando se vulneran o afectan los derechos de un grupo o comunidad que tiene una cosmología e identidad comunal y fuertes vínculos de solidaridad, es necesario realizar una reparación teniendo en cuenta esta particularidad (LÓPEZ CÁRDENAS, 2009: 309), en el sentido de entender su comportamiento como un grupo humano, con derechos colectivos distintos de los derechos de las demás personas⁵¹.

En esta situación, asegura LÓPEZ CÁRDENAS (2009: 309-310), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido un

⁵¹ Para profundizar se recomienda ver CIDH. La situación de los derechos humanos de los pueblos en las Américas, OEA/Ser.L/VII.108, Washington, D.C., 2000. Capítulo sobre “Los derechos colectivos en casos individuales referidos a poblaciones indígenas”.

estándar que permite observar que en el caso de las comunidades y pueblos indígenas la víctima es de carácter colectivo, debido a que una afectación a alguno de sus miembros puede motivar el rompimiento del tejido social y establecer formas de temor que quebrantan la composición social.

11.2.3. LA REPARACIÓN EN EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT

El deber de reparar aparece consagrado en el Convenio núm. 169 mediante el derecho de las comunidades a recibir una indemnización equitativa. En su artículo 15(2) señala que en el caso de los recursos naturales que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

En el caso de desplazamiento o de traslado de las comunidades, debe tenerse en cuenta que los pueblos indígenas tienen el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. En este caso, establece el Convenio núm. 169 en su artículo 14, que cuando el retorno del pueblo indígena no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.

En estos casos, se considera excepcionalmente necesario el consentimiento (OIT, 2013: 17) y que se debe indemnizar plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que haya como consecuencia de su desplazamiento (artículo 16, 4,5). En consecuencia, como se evidencia, el Convenio núm. 169 hace referencia a la reparación especialmente mediante la indemnización y la restitución de tierras y territorios.

11.2.4. LA REPARACIÓN EN LA DECLARACIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS

En este mismo contexto de las reparaciones, la DNUDPI en su artículo 40 reza que los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En las decisiones de reparación se deben tener en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

La DNUDPI sostiene en el artículo 10 que los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Los derechos culturales también pueden verse afectados cuando no se realiza la consulta previa. Al respecto el artículo 11 de la DNUDPI sobre los derechos de los pueblos indígenas señala que los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la

restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Con respecto al tema del derecho a la autonomía, el artículo 20 de la Declaración señala que, los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

Sobre el derecho al territorio, el artículo 28 de la Declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. Adicionalmente señala que salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consiste en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

En el mismo sentido, el artículo 32 de la Declaración señala que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. Los Estados pueden celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Los Estados deben proveer mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y pueden adoptar medidas

adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Lo anterior quiere decir que la DNUDPI avanza de manera significativa al garantizar el acceso de los pueblos indígenas a mecanismos adecuados y efectivos que tengan como objetivo obtener una reparación integral que implica la restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, entre otras medidas que pudieran llegarse a consolidar cuando se viola el derecho a la consulta previa.

11.2.5. LA REPARACIÓN EN EL DECRETO LEY DE VÍCTIMAS



En este punto es importante mencionar el decreto ley 4633 de 2011 por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, en la cual se hace referencia a la reparación. En los considerandos de esta norma se señala que es obligación del Estado responder efectivamente a los derechos de los pueblos indígenas a la reparación integral, a la protección, a la atención integral y a la restitución de sus derechos territoriales, vulnerados como consecuencia del conflicto armado y sus factores subyacentes y vinculados y, en consecuencia, garantizar que los pueblos indígenas puedan asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida, de desarrollo económico y hacer efectivo el goce de sus derechos humanos y

fundamentales, en especial a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición.

El Decreto Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras tiene por objeto generar el marco legal e institucional de la política pública de atención integral, protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales para los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos y a sus integrantes individualmente considerados, de conformidad con la Constitución Política, la Ley de Origen, la Ley Natural, el Derecho Mayor o el Derecho Propio, y tomando en consideración los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, las leyes, la jurisprudencia, los principios internacionales a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición, respetando su cultura, existencia material e incluyendo sus derechos como víctimas de violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario y dignificar a los pueblos indígenas a través de sus derechos ancestrales.

Según esta norma, las medidas de atención integral, protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales para pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos y para sus integrantes individualmente considerados, deben ser acordes con los valores culturales de cada pueblo y garantizar el derecho a la identidad cultural, a la autonomía, a las instituciones propias, a sus territorios, a sus sistemas jurídicos propios, a la igualdad material y a la pervivencia física y cultural, de conformidad con la dignidad humana, el principio constitucional del pluralismo étnico y cultural y el respeto de la diferencia.

11.2.5.1. Dimensión colectiva

Según el decreto-ley en mención, las medidas y acciones conducentes a la reparación integral y restablecimiento del equilibrio y la armonía de los pueblos y comunidades indígenas, siempre tendrá en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones a los derechos fundamentales, colectivos e integrales de los pueblos indígenas y sus integrantes. Esta dimensión incluye el impacto colectivo de violaciones individuales sobre la estructura

tradicional, socioeconómica, cultural y organizativa. Lo anterior, sin perjuicio de que las medidas y acciones anteriormente señaladas sean reconocidas de forma individual a integrantes de los pueblos indígenas que hayan sido objeto de estas violaciones.

Dichas medidas tienen como finalidad el restablecimiento y goce efectivo de los derechos que han sido vulnerados individual y colectivamente a los pueblos indígenas. Es necesario mencionar que las medidas de reparación individual y colectiva son complementarias y en ningún caso pueden sustituirse entre sí.

11.2.5.2. Daño

En esta norma se hace mención al daño individual, colectivo e individual con efectos colectivos definiéndolos así:

- a. Daño individual. El daño a las víctimas individualmente consideradas se determina desde la cosmovisión de cada pueblo indígena y comprende las afectaciones físicas, materiales, psicológicas, espirituales y culturales, así como la vulneración al lazo de la víctima con su comunidad, pueblo y territorio. La definición del daño tiene en cuenta el enfoque diferencial e integral (artículo 41).
- b. Daño colectivo. Se entiende que se produce un daño colectivo cuando la acción viola la dimensión material e inmaterial, los derechos y bienes de los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos de derechos, lo cual implica una mirada holística de los daños y afectaciones que estas violaciones ocasionen. La naturaleza colectiva del daño se verifica con independencia de la cantidad de personas individualmente afectadas. Se presentan daños colectivos, entre otros, cuando se vulneran sistemáticamente los derechos de los integrantes de la colectividad por el hecho de ser parte de la misma. El Estado debe garantizar a los pueblos indígenas espacios autónomos para analizar las violaciones a sus derechos y los daños producidos con el fin de construir y proponer medidas integrales de reparación efectiva, a partir de la reproducción, fortalecimiento y reconstrucción de sus sistemas culturales con autonomía (artículo 42).

- c. Daño individual con efectos colectivos. Se produce un daño individual con efectos colectivos cuando el daño sufrido por una víctima individualmente considerada, perteneciente a un pueblo o comunidad indígena, pone en riesgo su estabilidad social, cultural, organizativa, política, ancestral o la capacidad de permanencia cultural y pervivencia como pueblo.

11.2.5.3. Medidas de reparación



Es necesario mencionar que el decreto Ley 4633 de 2011 en el artículo 5 señala que el concepto de reparación integral para los pueblos indígenas, individuales y colectivamente considerados, se entiende como el restablecimiento del equilibrio y la armonía de los pueblos, vulnerados históricamente en sus dimensiones material e inmaterial. De la dimensión inmaterial forman parte los fundamentos espirituales, culturales, ancestrales y cosmogónicos, entre otros. Dicho restablecimiento es un proceso que incorpora un conjunto de medidas y acciones transformadoras, justas y adecuadas dirigidas a fortalecer la autodeterminación y las instituciones propias, garantizar el goce efectivo de los derechos territoriales y el restablecimiento de los mismos, en caso de que hayan sido vulnerados, e implementar medidas de indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Los derechos a la justicia y a la verdad hacen parte de la reparación integral de las víctimas.

11.2.5.4. Reparación transformadora

El decreto en referencia también hace mención a la reparación transformadora en el artículo 2. Según esta norma, el Estado debe garantizar la reparación integral para los pueblos indígenas con carácter transformador.

La reparación integral, en tanto transformadora, no se limita al resarcimiento del daño material y espiritual, o al restablecimiento de la situación anterior al hecho victimizante, sino que también se ve complementada por acciones que contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de dichos hechos.

11.2.5.5. Proporcionalidad de las medidas

Las medidas de reparación que se elaboren y acuerden con los pueblos indígenas tienen que guardar relación con las violaciones de derechos y los impactos identificados, así como garantizar la satisfacción material e inmaterial de las víctimas.

Aunque este decreto no hace referencia directa al derecho a la consulta previa, es importante señalar que el tema de desplazamiento aparece en muchos de los casos de megaproyectos que requieren de licencia ambiental y, en consecuencia, de consulta, porque son adelantados en sus territorios y afectan de manera directa a los pueblos indígenas.

11.3. CASOS DE REPARACIÓN

Llama la atención que el tema de la reparación por la no realización de la consulta previa no ha sido asumido de manera suficiente por la Corte Constitucional como se evidencia en los escasos casos donde se ha ordenado reparación. La Jurisprudencia Constitucional se ha limitado a garantizar el derecho a la consulta previa cuando este ha sido violado y en la parte resolutive ordena simplemente su realización posterior. En pocas providencias ha ordenado reparar o indemnizar, como lo estableceremos a continuación:

11.3.1. CONFLICTO REPRESA DE URRÁ

La primera oportunidad en la que la Corte Constitucional hace referencia a la reparación es en el caso de la represa de Urrá, en cuya sentencia (T-652/98) ordenó a la Empresa Multipropósitos Urrá que indemnizara al pueblo Embera Katío del Alto Sinú al menos en una cuantía que garantizara su supervivencia física, mientras elaboraba los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no pudiese escapar. Tal vez este es uno de los casos representativos de los graves conflictos ambientales acontecidos en nuestro país, que tienen que ver con un proyecto de desarrollo, en el cual desde un primer momento se evidenciaban diferentes posiciones sobre los impactos sociales, económicos, culturales y ambientales que el mismo ocasionaría.

Kimi Pernía Domicó, líder del pueblo indígena Embera Katío, quien fue asesinado por sus denuncias sobre este proyecto, predijo muchos de los impactos que hoy vemos como consecuencia de la construcción de esta represa. Planteaba antes de poner en marcha el proyecto, que según sus creencias, el agua y los pescados son un bien común para ser compartidos con toda la gente y que la supervivencia de su pueblo dependía de los ríos. En un foro realizado en la Universidad Nacional, Kimi Pernía señalaba en voz alta: “estamos en peligro” porque “la represa trajo la muerte a nuestra gente: muerte de los pescados; muerte de los miembros de la comunidad que han sentido la pérdida de proteína, debilitando su salud, y la muerte de nuestros líderes que han protestado y desafiado este megaproyecto (Pernía, 2000)”. Se quejaba porque no eran escuchados y expresaba que “para el gobierno y la empresa, sólo existimos como problema”.

Los indígenas identificaron los posibles impactos de este proyecto, 105 en total, de los cuales solo cinco de ellos consideraron positivos. Los estudios elaborados por los mismos indígenas describieron impactos que abarcaban tanto la etapa de llenado como de operación del proyecto. Para destacar algunos, podemos mencionar la alteración de las aguas y su afectación en la disponibilidad para los pobladores; la deforestación, la transformación del paisaje; la pérdida de la biodiversidad como consecuencia de la disminución de la fauna

silvestre, el proceso de extinción de una subespecie endémica (el pez dorado), la desaparición del bocachico y la alteración de las cadenas tróficas. Además planteaban que se perderían áreas muy fértiles y se disminuirían las áreas para la agricultura y se alteraría la productividad agrícola de la región.

Los indígenas planteaban que en relación con las poblaciones Embera Katío y su cultura, este proyecto potenciaba los conflictos intra e interétnicos, restringía la gobernabilidad del territorio, ocasionaba la destrucción social, cultural y económica del pueblo Embera. Así mismo Kimi predijo, que el proyecto terminaría por ocasionar el abandono paulatino de la economía tradicional y el monetarismo de este pueblo. Además, aumentaría la vulnerabilidad frente a los actores del conflicto armado como evidentemente sucedió. También cuestionaba el pago de una indemnización que se había ordenado como compensación por los impactos del proyecto, porque según él, terminaba por ocasionar el “abandono del territorio, alcoholismo, prostitución”.

Con el fin de contextualizar este caso, es importante señalar que en esa época (finales de los años 90) se acusaba a los indígenas de estar contra el desarrollo. Kimi Pernía reflexionaba al respecto señalando que el desarrollo era una palabra difícil y planteaba que más que analizar el desarrollo, les había tocado defenderse de él. Y terminaba por poner en duda que el proyecto fuera una necesidad para la región.

Las predicciones de estos pueblos son hoy una realidad y los impactos son los causantes de la grave situación que actualmente vive el pueblo indígena Embera Katío, los pescadores y pobladores que habitan a lo largo de la cuenca del río Sinú, donde está ubicado el proyecto. Considerando esta situación y en respuesta a diferentes peticiones respecto de los impactos por la construcción, llenado y operación de la hidroeléctrica de Urrá, intervino en su momento la Defensoría del Pueblo con el fin de realizar una acción defensorial tendiente a la protección de ecosistemas estratégicos, en particular de la cuenca media y baja del río Sinú, para garantizar los derechos

humanos vinculados a su conservación⁵² (Resolución Defensorial No. 13, 2001). Desde el año 1995 la Defensoría del Pueblo en la primera audiencia pública del proyecto había planteado los graves daños al ambiente, los problemas sociales, económicos y culturales que se derivan de la construcción de esta represa y había participado como observador y facilitador del proceso, requiriendo el cumplimiento de las obligaciones impuestas mediante la licencia ambiental otorgada a la Empresa Urrá.

Ante los recurrentes incumplimientos y las demandas por los conflictos y efectos del proyecto, la Defensoría del Pueblo (RD No. 38.2005) planteó que desde la colonización en el alto Sinú ocurrida a partir de la década de los cuarenta, hasta la ejecución del proyecto de Urrá se había causado un fuerte impacto sobre la cultura y organización social Embera Katío, tal y como lo había pronosticado Kimi Pernía. Por ejemplo, aseguraba que hoy, algunos indígenas Embera Katío han perdido sus formas tradicionales de producción de subsistencia, luego de recibir dinero de la empresa Urrá en razón de su relocalización y de perder parte de sus territorios. Además señalaba que las condiciones ambientales han cambiado más rápidamente de lo que se esperaba por la intervención antrópica y los grupos poblaciones se han visto forzados a hacer cambios adaptativos que no los han beneficiado y por el contrario están generando choques en su forma de vida. El proyecto ha disminuido la diversidad biológica (especialmente el recurso pesquero), ha generado erosión, inestabilidad del suelo y derrumbes⁵³. Las ciénagas se han intervenido colocando en riesgo la estabilidad de todo el sistema como consecuencia de construcciones que buscan ganar espacios al cuerpo de agua para utilizarlas para ganadería y cuyo resultado es la desecación por la construcción de canales de drenaje, diques, carillones, terraplenes entre otros.

52 Sobre el particular ver Resoluciones Defensoriales No. 13 de junio 19 de 2001 sobre la violación de los derechos humanos de la comunidad indígena Embera Katío del Alto Sinú y No. 38 de mayo 5 de 2005, sobre el estado actual de la cuenca media y baja del río Sinú.

53 Otras instituciones como el INPA habían manifestado que el monitoreo pesquero muestra una tendencia a la baja mes a mes. El INVEMAR manifiesta que se ha presentado disminución de la diversidad y la abundancia íctica.

En el marco de este conflicto, donde no se hizo consulta previa, fue evidente además la violación de los derechos humanos del pueblo indígena Embera Katío, sobre lo cual se pronunció el Defensor del Pueblo señalando que se presentaba incumplimiento de los acuerdos a los cuales se había llegado con esta comunidad, referidos al plan de vida o Plan Jenené⁵⁴ y a los derechos humanos por los asesinatos selectivos, el desplazamiento de las comunidades e incluso por el incumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en las licencias ambientales del proyecto (Resolución 13 de 2001, Defensoría del Pueblo, 2). Kimi Pernía fue asesinado el 2 de junio de 2001 y la situación de vulneración se mantiene⁵⁵. Eso muestra que el conflicto armado en Colombia tiene que ver con conflictos ambientales.

Se debe tener presente que, uno de los propósitos principales de la represa era el de controlar las inundaciones del río Sinú. Las variaciones en el cauce del río obedecen según la Defensoría, entre otros aspectos, a las regulaciones de caudales que debe realizar la Empresa para la operación de la hidroeléctrica. Sin embargo, se presentan continuamente inundaciones graves en esta cuenca hidrográfica y como solución la Presidencia de la República aseguró que el gobierno se mantiene interesado en la construcción de Urrá II, como una fórmula para mitigar las inundaciones provocadas por el río Sinú (El Tiempo, 2 y 3 de septiembre de 2007).

Reiteramos lo planteado hace varios años, que Urrá I es el reflejo de los conflictos ambientales relacionados con el modelo de desarrollo que se plantea en el país y sobre el cual debemos reflexionar. Analizando este caso, consideramos necesario que en el país se implementen nuevas alternativas de desarrollo, las cuales deben reconocer y garantizar los derechos de los pueblos indígenas, además de proteger nuestras riquezas naturales y culturales para las presentes y futuras generaciones. La sostenibilidad debe tener en cuenta los derechos de los pueblos indígenas y “se debe evaluar

54 El Plan Jenené está referido a los programas de orden económico, social, cultural y territorial adoptados como medidas de mitigación que debían suplir el impacto generado por la construcción de la Represa de Urrá.

55 Para profundizar en el debate se sugiere ver: ORTIZ GUERRERO y otros (2006), JARAMILLO JARAMILLO (comp.) (2011) y RODRÍGUEZ GARAVITO y ORDUZ SALINAS (2012a).

no en términos económicos sino a través de una batería de indicadores biofísicos. La distribución de los derechos de propiedad, los ingresos y el poder, determinan el valor económico del llamado “capital natural” (MARTÍNEZ ALIER, 2004).

En esta oportunidad, ante la judicialización del conflicto, la Corte (T-652/98) se pronunció sobre el derecho a la integridad territorial y el dominio sobre el resguardo; el derecho fundamental a la supervivencia del pueblo indígena; a la explotación de recursos naturales en sus territorios indígenas y la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas; la consulta para el llenado y funcionamiento de la represa; el derecho al mínimo vital y cambio forzado de una economía de subsistencia de bajo impacto ambiental a una agraria de alto impacto y menor productividad; las autoridades Embera Katío del Alto Sinú y la representación de ese pueblo y sobre las formas tradicionales de organización y cabildos.

Debido a que la obra ya se había ejecutado y a las problemáticas derivadas de la misma, la corporación resolvió ordenar la indemnización a la comunidad, la unificación del resguardo, la concertación del régimen especial en salud de los afectados, garantizar la supervivencia de la comunidad y el etnodesarrollo, entre otras medidas (CCC, T-129/11).

Infortunadamente, dicha indemnización fue catastrófica para este pueblo que varios años después se encuentra en peligro de extinción como consecuencia de este proyecto, como lo ha mencionado la misma Corte en el Auto 004 de 2009 y la Defensoría del Pueblo a través de la Resolución Defensorial No. 13 del 19 de junio de 2001. Más recientemente, un estudio efectuado por RODRÍGUEZ GARAVITO y ORDUZ SALINAS (2012a: 187), menciona que este caso, cuyo pecado original fue la omisión de la consulta con el pueblo Embera antes de la construcción de la represa, muestra los efectos volátiles y trágicos de los conflictos que giran alrededor de las consultas. El derecho a la consulta es con frecuencia el único instrumento capaz para, al menos, reducir el ritmo o mitigar los impactos de los vertiginosos procesos de explotación de recursos naturales en territorios indígenas.



11.3.2. CONFLICTO CHIDIMA

El segundo caso involucra a las personas indígenas integrantes del resguardo Chidima-Tolo y Pescadito ubicado en el municipio de Acandí (Chocó), pertenecientes a la etnia Embera Katío. Ellas interpusieron una acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos a la consulta previa, a la participación, a la propiedad colectiva, a no ser desplazados, al debido proceso, al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, a la vida y subsistencia como pueblo indígena.

Los problemas generales se relacionaban con los trabajos correspondientes a la construcción de una carretera que atravesaría el resguardo; el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá; los trámites de concesión minera para explotación de oro; la invasión ilegal del territorio, así como el peligro de desplazamiento por la expectativa económica de las obras y proyectos.

En este caso, la Corte Constitucional (T-129/11) encuentra que la omisión del Estado a través de los distintos entes encargados de velar por la integridad, no sólo de las comunidades étnicas implicadas, sino de la protección del ambiente, era evidente. Dichas circunstancias estaban

abiertamente relacionadas con presencia de grupos armados y de colonos en tierras baldías, entre otros factores.

En consecuencia, las órdenes que imparte este Tribunal Constitucional tienen dos objetivos: 1) contribuir a mejorar la situación de desprotección que padecen las comunidades de la etnia Embera asentadas al norte del departamento del Chocó, por las obras de infraestructura que se proyectan en sus territorios, así como la ocupación de tierras por parte de colonos que a su vez afectan el ecosistema y los recursos naturales de la zona y, 2) Adoptar medidas que contribuyan a la efectividad de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas en general y para ello encuentra necesario disminuir urgentemente el impacto desproporcionado que las distintas medidas administrativas que autorizan explotación de recursos y obras de infraestructura tienen sobre las riquezas culturales y naturales de la nación.

Los fines principales de las medidas planteadas se enfocaban a asegurar que los proyectos de impacto social y ambiental, relacionados con proyectos de desarrollo o inversión que estuvieran en territorios étnicos, implementaran medidas y mecanismos adecuados que minimicen el perjuicio que puedan tener dichos procesos en la capacidad de pervivencia social, económica y cultural de las comunidades étnicas de la nación. Para ello considera la Corte que se deben crear e implementar herramientas que contribuyan de forma efectiva a la consecución del consentimiento libre, previo e informado, tema sobre el cual retornaremos más adelante. Igualmente, considera que se deben adoptar las medidas administrativas necesarias para proporcionar a los integrantes de las comunidades étnicas los recursos efectivos y adecuados contra actos que violen su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad colectiva. Del mismo modo considera indispensable garantizar que los beneficios de las obras y la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa, al igual que al cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

También, dada la información relacionada con actos violentos de presión contra miembros de comunidades étnicas por obras y proyectos que requieren consulta previa, la Corte Constitucional (T-129/11)

considera que las entidades respectivas deben establecer, como medidas de mitigación, estímulos negativos ante la muerte violenta o desplazamiento de miembros de comunidades étnicas que participen o sean beneficiarios de los mismos, estableciendo como consecuencia incluso la paralización del proceso de consulta e imposibilidad de adelantamiento de la obra o proyecto de intervención.

En vista de que en este caso del resguardo Chidima-Tolo y Pescadito se ha constatado la vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas la Corte Constitucional encuentra pertinente, como medida de reconocimiento y respeto del grupo indígena y en especial, como orden simbólica de reparación y satisfacción, que el Ministerio del Interior coordine y financie la traducción de partes relevantes de la providencia a la lengua Embera y suministre de forma estratégica, dentro de la respectiva etnia, copias de la misma, así como en los organismos educativos que considere pertinente hacerlo.



En consecuencia, la Corte Constitucional (T-129/11) ordena suspender la ejecución de las obras de la carretera en lo que tenga que ver con el territorio de las comunidades indígenas y todas las actividades de prospección, exploración legal e ilegal o similares en materia minera que se estén llevando a cabo o se vayan a adelantar, en desarrollo de contratos de concesión con cualquier persona que tenga la potencialidad de afectar por este aspecto a las comunidades indígenas Embera Katío Chidima Tolo y Pescadito, hasta tanto se agote el proceso de consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado de las comunidades étnicas implicadas.

11.3.3. CONFLICTO POR OLEODUCTO DE LOS LLANOS

Este conflicto involucra a la comunidad del Cabildo Indígena Resguardo Turpial – La Victoria, del pueblo indígena Achagua. Mediante acción de tutela, esta comunidad solicita la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, a otras formas de participación democrática, a la integridad étnica y cultural de la nación y a la igualdad de culturas. Se genera por el otorgamiento de una licencia ambiental a la empresa Meta Petroleum Limited., para la realización del proyecto Oleoducto de los Llanos, desde Campo Rubiales hasta las facilidades del CPF-Cusiana, sin cumplir con la consulta previa a que tienen derecho.

La comunidad indígena señala que el proyecto pasa por su territorio, especialmente por áreas de importancia religiosa y ecológica, y agrega que la construcción del oleoducto ha afectado su integridad cultural y ha puesto en riesgo su existencia misma, pues debido a las obras, uno de sus lugares de pagamento ha sido afectado y, de otro lado, se ha incrementado el paso de extraños por su territorio.

En su estudio y decisión, la Corte Constitucional (T-693/11) estima que en el presente caso existe una doble vulneración de los derechos de la comunidad accionante: de un lado, el derecho de la comunidad a la libre determinación y, en particular, a la participación, fueron vulnerados por las autoridades y empresas demandadas al no llevar a cabo la consulta previa.

De otro lado, las empresas y autoridades accionadas lesionaron con la intervención misma del territorio indígena el derecho de la comunidad a la integridad cultural y pusieron en riesgo su subsistencia, entre otras razones, porque con la construcción afectaron la espiritualidad de los miembros de la comunidad, al punto que atribuyen al paso del tubo, enfermedades y muertes; esta transgresión continúa vigente, de modo que se requieren medidas para ponerle fin y mitigar sus impactos.

Teniendo en cuenta que ya se había construido el oleoducto en mención, que la remoción del tubo del oleoducto podría causar daños ambientales irreparables y que esto conllevaría enormes costos para el país, la Corte observa que se está en presencia de un daño consumado en lo que se refiere específicamente a la falta de consulta previa. En consecuencia, considera necesaria la adopción de medidas para proteger ahora y en lo sucesivo los derechos de la comunidad indígena. Además, advierte que la tutela es necesaria, en vista del grado de vulnerabilidad en la que el grupo se encuentra y la importancia de que irregularidades como las advertidas no se repitan en el futuro.

Ahora bien, la Corte Constitucional (T-693/11) advierte que la vulneración ha causado principalmente un impacto cultural –como modalidad de daño inmaterial⁵⁶– ya que la intervención ha lesionado valores muy significativos de la comunidad, así como sus creencias, y ha causado perturbación espiritual entre sus miembros.

Adicionalmente, la penetración de extraños en su territorio ha amenazado su cultura y cohesión. Sin embargo, el hecho de que en el presente caso se esté configurando una especie de daño inmaterial no impide, según la Corte, que sea reparado con acciones y otras medidas que contribuyan a la preservación y recuperación de los valores culturales de la comunidad. Ciertamente, en este caso, ante la imposibilidad de asignar

56 El daño inmaterial en el contexto específico de violaciones de derechos humanos ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “El daño inmaterial puede comprender los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima”. Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, párr. 156; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, párr. 80; y Caso De La Cruz Flores, párr. 155. (CCC, T-693/11)

al daño inmaterial causado un equivalente monetario preciso, y teniendo en cuenta el tipo de valores afectados –de orden cultural y religioso–, la Corte estima que es necesario acudir a la modalidad de reparación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha descrito como “(...) la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto, entre otros, el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar la repetición de las violaciones de derechos humanos”⁵⁷.

A juicio del Tribunal Constitucional (T-693/11), esta modalidad de reparación requiere en este caso específico, (i) además del reconocimiento público de la vulneración por parte de las autoridades y empresas demandadas, y un ofrecimiento de disculpas en un acto público, (ii) la adopción de medidas que aseguren que la comunidad pueda continuar haciendo uso del Charcón Humapo, si así lo desean, como por ejemplo la insonorización de la válvula ubicada en cercanías del Charcón; (iii) la determinación en conjunto con la comunidad de los impactos específicos del proyecto en términos culturales, espirituales, etc.; (iv) y el diseño conjunto (de conformidad con los usos y costumbres de la comunidad y su derecho consuetudinario) de acciones y medidas que permitan el alivio espiritual de la comunidad y que contribuyan a recuperar y conservar sus prácticas, costumbres y tradiciones, por ejemplo, a través de programas de etnoeducación y de recuperación de las tradiciones orales, de su lengua y de las prácticas religiosas y alimenticias asociadas a la pesca.

La Corte Constitucional decide entre otras cosas, conceder el amparo de los derechos fundamentales a la libre determinación, a la participación a través de la consulta previa, a la integridad cultural y a la supervivencia de la comunidad Achagua Piapoco. Además ordena efectuar la consulta a las autoridades de la comunidad, con la finalidad de adoptar medidas de compensación cultural por los impactos y perjuicios causados dentro de

57 El daño inmaterial en el contexto específico de violaciones de derechos humanos ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “El daño inmaterial puede comprender los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima”. Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, párr. 156; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, párr. 80; y Caso De La Cruz Flores, párr. 155. (CCC, T-693/11)

su territorio ancestral con ocasión de la construcción del Oleoducto, con miras a garantizar su supervivencia física, cultural, social y económica.

Para finalizar esta parte sobre reparaciones, debemos señalar que en los casos de violación al derecho a la consulta previa dicha reparación debe ser inmediata, asegurar la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y respetar su derecho a decidir sobre sus territorios, recursos, formas de vida y desarrollo. Adicionalmente, deben compensarse, mitigarse e indemnizarse por los daños causados a los pueblos y a su entorno social, cultural, territorial y económico⁵⁸.

No obstante la importancia de estos pronunciamientos de la Corte Constitucional, este panorama que se muestra evidencia que no han sido contundentes las decisiones en materia de reparación. Esto nos lleva a invitar al poder judicial a establecer mecanismos idóneos de reparación e indemnización en los casos de violación de los derechos de los pueblos indígenas y, en especial, el derecho a la consulta previa. Los graves impactos que pueda generar en lo cultural, social, ambiental y territorial la inserción de esta clase de proyectos en las zonas donde habitan o desarrollan sus actividades tradicionales los pueblos indígenas ameritan una revisión sobre su conveniencia, el respeto de los derechos y reparación a pueblos indígenas.

Como resultado de la judicialización la reparación de los casos mediante los cuales se busca la defensa no sólo del derecho a la consulta previa sino del derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica, al territorio, a la supervivencia, a la explotación de los recursos naturales, a la vida, a la salud, al libre desarrollo de las personas, a la participación, al debido proceso entre otros, la Corte Constitucional a través de sus providencias ha garantizado los derechos de los pueblos indígenas. Para ejemplarizar, estableceremos a continuación algunas de las órdenes y de los casos más representativos:

- Caso Cristianía: suspensión de la construcción de una vía hasta tanto se hayan hecho los estudios de impacto ambiental y tomado todas las precauciones necesarias para no ocasionar perjuicios adicionales a la comunidad (CCC, T-428/92).

⁵⁸ Para profundizar en el debate, véase: Procuraduría General de la Nación PGN (2008).

- Caso U'wa: suspensión del proyecto de exploración sísmica hasta que se realizara la consulta previa (CCC, SU-039/97).
- Caso Urrá: debido a que la obra de la represa ya se había ejecutado y a las problemáticas derivadas de la misma, la corporación resolvió ordenar la indemnización a la comunidad, la unificación del resguardo, la concertación del régimen especial en salud de los afectados, la supervivencia de la comunidad y el etnodesarrollo de los afectados, entre otras medidas (CCC, T-652/98).
- Caso Cacarica: ordenar la suspensión de las explotaciones forestales que se adelantaban en el territorio colectivo (CCC, T-955/93).
- Caso Álamos I: suspensión de los trabajos, hasta la culminación del proceso de consulta previa que debía adelantar el Ministerio del Interior, con miras a dar cuenta de la presencia de pueblos indígenas en la zona de influencia del Pozo Álamo 1 (CCC, T-880/06).
- Caso Mandé Norte: suspensión de las actividades de exploración y explotación hasta que no fuera agotada la consulta y se materializara el consentimiento libre, previo e informado y de las comunidades (CCC, T-769/09).



Después de destacar solo algunos de los conflictos ambientales que se han judicializado y donde ha intervenido la rama judicial para resolverlos, debemos resaltar que los distintos casos que han sido objeto de revisión por parte de la Corte constitucional en esta materia, permiten concluir que la consulta previa no ha sido llevada ni cumplida con el rigor que merece, puesto que ha sido constante por parte de las entidades accionadas la asimilación del proceso de consulta a un mero trámite de reuniones informales sin articulación ni consideración por los derechos que se encuentran en juego en estos procesos. En esa medida, es imprescindible para ese Tribunal que el proceso no se limite sólo a la etapa previa a la intervención en los territorios étnicos, razón por la que se requiere de fórmulas que permitan equilibrar los fines del Convenio núm. 169 de la OIT y los desarrollos posteriores en la materia (CCC, T-129 de 2011).

12. ASUNTOS POR RESOLVER EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA

No obstante el avance que se ha presentado en el país en materia jurisprudencial y en los procesos de consulta previa, aún quedan temas importantes por abordar o aclarar, entre los cuales tenemos:

12.1. CONSULTAS PREVIAS EN SECTORES URBANOS

Los problemas con el uso efectivo del territorio, el desplazamiento o el confinamiento, o simplemente por decisiones personales, de trabajo o académicas, han dado como resultado que actualmente en los grandes centros urbanos encontremos representantes de los pueblos indígenas. Como muestra de ello en la ciudad de Bogotá habitan, según la información oficial, 15.032 personas indígenas. En la actualidad se reconoce en el Distrito Capital la existencia de 5 cabildos organizados en la asociación de cabildos indígenas – Ascai; Muisca de Suba y de Bosa, Kichwa y Ambika Pijao; y el Cabildo Inga. No obstante, en la capital habitan miembros de otros pueblos indígenas, tales como: Yanaconas; Pastos; Tubú; Kankuamo;

Iká; Wayuu; Uitoto; Muinane; Páez – Nasa; Embera Katíos; Waunaan; Kamsá; Curripacos, entre otros⁵⁹.

El Censo 2005 arrojó los resultados que se presentan en la siguiente tabla, sobre población de grupos étnicos en la capital:

TABLA No. 3. PUEBLOS ÉTNICOS EN BOGOTÁ, D. C

Etnia	Número de integrantes	Porcentaje de participación en el total de habitantes de Bogotá
Indígenas	15.032	0,222%
Rom – Gitanos	523	0,008%
Afrocolombianos	96.530	1,424%
Raizales	1.355	0,020%
Total etnias	113.440	1,673%
Total población en Bogotá	6.778.691	100%

Fuente: DANE, Censo General 2005, Población censada

Es necesario tener claro en el caso de poblaciones indígenas urbanas que, cuanto una decisión local pueda afectarles directamente, tienen derecho a la consulta previa y, que le corresponde a las autoridades establecer todos los mecanismos para hacer efectivo, este derecho fundamental. Finalmente se destaca que en la ciudad de Bogotá ya se han tenido experiencias de participación y consulta previa.



⁵⁹ Para profundizar sobre el tema se sugiere ver: <http://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/portal/node/113>.

12.2. PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO O EN CONTACTO INICIAL

Según la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la actualidad se habla de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y los pueblos indígenas en contacto inicial. Estos pueblos se encuentran en peligro de extinción o en grave estado de vulnerabilidad y requieren de protección especial (ACNUDH, 2012: 8)⁶⁰.

Los pueblos en aislamiento son pueblos o segmentos de pueblos indígenas que no mantienen contactos regulares con la población mayoritaria y que además suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su grupo. También pueden ser grupos pertenecientes a diversos pueblos ya contactados que tras una relación intermitente con las sociedades envolventes deciden volver a su situación de aislamiento como estrategia de supervivencia y rompen voluntariamente todas las relaciones que pudieran tener con dichas sociedades. A su vez, los pueblos en contacto inicial son pueblos que mantienen un contacto reciente con la población mayoritaria; pueden ser también pueblos que a pesar de mantener contacto desde tiempo atrás, nunca han llegado a conocer con exactitud los patrones y códigos de relación de la población mayoritaria. Esto puede deberse a que estos pueblos mantienen una situación de semiaislamiento, o a que las relaciones con la población mayoritaria no son permanentes, sino intermitentes. Los pueblos “en contacto inicial” son pueblos que previamente permanecían “en aislamiento” y que bien forzados por agentes externos, bien por decisión del grupo o por factores de otro tipo, entran en contacto con la población mayoritaria (ACNUDH, 2012: 8-10).

En el caso de estos pueblos, los derechos humanos han de ser leídos atendiendo a la particularidad del no contacto o del contacto reciente de dichos pueblos, sin olvidar las amenazas o problemas que enfrentan

desde el punto de vista del ejercicio de los derechos humanos y su situación de particular vulnerabilidad. En esta lectura se pueden mencionar algunos derechos como el derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, a la autodeterminación, a las tierras, territorios y recursos, a la cultura, al mantenimiento de sus prácticas tradicionales y ancestrales, a definir sus modelos de desarrollo y al consentimiento libre, previo e informado. Y sobre todo a una interpretación que asegure la implementación de los derechos de estos pueblos, tales como autodeterminación, derecho al territorio y al mantenimiento de sus propias culturas (ACNUDH, 2012: 13).

En este marco, el derecho a la autodeterminación significa el respeto a sus estrategias de supervivencia física y cultural, según sus usos y costumbres, que puede comprender el aislamiento, como contactos y formas selectivas de convivencia. La decisión de mantener su aislamiento puede ser entendida como una de las diversas formas de expresar el ejercicio del derecho a la autodeterminación, que puede contribuir al respeto de otros derechos. Respetando la decisión de mantenerse en aislamiento y garantizando dicha opción a través del desarrollo de políticas públicas y normativa dirigidas a la consecución de tal fin, se está protegiendo a estos pueblos de cualquier contacto (ACNUDH, 2012: 13-14).

El derecho al territorio resulta fundamental para estos pueblos, ya que poseen una interdependencia total con el ambiente y esta les permite mantener sus vidas y culturas, gracias a los conocimientos profundos que tienen sobre los usos, aplicaciones y cuidados de su entorno. Lo anterior significa que el respeto de su decisión de mantenerse en aislamiento, requiere que se garantice y respete el ejercicio de sus derechos territoriales, ya que cualquier agresión ambiental que sufran significaría una agresión a sus culturas y la puesta en riesgo del mantenimiento de su aislamiento.

De igual forma el derecho a la cultura contribuye a preservar y a prácticas sus tradiciones y costumbres. Son pueblos muy vulnerables, cuyas culturas están en permanente riesgo de desaparecer, por lo que su protección resulta fundamental. No obstante no debemos olvidar que la condición fundamental para preservar las culturas de estos pueblos se encuentra precisamente en garantizar la supervivencia física de los mismos (ACNUDH, 2012: 14).

⁶⁰ Asegura la Oficina del ACNUDH (2012:8) que si bien las estimaciones varían, según una de ellas los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Amazonía y el Gran Chaco constituyen unos 200 pueblos y alrededor de 10.000 personas. Se tiene conocimiento de su existencia en Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela.



Bajo este marco y enfoque de derechos se presentan varios interrogantes, entre ellos, los siguientes:

- a. ¿Cómo se garantiza el derecho fundamental de estos pueblos a la consulta previa?
- b. ¿Debe hacerse consulta previa a estos pueblos?
- c. ¿Cómo se establece el procedimiento para realizar la consulta a estos pueblos?
- d. ¿Prima sobre el derecho a ser consultados el derecho de estos pueblos a estar aislados, a la autodeterminación, al territorio y a la cultura?
- e. ¿Cómo opera el derecho a sus propias visiones de desarrollo sobre el desarrollo del país?

Estos interrogantes están pendientes de responder y para eso se requiere de un proceso de análisis profundo y del diálogo con los demás pueblos indígenas sobre este tipo de casos. En nuestro parecer, prima el derecho a la autodeterminación y, en consecuencia, debe atenderse a sus propios intereses.

A estos pueblos que se encuentran en extrema vulnerabilidad se les debe garantizar el derecho a la autodeterminación, lo cual “se traduce en el respeto a su decisión de mantenerse en aislamiento, sin que esto haga presuponer que la situación de estos pueblos no pueda evolucionar en lo que se refiere a su deseo o necesidad de establecer contacto con el tiempo. El respeto a su decisión de mantenerse en aislamiento conlleva la toma de medidas efectivas para evitar que personas ajenas o las acciones de éstas puedan afectar o influir, ya sea accidental o intencionalmente, a personas pertenecientes a grupos indígenas en aislamiento” (ACNUDH, 2012: 23).

Antes de pasar a otro tema, es importante señalar que el Decreto Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras (decreto ley 4633 de 2011), hizo referencia a estos pueblos no contactados o en aislamiento voluntario y señaló que le corresponde al Estado colombiano garantizar el derecho de esos pueblos a permanecer en dicha condición y a vivir libremente, de acuerdo a sus culturas en sus territorios ancestrales. Por tanto, como sujetos de especial protección, en ningún caso podrán ser intervenidos o despojados de sus territorios, ni serán objeto de políticas, programas o acciones, privadas o públicas, que promuevan el contacto o realicen intervenciones en sus territorios para cualquier fin (artículo 17).

Adicionalmente se señala que los pueblos indígenas en contacto inicial tienen derecho a vivir libremente y de acuerdo a su cultura en sus territorios ancestrales. Las políticas, programas o acciones privadas o públicas que se promuevan o realicen para ellos, que hayan sufrido daños y afectaciones, las estrategias, mecanismos y medidas de atención integral, protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales, se deben definir en la Mesa Permanente de Concertación (decreto 1397/96). En aquellos casos en los que se haya producido un daño o afectación, serán sujetos de medidas de atención integral, protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales.

12.3. LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

Un tema importante en estos momentos en nuestro país es el que tiene que ver con la participación en los beneficios de los proyectos, en especial, ahora que se habla de la locomotora minera en Colombia.

Como se ha mencionado, según el Convenio núm. 169 de la OIT, en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deben establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos son perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deben participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (Artículo 15.2).

En este mismo sentido, según la Guía para la aplicación del Convenio núm. 169, la frase “*siempre que sea posible*” quiere decir que los gobiernos siempre mantienen el derecho a decidir si los pueblos indígenas se benefician o no de la explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios. Sin embargo, esta expresión debe considerarse en concordancia con el artículo 6 del convenio, según el cual en estos casos tiene que hacerse consulta previa y debe garantizarse la participación. También debe considerarse en relación con el artículo 7, que exige que se efectúe una evaluación del impacto social, espiritual, cultural y ambiental de cualquier actividad desarrollada, garantizando así que los pueblos tengan la oportunidad de participar en las decisiones respecto a la disyuntiva de si deben realizarlas o no.

Consideramos que el momento propicio para la determinación sobre la forma como los pueblos indígenas van a participar en los beneficios de estas actividades, es la consulta previa y en consecuencia, en Colombia es necesario avanzar en este tema y determinar claramente cómo va a darse este reconocimiento y cómo se va a implementar el beneficio económico para las comunidades y pueblos indígenas.

Ya la Corte Constitucional dio los primeros pasos al señalar en la Sentencia T-129 de 2011, que todo proceso debe cualificarse conforme a las características propias de cada caso concreto ya que lo que está de por medio no es sólo la expectativa de recibir ciertos beneficios económicos por un proyecto, sino entender y reconocer que lo que está en juego es el presente y futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene

derecho a auto-determinarse y defender su existencia física y cultural, por “absurdas o exóticas” que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida. Para la Corte, en este sentido es necesario compartir de forma razonable los beneficios del proyecto con el pueblo o la comunidad étnica que sea directamente afectada. Está entonces pendiente por establecer la forma para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a compartir los beneficios derivados de los proyectos y obras que impliquen intervención.

Del mismo modo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas sugirió que con el fin de garantizar “los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados deben garantizar] una participación mutuamente aceptable en los beneficios [...]”⁶¹. En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo” (CCC, T 129 de 2011).

12.4. CONSULTA PREVIA Y SITIOS SAGRADOS



⁶¹ ONU (2009), Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra nota 97, párr. 66.

Un sitio sagrado es un área de especial significado espiritual para los pueblos y comunidades, que pueden ser áreas de tierra o agua o sitios naturales sagrados de importancia para la conservación de la biodiversidad. De hecho, para algunas comunidades es difícil separar las razones por las cuales protegen las conexiones espirituales entre los pueblos y la tierra, de aquellas por las cuales conservan la diversidad biológica de sus tierras. Muchos de los sitios sagrados construidos, o monumentos, están localizados en áreas con un gran valor natural que es generalmente reconocido por las creencias religiosas. Desde una perspectiva más amplia, ciertas especies de plantas y animales también pueden ser consideradas como sagradas por algunas comunidades. Aunque muchos sitios naturales sagrados tienen una importancia histórica, no son estáticos en el tiempo o espacio, por lo que es posible crear nuevos sitios en respuesta a nuevas circunstancias y cambios del ambiente (WILD y MCLEOD. Ed., 2008: 20)⁶².

Sobre este particular, la Corte Constitucional (T-693/11) ha señalado que, con relación al derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural (incluso si están ubicadas fuera de los resguardos), se observa que el Convenio núm. 169 acoge un concepto amplio de territorio, al indicar que se consideran como tal, aquellas áreas de una comunidad que comprenden, no sólo las tituladas o habitadas, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades tradicionales, sagradas o espirituales (artículo 14). Bajo este entendido, el territorio viene a ser el lugar donde las comunidades o pueblos indígenas pueden desenvolverse según su cultura, su saber y sus costumbres, es decir, un espacio físico bajo la influencia cultural y control político de sus propias costumbres.

En este orden de ideas, para el Tribunal Constitucional (T-693/11) debe tenerse en cuenta que el vínculo de los pueblos indígenas con el territorio va mucho más allá de la concepción material de las cosas, pues aquel parte de componentes espirituales, de la relación del hombre con la tierra. Del mismo modo, para los pueblos indígenas, la tierra,

62 Para profundizar en el debate se sugiere ver MALLARACH and PAPAYANNIS, Eds. (2007).

al vincularla con los seres humanos, es vista como un lugar espiritual que cuenta con sitios sagrados, con bosques, lagos, montañas, ríos, etc. Vale aclarar que esa vinculación del ser humano con el territorio no necesariamente está escrita, es algo que se vive en el día a día, razón por la que uno de los factores que permite definir al territorio como tradicional es la existencia de sitios para la subsistencia, como la caza y la pesca, y los sitios claves que tienen valor espiritual o cultural para la respectiva comunidad⁶³.

En este contexto, es importante resaltar no solo la importancia que revisten los sitios sagrados, sino también la consulta previa como un mecanismo de protección. Cuando se vaya a tomar una decisión que pueda afectar dichos pueblos y sus sitios espirituales, debe previamente realizarse la consulta. Este es un caso en el que se requiere el consentimiento libre, previo e informado ya que los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales y ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas (artículo 11, DNU DPI). Se requiere del consentimiento ya que su afectación representa un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma (CCC, T-129/11).

63 CHARLES RICE HALE, antropólogo especialista en culturas indígenas, en peritaje rendido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Comunidad Mayagna (sum) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001 (T-693/11).



13. EL DILEMA DE LA REGLAMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA: UN PERMANENTE CONFLICTO

Inicialmente la consulta previa se realizaba sin contar con ninguna reglamentación sobre su procedimiento. Sin embargo, desde el primer momento de la expedición del decreto 1320 el 13 de julio de 1998, mediante el cual se reglamentó la consulta previa para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, se ha presentado confrontación entre el gobierno nacional y los pueblos indígenas entre otras circunstancias, por la manera como esta norma salió a la luz pública y por sus implicaciones.

El gobierno colombiano argumentó que la mencionada norma (decreto 1320 de 1998) era necesaria para regular de manera especial la consulta previa a las comunidades indígenas y negras tradicionales, mediante un procedimiento específico que permitiera a las autoridades ambientales ejercer su competencia en esa materia y cumplir el mandato contenido en el artículo 76 de la ley 99 de 1993. Empero, no se tuvo en cuenta que con anterioridad a esta disposición se venían realizando consultas previas sin que fuera un problema la falta de reglamentación. Desde ese mismo momento, se generó una molestia que persiste en la actualidad, no obstante el largo tiempo transcurrido desde su expedición.

Los aspectos que tienen que ver especialmente con el rechazo del mencionado decreto por parte de los pueblos indígenas se refieren a su legitimidad, legalidad, ámbito de aplicación y con el procedimiento establecido, los cuales se constituyen en los principales argumentos para oponerse a esta norma.

En primer lugar, esta norma es considerada ilegal porque fue expedida sin haber sido consultada previamente con las comunidades étnicas como lo ordena la ley 21 de 1991. Los pueblos indígenas debieron ser consultados antes de su expedición. Este hecho generó incertidumbre jurídica y gran descontento por parte de los pueblos indígenas.

En segundo lugar, el decreto 1320 de 1998 establece que la consulta previa se realiza cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas, o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, señala que se

realiza cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras. Es evidente que esta determinación es contraria a la Constitución Política Nacional y al Convenio núm. 169 de la OIT, que siempre hablan de la participación y la consulta cuando los proyectos se realicen en TERRITORIOS INDÍGENAS, nunca de resguardo o de reservas o zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras.

En tercer lugar, por el procedimiento y los tiempos que se establecían en el decreto para realizar la consulta, ya que la reducen a un procedimiento tipo audiencia ambiental que se concreta en una sola reunión. Este decreto no atiende los postulados del Convenio núm. 169 según el cual, el Estado debe consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados que además reconozcan los espacios propios de reflexión y análisis de los pueblos indígenas. Así las cosas, el procedimiento que trae el decreto 1320 de 1998 es inflexible y por lo tanto vulneratorio de los usos y costumbres de los pueblos (LONDOÑO TORO, 1998).

Evidentemente el decreto 1320 deja por fuera y limita el ejercicio de la consulta y el concepto de territorio que para los indígenas comprende además aquellas áreas poseídas por una comunidad, que comprende no sólo las tituladas, habitadas y explotadas, sino también, aquellas que constituyen en el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales. El territorio se constituye entonces, en el lugar donde los pueblos indígenas desarrollan su vida, su cultura, su economía y su propio desarrollo y esto no se tuvo en cuenta en esa norma. Además, según su concepción, el territorio indígena incluye los sitios ocupados permanentemente y los ocupados con fines culturales como los sitios sagrados, de caza, pesca etc., aspectos a tener presente al momento de efectuar la consulta previa.

El ejercicio del derecho territorial les permite a los pueblos indígenas, acceder colectivamente a sus recursos naturales y controlar los procesos sociales, culturales, políticos y económicos que ocurran dentro de ese espacio. El territorio es el lugar donde los indígenas pueden desenvolverse según su cultura, su saber y sus derechos. Constituye un espacio físico, bajo influencia cultural y control político de los pueblos indígenas.

Bajo estas premisas, evidentemente el decreto 1320 de 1998 es contrario a la Carta Política y vulnera los derechos de los pueblos indígenas y muestra que existe un conflicto de normas: unas normas superiores que establecen los principios (las normas constitucionales) además de una ley (ley 21 de 1991) que ratifica el Convenio núm. 169 de la OIT que integra el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos de los pueblos indígenas como lo ha sostenido la Corte Constitucional en reiteradas sentencias. Ambas disposiciones tienen prevalencia frente a un decreto reglamentario (el 1320) que vulnera los principios constitucionales y por lo tanto generan inseguridad jurídica y limitan los derechos de los pueblos indígenas.

Esta situación ha minado la confianza y ha vulnerado los derechos de los pueblos indígenas, dado que la consulta previa es más una relación política que jurídica y tiene repercusiones y fundamentos profundos en lo social, económico y político, más allá de los desarrollos meramente jurídicos. Consideramos que en este contexto deben tenerse en cuenta todas las diferencias culturales en el desarrollo del proceso reglamentario de la consulta previa; pero los impactos sobre la cultura misma, sobre las tradiciones y los valores, sólo puede valorarlos la misma comunidad o pueblo indígena.

Los pueblos indígenas siempre han rechazado la expedición del decreto 1320 de 1998 y han solicitado su revocatoria directa. Sin embargo esto no se ha efectuado. La contradicción en mención no es solamente en la parte sustantiva, el problema es que el convenio internacional y la jurisprudencia están señalando unas pautas de procedimiento de cómo hacer las consultas y dicha norma está en abierta divergencia con las determinaciones que ha tomado.

No obstante todos los argumentos en contra de esta norma, el Consejo de Estado lo ratifica en su legalidad por Sentencia del 20 de mayo de 1999 argumentando que no observa que el decreto 1320 de 1998, en su conjunto, presuponga el desmedro de la integridad étnica, social, cultural y económica de las comunidades indígenas, ni que sea un instrumento que no permita garantizar dicha integridad. Visto de

manera global, es un mecanismo que facilita hacer efectiva la preservación de las mismas, cuando de la explotación de recursos en sus territorios se trata, al permitirles participar, a través de sus representantes, tanto en la elaboración de los estudios ambientales (artículo 5°), como en acuerdos sobre la identificación de impactos y las medidas propuestas dentro del plan de manejo ambiental, y las demás que sean necesarias para su preservación (Consejo de Estado: 1999).

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

Ante este conflicto, se ha venido planteado en diversas oportunidades la necesidad de reglamentar el procedimiento de la consulta previa. La Corte Constitucional ha instado al gobierno nacional a hacerlo con el argumento de ser necesario contar con reglas pertinentes sobre la forma de efectuar la consulta previa. Los pueblos indígenas en algunos casos señalan que sería conveniente tener claros los procedimientos que además deben ser flexibles dada la diversidad de pueblos y culturas, usos y costumbres existentes en el país. Por eso proponen que para lograr realizar una consulta idónea, solo es indispensable que se efectúe previamente a cualquier decisión y que se dé el cumplimiento de los requisitos de buena fe, procedimiento debidamente informado y una consulta culturalmente adecuada. En este contexto plantean contar con unos lineamientos o protocolos propios que recojan los intereses y visiones de cada pueblo.

Adicional a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones CEACR, se ha pronunciado sobre esta norma y en el informe del año 2012 recuerda al gobierno colombiano que el Comité Tripartito que examinó

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



14. DE LA CONSULTA PREVIA AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO

Para el abordaje del consentimiento libre, previo e informado –CLPI, se debe comenzar por señalar que los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus territorios, tienen protección especial y que de acuerdo con el Convenio núm. 169, estos comprenden el derecho a participar en su utilización, administración y conservación. Previamente habíamos señalado que en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en los territorios indígenas, el gobierno debe establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a estos pueblos, a fin de determinar si sus intereses podrían ser perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus territorios (artículo 15).

El antecedente más relevante del CLPI lo encontramos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el caso del pueblo Saramaka *versus* Surinam (Sentencia del 28 de noviembre de 2007), señaló que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. En todas estas situaciones – almacenamiento de desechos tóxicos, traslado de grupos indígenas, y proyectos de inversión de gran escala en territorios indígenas– el impacto es significativo sobre el ejercicio de una serie de derechos de los pueblos indígenas; y esto generalmente hace difícil que en estas situaciones pueda demostrarse una necesidad y proporcionalidad sin el consentimiento de la parte indígena, aún asumiendo que existe un propósito estatal válido (ANAYA, 2013).

En este mismo sentido, el Relator Especial de la ONU determinó que es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en

relación con grandes proyectos de desarrollo. Asegura que mientras que el Convenio núm. 169 y la Declaración se refieren a la consulta como una obligación o deber de los Estados, entre actores institucionales y los que abogan por los pueblos indígenas, se ha venido hablando cada vez más del derecho de estos pueblos a ser consultados. Es importante recordar, sin embargo, que este derecho corolario de consulta, tal como se plantea en los instrumentos y jurisprudencia internacionales, no es un derecho aislado o independiente. Más bien la norma de consulta, con su principio conexo de consentimiento libre, previo e informado, se presenta en el derecho internacional como una salvaguarda para el conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas que pueden ser afectados por las decisiones administrativas o legislativas de los Estados (ANAYA, 2013).

En el caso colombiano, precisado lo anterior, la Corte Constitucional (T-129/11) encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general, pueda determinar la alternativa menos lesiva, cuando existan proyectos que tengan el potencial de poner en peligro sus formas de vida y específicamente en aquellos eventos que:

- a. Impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto.
- b. Estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas.
- c. Representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.

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



14.1 CLPI EN EL TRASLADO DE LOS TERRITORIOS INDÍGENAS

Es claro que los pueblos indígenas no deben ser trasladados de las tierras que ocupan tradicionalmente. Pero, cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación se consideren necesarios, sólo deben efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, su traslado y reubicación sólo debe tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos indígenas tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. En todo caso, siempre que sea posible, los pueblos indígenas deben tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su desplazamiento.

De otro lado, en el caso que el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en su ausencia, por medio de procedimientos adecuados, los pueblos indígenas deben recibir en todos los casos

tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos igual⁶⁴ a las que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, esta debe concedérseles con las garantías apropiadas. De igual forma, debe indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

14.2. CLPI EN PROYECTOS QUE AFECTEN SUS TIERRAS Y OTROS RECURSOS

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para su desarrollo, así como decidir sobre la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos, con respecto a lo que consideran son sus prioridades y necesidades. Los Estados deben celebrar consultas y cooperar de buena fe con estos pueblos, a fin de obtener su CLPI antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. En estos casos, el Estado está en la obligación de establecer mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y debe adoptar medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual (artículo 32 DNU DPI).

14.3. CLPI EN PLANES DE DESARROLLO

Establece la Corte Constitucional (T-769/09 y T-120/11) que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de los pueblos indígenas, es

⁶⁴ A nuestro modo de ver esta situación, consideramos que la calidad y el estatuto jurídico de los territorios debe ser progresivo en la garantía del derecho.

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

14.4. CLPI EN OTROS EVENTOS

La Corte Constitucional (T-129/11) también encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general, pueda determinar la alternativa menos lesiva o exigir como se ha mencionado, la aplicación del principio *pro homine* en aquellos eventos de traslado o desplazamiento; almacenamiento o vertimiento de tóxicos y, en proyectos que representen alto impacto social, cultural y ambiental, poniendo en riesgo su subsistencia.

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



14.5. EFECTOS DEL CLPI

Sobre el particular, la misma Corte Constitucional (T-129/11) ha señalado que conforme al desarrollo normativo y jurisprudencial actual no es fácil este tema, ya que se está ante un problema de dos extremos difíciles. De un lado, está la consulta previa veto (que estaría dentro de los términos del Convenio núm. 169 pero que genera todo tipo de resistencia) y la consulta previa mera información (que no estaría conforme con la Convención y que con frecuencia es empleada para aparentar un cumplimiento de dicho instrumento). Conforme a lo expuesto, para la Corte el criterio que permite conciliar estos extremos depende del grado de afectación de la comunidad, de los eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades y pueblos indígenas.

Por ello, según este Tribunal, todo proceso deberá cualificarse conforme a las características propias de cada caso concreto, pues lo que está de por medio no es sólo la expectativa de recibir ciertos beneficios económicos por un proyecto económico, sino entender y reconocer que lo que está en juego es el presente y futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene derecho a auto-determinarse y defender su existencia física y cultural, por “absurdas o exóticas” que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida.

14.6. REQUISITOS JURISPRUDENCIALES

Así las cosas, de acuerdo con el avance jurisprudencial, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de los pueblos indígenas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas (CCC, T-129/11):

- a) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se deben desarrollar conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.
- b) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.
- c) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.
- d) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para éste del territorio y sus recursos.
- e) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.
- f) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.
- g) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas en intereses de los pueblos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.
- h) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.
- i) En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparición de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.
- j) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando, ordenar su suspensión.
- k) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.
- l) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la nación.

En síntesis, para el Tribunal Constitucional es fundamental lograr el CLPI porque en los casos señalados se generan cambios sociales y económicos profundos; se presenta la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo y la migración. Adicionalmente, se puede dar el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural y, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias.

Termina asegurando la Corte Constitucional (T-129/11) que si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente se espera que el proceso de consulta previa y participación respete de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos. No obstante, es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los grupos afectados por una actuación u autorización administrativa de entidades del Estado o particulares. Circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional.



15. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL⁶⁵ EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA

El estado de cosas inconstitucional se puede definir como una declaración formal que hace la Corte Constitucional mediante un fallo de tutela, en los casos de violación plural, sistemática y recurrente de la Constitución y de los derechos fundamentales. En esos eventos de recurrencia en la violación, la acción de tutela deja de comportarse como un mecanismo extraordinario, para convertirse en un instrumento de uso repetido y hasta ineficaz (QUINCHE RAMÍREZ, 2011: 288).

Sobre este particular, la magistrada CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ (2003: 214) asegura que desde un primer momento, para fundamentar el estado de cosas inconstitucional, la Corte se apoyó en el artículo 113 de la Carta Política que consagra el deber de colaboración armónica entre las diversas ramas del poder público, específicamente, argumentando que es obligación de esa Corporación notificarle a las demás autoridades públicas la existencia de una situación de hechos que vulneran la Constitución.

En un segundo momento, la justificación del juez constitucional fue un argumento de carácter económico: resulta menos costoso para el presupuesto de la rama judicial hacer pronunciamientos que contengan múltiples situaciones semejantes, que esperar a que cada ciudadano (en este caso, cada pueblo indígena) impetre la correspondiente acción de tutela. Importantes consecuencias conlleva el hecho que el juez considere que un determinado caso se encuentra ante un estado de cosas inconstitucional y no solamente ante una simple vulneración o amenaza a un derecho fundamental, además de las consecuencias de carácter procesal, político y económico.

⁶⁵ Asegura RODRÍGUEZ GARAVITO (2009: 425) que la figura del estado de cosas inconstitucional ha sido uno de los aportes fundamentales del constitucionalismo colombiano a la jurisprudencia y la discusión internacional sobre la protección de los derechos humanos. Mediante ella, la Corte Constitucional ha enfrentado situaciones especialmente visibles y graves de violación de derechos, que suelen ser tratados en el constitucionalismo comparado bajo el nombre de cosas estructurales.

Con base en esta fundamentación, en nuestro análisis encontramos que el derecho a la consulta previa ha sido tantas veces violado en Colombia, que la Corte Constitucional bien podría y debería declarar el “estado de cosas inconstitucional”⁶⁶, con el objeto de proteger los derechos fundamentales y, en especial, este derecho de los pueblos indígenas que de manera reiterada ha sido vulnerado, teniendo que intervenir en múltiples casos, como se estableció en los cuadros No. 4 y No. 5 sobre jurisprudencia en materia legislativa y administrativa.

Como se ha mencionado anteriormente, algunos pueblos indígenas de Colombia están en peligro de ser exterminados –cultural o físicamente– por el conflicto armado interno o porque han sido víctimas de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos y del Derecho Internacional Humanitario (CCC, Auto 004/09). Adicionalmente, en el país se han autorizado de forma inconsulta procesos socioeconómicos que han terminado por afectar sus derechos territoriales, culturales y ambientales, entre otros. En este panorama, al declarar el estado de cosas inconstitucional, la Corte podría generar mecanismos para evitar la repetición de dichas vulneraciones, en especial, al derecho fundamental a la consulta previa.

Así las cosas y teniendo como precedente la Sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional podría realizar dicha declaratoria en materia de consulta previa de acuerdo con los siguientes factores:

- (i) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos, que afecta a un número significativo de personas. En lo referente a los grupos étnicos, cuando no se garantiza el derecho fundamental a la consulta previa, además de otros derechos como el territorio, la autonomía y la participación, entre otros.
- (ii) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de su obligación de garantizar los derechos. Como se pudo establecer anteriormente, en cuanto a la consulta previa existe jurisprudencia

⁶⁶ Para profundizar en este tema, véanse entre otros, DUEÑAS RUIZ (2009 y 2011), GARCÍA JARAMILLO (2011), QUINCHE RAMÍREZ (2011) y RODRÍGUEZ GARAVITO (2009).

de la Corte Constitucional que evidencia dicha carencia desde los años 90.

- (iii) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela en cuanto parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado, es decir, el derecho a la consulta previa, razón por la cual a través de las providencias del Tribunal Constitucional se ha establecido que éste es el mecanismo más idóneo para su protección.
- (iv) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales suficientes y necesarias para evitar la vulneración del derecho a la consulta previa.
- (v) Como se ha establecido a lo largo de esta investigación, existe un problema social con respecto a la efectiva aplicación del derecho a la consulta previa, cuya solución compromete la intervención de varias entidades, de modo que requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante para garantizarlo.
- (vi) Si todos los afectados (en nuestro caso, los pueblos indígenas), por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial⁶⁷.

En materia de consulta previa, se da una constante judicialización de los casos por la violación a ese derecho fundamental, de modo que es un problema estructural que afecta a los pueblos indígenas como sujeto colectivo de derechos. En consecuencia, consideramos que podría declararse el estado de cosas inconstitucional, dado que los reiterados fallos

⁶⁷ En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha reconocido casos en los que mediante acciones de tutela personas o comunidades han reclamado derechos. Eso evidencia que de manera masiva, constante y generalizada el Estado ha desconocido derechos fundamentales, lo que significa también que esa situación puede haberse presentado sin que los afectados hayan reclamado. Es decir, nos encontramos ante un problema de carácter estructural, que devela la falta de voluntad política para resolverlo. En esas condiciones, la Corte debe declarar el estado de cosas inconstitucional.

judiciales han sido imputables a varias autoridades (como las ambientales y el Ministerio del Interior).

Sin embargo, es importante resaltar que expertos como el profesor DUEÑAS RUIZ (2009: 161) plantean que no se puede llegar al extremo de hacer permanentes calificaciones de estado de cosas inconstitucional. Nuestra consideración es que las implicaciones que tiene la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa hacen indispensable declarar dicho estado por cuanto de esta manera la Corte estaría protegiendo a los pueblos indígenas como uno de los grupos más vulnerables, dada la gravedad de las afectaciones de los derechos reconocidos constitucionalmente a estas colectividades. Además, se buscaría asegurar el goce efectivo al territorio y la autonomía de los pueblos indígenas y el fortalecimiento de la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales.

Dicho de otra manera, se estarían volviendo a valorar en su justa dimensión los derechos de los pueblos indígenas, sobre todo, el derecho a la consulta. La Constitución Política previamente los había protegido de forma especial en vista de la condición de vulnerabilidad de este sujeto colectivo, pero, como se dijo, se perdieron los fundamentos y con ellos las capacidades de protección de los mecanismos constitucionales, ya que las autoridades competentes no han adoptado los correctivos suficientes al respecto y no han ofrecido soluciones puntuales que impidan la reincidencia en dichas violaciones.

Así las cosas, como lo ha planteado este Tribunal Constitucional, es necesario que las distintas entidades con competencias en materia de decisiones que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, cumplan a cabalidad con sus deberes constitucionales y legales, y adopten, en un plazo razonable, y dentro de las órbitas de sus competencias, los correctivos que aseguren una suficiente apropiación presupuestal para garantizar el derecho a la consulta previa.

En este contexto, el Estado debe adoptar e implementar políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de

condiciones y oportunidades entre los asociados, y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población –en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”–. Así mismo, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de dichos derechos, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de los mismos (CCC, T-025/04).

En este sentido, no obstante su carácter excepcional⁶⁸, el estado de cosas inconstitucional implicaría, como lo ha planteado el profesor RODRÍGUEZ GARAVITO (2009: 438), que se promueva la colaboración entre los muchos actores públicos y privados involucrados y, en los casos de consulta previa, aplicaría como mecanismo de solución estructural a los problemas relacionados con la vulneración a este derecho.

68 El carácter excepcional supone, en primer lugar, que la figura del estado de cosas inconstitucional implica la intervención considerable de la Corte en los procesos de políticas públicas que involucran al gobierno y al Congreso. En segundo lugar, la Corte como cualquier tribunal, tiene capacidades institucionales limitadas para acometer los procesos de seguimiento que son indispensables en este caso para que dicha figura no sea letra muerta, dada la complejidad y magnitud de los problemas que dan lugar a esta declaración. En tercer lugar, desde un punto de vista político, su aplicación implica un costo para la Corte (lo cual ha sido evidente en el caso de desplazamiento forzado declarado mediante la Sentencia T-025/04), ya que supone una declaración explícita de fracaso de las políticas gubernamentales, que el mecanismo de seguimiento puede extenderse durante años y que el proceso consume parte del capital político de la Corte. Adicionalmente, cuanto más dure el proceso, mayor será la probabilidad de desgaste de la Corte y del estado de cosas inconstitucional y mayor también el riesgo de que los actores públicos y privados que siguen el caso consideren que la figura ha sido ineficaz para tratar el problema (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2009: 438-439).



16. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Principios como la dignidad humana y el pluralismo inspiraron al Constituyente de 1991 para reconocer no solo la importancia de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, sino para asignar un estatus especial a los pueblos indígenas que hoy son titulares del derecho al territorio, a la autonomía, a la jurisdicción especial, a la consulta previa y a la participación, entre otros. Estos mandatos constitucionales, en unión con el Convenio núm. 169 de la OIT, la DNUPI y una amplia jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana, han establecido en cuanto a esos derechos, mecanismos a través de los cuales se busca proteger esa diversidad, como el derecho fundamental a la consulta previa, que pretende además de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, proteger la integridad social, cultural y económica de esas colectividades.

La necesidad de articulación de los diferentes actores, genera desavenencias y grandes desafíos, cuyo análisis se debe asumir con el propósito de ofrecer formas de solución a los conflictos y de avanzar hacia la realización efectiva de los derechos de todos los colombianos, incluidos los derechos a la identidad, a la cultura, al territorio y a la consulta previa de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos reconocidos por nuestro texto constitucional y por varios instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La percepción de que la consulta previa es un permanente foco de conflictos, además de ser inadecuada, termina por estigmatizar a los pueblos indígenas y sus derechos. Estudiados los procesos de licenciamiento ambiental escogidos y las respectivas consultas, encontramos que en su gran mayoría no se revelan dificultades o reclamos por parte de los pueblos. Solo en algunos proyectos previamente presentados, ampliamente conocidos en la opinión pública y documentados en el presente texto, como el del bloque Samoré, la represa de Urrá, Álamos I, Puerto Brisa, Presa el Cercado y la desviación del río Ranchería, sí se han generado procesos sociales de reclamo o demanda por parte de los pueblos indígenas.



En esos casos estudiados, la consulta previa se evaluó como una oportunidad y no como una amenaza, dado que permite la defensa de los derechos, la discusión y la concertación previa a la toma de decisiones, tres elementos fundamentales para un país que busca el crecimiento de la economía, el bienestar social, la elevación de la calidad de vida de todos los colombianos y, en especial, la prevención de conflictos ambientales. Se observa entonces cómo la consulta es un escenario para el intercambio de saberes, a través de los cuales se pueden identificar estrategias para buscar de manera conjunta, mecanismos para la minimización de los impactos culturales, sociales y ambientales que puedan ocasionarse con un proyecto.

Los mismos pueblos indígenas han planteado que no se oponen al desarrollo y que, por el contrario, su preocupación es la construcción colectiva y pluralista del mismo. Su participación mediante la consulta tiene entonces un trasfondo muy grande, ya que trata de cimentar la vida de los grupos étnicos y la de todos los colombianos, con mayor razón, teniendo en cuenta que las decisiones que se toman en la consulta previa contribuyen a su propia pervivencia como culturas.

Sin embargo, en la mayoría de los casos analizados (los que mostraron reclamos y los que no) se evidencia la vulneración de la consulta previa. La Corte Constitucional ha tenido que intervenir, ya que un significativo

número de ellos han terminado por ser judicializados, como lo pudimos establecer a lo largo de esta investigación. Muchos de ellos han tutelado el derecho a la consulta previa y han coincidido en señalar que el proceso de participación de los grupos étnicos en la toma de las decisiones estatales debe buscar asegurar la efectiva protección de los intereses colectivos y los derechos fundamentales de estas comunidades⁶⁹.

Lo anterior amerita hacer propuestas y asumir retos con el fin de dar una salida a las problemáticas planteadas, para lo cual consideramos pertinente efectuar los siguientes planteamientos:



16.1 LA CONSULTA PREVIA, UNA OPORTUNIDAD PARA PREVENIR Y RESOLVER LOS CONFLICTOS AMBIENTALES

La consulta previa además de un derecho es una oportunidad para conocer de los proyectos, para prevenir los impactos y los posibles conflictos que puedan generarse en el marco de las autorizaciones de licencias ambientales en territorios indígenas. Ella ofrece la generación de espacios de discusión y concertación previos a la toma de decisiones y permite la aproximación de las partes o actores involucrados. Este es

⁶⁹ Entre otras, las sentencias T-737 de 2005, T-380 de 1993, SU-039 de 1997 y SU-383 de 2003 de la Corte Constitucional.

un espacio para el intercambio de saberes, mediante los cuales se pueden identificar estrategias para buscar, de manera conjunta, mecanismos para la minimización de los impactos culturales, sociales y ambientales que con el proyecto puedan ocasionarse.

La consulta ofrece la oportunidad para que las comunidades y pueblos indígenas no solamente conozcan de los proyectos, sino para que incidan en su desarrollo, para que puedan manifestar sus apreciaciones y considerar de manera argumentada, la conveniencia o inconveniencia de los mismos. Además, permite consolidar las propuestas de desarrollo de los pueblos indígenas. Por ello, es necesario que al momento de la realización y de la toma de decisiones, las comunidades indígenas cuenten con una posición coherente, unificada y concertada entre todos sus miembros, para evitar futuras confrontaciones con el gobierno, los dueños de los proyectos o incluso internas o entre comunidades, teniendo en cuenta que lo que casi siempre está en juego, es su autonomía, su vida en comunidad, su territorio y su cultura. También es indispensable contar con instituciones dispuestas a valorar de manera consciente lo que los pueblos indígenas plantean sobre los proyectos.

Evidentemente, de los resultados de los talleres efectuados en el marco de esta investigación, se puede apreciar cómo para estas colectividades el derecho a la consulta previa tiene una gran importancia y ellas mismas han planteado que, la participación tiene un trasfondo muy grande, que además de ser un mecanismo jurídico, es más un proceso colectivo, que debe permitir el desarrollo propio y respetar la autodeterminación y el derecho de objeción cultural a los proyectos. Consideran que hay principios y fundamentos innegociables, que no pueden comercializarse: los derechos territoriales, culturales y el respeto a la toma de decisiones. Para las comunidades étnicas, las decisiones de la consulta previa no tienen contenido comercial porque implican su propia pervivencia y, terminan por considerar que ésta es más una relación política que jurídica, que tiene repercusiones y fundamentos profundos en lo social, económico y político, más allá de los desarrollos meramente legales (MMA: 1998). En síntesis, la consulta previa además de verse como un derecho, puede considerarse como un mecanismo para prevenir y solucionar los conflictos.



16.2 SUGERENCIAS PARA SUPERAR LAS LIMITACIONES DE LA CONSULTA PREVIA

Después de realizar este análisis del tema sobre la consulta previa y de resaltar su importancia como un instrumento que busca proteger la integridad cultural, social y económica y además, garantizar el derecho a la participación de las comunidades y los pueblos indígenas, nos resta solamente hacer algunas recomendaciones, las cuales esperamos que sean tenidas en cuenta como parámetros para el debate en la realización de futuras consultas y que aporten a quienes participan en ellas (dueños de proyectos, autoridades ambientales, otras instituciones y comunidades étnicas).

Debemos señalar que con el fin de lograr, desde las visiones de los pueblos indígenas superar las limitaciones planteadas, se efectuaron talleres, visitas y entrevistas en el marco de nuestro proyecto de investigaciones, a través de los cuales hemos identificado con ellos mismos y con los expertos en la materia, las siguientes propuestas o recomendaciones:

16.2.1 ENFOQUE DE DERECHOS

Es importante que la consulta previa sea mirada desde el enfoque o la perspectiva basada en los derechos humanos (ACNUDH, 2006: 15), el cual es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano, que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de DDHH y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los mismos.

El denominado enfoque de derechos en las políticas y estrategias de desarrollo, considera el derecho internacional sobre los derechos humanos como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de orientar el proceso de formulación, implementación y evaluación de políticas en el campo del desarrollo, y como una guía para la cooperación y la asistencia internacionales respecto a las obligaciones de los gobiernos donantes y receptores, el alcance de la participación social y los mecanismos de control y responsabilidad que se necesitan en los ámbitos local e internacional (ABRAMOVICH, 2006: 35).

El propósito del enfoque de derechos es analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo. Según los organismos de las Naciones Unidas estos son los atributos fundamentales del enfoque basado en los derechos humanos (ACNUDH, 2006: 15):

- a. Cuando se formulen las políticas y los programas de desarrollo, el objetivo principal deberá ser la realización de los derechos humanos.
- b. Un enfoque basado en los derechos humanos identifica a los titulares de derechos y aquello a lo que tienen derecho, y a los correspondientes titulares de deberes y las obligaciones que les incumben, y procura fortalecer la capacidad de los titulares de derechos para reivindicar éstos y de los titulares de deberes para cumplir sus obligaciones.

Teniendo en cuenta que para los pueblos indígenas el tema del mercado no es su principal interés, este enfoque se constituye en un elemento fundamental para abrir espacios de debate con la implementación adecuada

de la consulta previa. En ese sentido, es necesario tener presente que la consulta previa es un elemento primordial para garantizar los derechos de los pueblos indígenas a la autodeterminación, la autonomía, el territorio, sus planes de vida y sus propias visiones de desarrollo. Naciones Unidas plantea que un enfoque basado en los derechos humanos lleva a resultados mejores y sostenidos en los esfuerzos de desarrollo donde además consideramos, juega un papel importante la consulta previa a los pueblos indígenas. Adicionalmente asegura que este enfoque hace que las inversiones den mayores beneficios por los siguientes medios (ACNUDH, 2006:18):

- a. Aumentando la capacidad de los principales agentes para emprender el diálogo, cumplir sus propias responsabilidades y hacer que el Estado rinda cuentas;
- b. Fortalecer la cohesión social mediante la búsqueda del consenso con procesos participativos y canalizando la asistencia a los excluidos y más marginados;
- c. Codificando el consenso social y político sobre la rendición de cuentas en materia de resultados en leyes, políticas y programas acordes con los convenios internacionales;
- d. Institucionalizando los procesos democráticos, y
- e. Fortaleciendo las capacidades de las personas y las instituciones para cumplir sus obligaciones, expresadas en leyes, políticas y programas locales, nacionales e internacionales.



El enfoque basado en derechos es importante en todos estos aspectos ya que son aplicables en el caso de proyectos de desarrollo y de cualquier decisión que pueda afectar a los pueblos indígenas y que en consecuencia, requieren de consulta previa. Siguiendo los aportes del profesor ABRAMOVICH (2006: 46-49), el primer paso para superar los conflictos ambientales en territorios colectivos, debe partir por otorgar poder a los pueblos indígenas y por reconocer que ellos son titulares de derechos que obligan al Estado colombiano. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que:

- a. La participación es clave en las estrategias y políticas de desarrollo como un método para identificar necesidades y prioridades del orden local y comunitario.
- b. Para incluir a todos los sectores de la sociedad en los procesos políticos y sociales de desarrollo, se requiere como herramienta fundamental un adecuado acceso a la información pública⁷⁰ y un caudal de información disponible que brinde elementos para evaluar y fiscalizar las políticas y decisiones de los afectan directamente.
- c. El fortalecimiento de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, no solo como última instancia de reclamo cuando han fracasado los sistemas de administración de justicia nacionales, sino como un ámbito para establecer estándares uniformes en relación con los derechos consagrados en los tratados.
- d. Contar con puentes y establecer relaciones entre el campo de los derechos humanos y los principios que suelen orientan o guiar las políticas y estrategias de desarrollo.

16.2.2 PRINCIPIO PRO HOMINE, PRECAUCIÓN Y PREVENCIÓN CULTURAL

Consideramos que en los casos de violación al derecho a la consulta previa se debe aplicar el principio de interpretación *pro homine* (CCC, T-129/11) que impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más

⁷⁰ Para profundizar sobre el acceso a la información y la participación véase HURTADO MORA (2009).

favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución.

Es preciso subrayar la necesidad de pensar, con base en el principio de precaución y prevención ambiental⁷¹, en la aplicación del “principio de precaución y prevención cultural”, principalmente por medio de la consulta previa en cuanto a las comunidades y pueblos indígenas. No hay certeza de los impactos negativos que algunas decisiones o los proyectos puedan generar sobre los territorios y las culturas. Por lo tanto, es necesario adoptar medidas previas que impidan poner en grave peligro su pervivencia social, cultural, espiritual y económica.

En todo momento deben evitarse, además de los daños ambientales, las afectaciones sobre los pueblos indígenas originadas en lo que se decide: sobre su cultura, forma de vida y territorio. En todo caso, se deben establecer los medios necesarios para no llegar a una pérdida irreversible al presentarse un riesgo para estos pueblos. En ese sentido, el Estado tiene la obligación en todo momento de tener la diligencia debida.

Ahora, en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de los pueblos indígenas en la construcción de la misma, y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine* y en un mayor horizonte el principio de interpretación *pro natura*.

En lo relativo a este punto, como se mencionó, el principio de interpretación *pro homine* impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos. Este principio

⁷¹ Conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente (Declaración de Río de Janeiro, Ley 99 de 1993).

está contemplado en los artículos 1º y 2º Superiores, puesto que en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades⁷².

Lo anterior, halla sustento ante la necesidad de apoyar los procesos de pervivencia que las comunidades étnicas tienen que afrontar en la actualidad, sumado a que los eventos límite señalados por la Corte están armonizados con las recomendaciones contenidas en la declaración del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, JAMES ANAYA, sobre la Ley de consulta previa de los pueblos indígenas u originarios aprobada recientemente por el Congreso de la República del Perú. En la declaración del 26 de mayo de 2010, el mencionado funcionario expuso:

“La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala dos ejemplos de situaciones en que el consentimiento es exigible más allá de ser un objetivo de la consulta: el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente). El Relator Especial agregaría además, como ejemplo en el que se requiere el consentimiento indígena, el caso de una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos.”

72 La Corte Constitucional ha aplicado en numerosas ocasiones el principio *pro homine*, sobre este mecanismo de interpretación pueden consultarse las Sentencias C-251/97, C-318/98, C-148/05 y, T-037/06, T-695/07, T-009/08, T-791/09.

16.2.3 FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL



Se requiere que las instituciones sean fortalecidas tanto con personal como con presupuesto para superar los problemas planteados con la consulta previa y los demás derechos de los pueblos indígenas. Es importante que en las instituciones con competencias que tengan que ver con pueblos indígenas se cuente con dependencias y funcionarios especializados (en lo posible grupos interdisciplinarios), que conozcan sobre los derechos de las comunidades y sobre otros temas que tienen que ver con la protección de la diversidad étnica y cultural de nuestra nación colombiana. Los funcionarios deben desarrollar el rol de facilitadores, orientadores y defensores de los derechos étnicos y territoriales y, deben tener en cuenta que, la consulta es una instancia que permite la relación directa comunidad-Estado, la cual debe fortalecerse sobre la base de la credibilidad y confianza mutua.

Por todas estas razones, la participación de las instituciones, no se debe limitar sólo a las reuniones de inicio y finalización de la consulta previa, éste debe ser un proceso de acompañamiento continuo de éstas para garantizar la protección de los derechos de los pueblos indígenas y las demás comunidades étnicas.

Dentro del proceso para la realización de la consulta, es importante que los funcionarios públicos, en especial los de las autoridades ambientales, tengan en cuenta que juegan un papel muy importante y que su posición durante todo el proceso de consulta debe ser imparcial y muy objetiva.

Con el apoyo de los funcionarios del Estado, las comunidades deben ser capacitadas previamente al desarrollo de la consulta, sobre el significado, el alcance y el procedimiento para llevarse a cabo. Además, deben constituirse en punto de apoyo e información oportuna para las partes.

Se sugiere que sean asesores, capacitadores, mediadores y conciliadores durante el desarrollo de la consulta. Son los llamados a crear confianza y seguridad en el proceso y, en muchos casos, deben proponer fórmulas de acuerdo, sobre la base de lograr la protección de la identidad e integridad cultural, social y económica de las comunidades étnicas del país. Para ello, las instituciones deben contar con profesionales con las capacidades necesarias para identificar, evaluar y proponer estrategias interculturales que velen por la protección de la identidad e integridad étnica y ecosistémica.

Los funcionarios deben educar en el tema de la consulta previa, como un mecanismo para prevenir y dirimir los conflictos. Durante el proceso, es necesario tener un mínimo de gente con capacidad para identificar los impactos y negociar, por eso, se debe capacitar y apoyar a las comunidades que son muy débiles, con el fin de fortalecerlas. En este sentido es importante contar con elementos de análisis y propuestas para la identificación de impactos socioculturales y para su manejo, que permita garantizar el derecho a la participación y el reconocimiento de los derechos colectivos.

Cuando son competentes deben promover diálogos e instrumentos para el análisis de la información otorgada antes de la realización de la consulta, para negociar la ambientación, el tiempo y la forma de realización, de manera que no afecte las costumbres y culturas.

Durante la consulta, es necesario garantizar que las comunidades y los pueblos indígenas cuenten con espacios para la investigación y para exponer y sustentar sus puntos de vista. Es deber de los funcionarios estar al tanto para evitar la manipulación del proceso de consulta por parte de personas que tienen intereses particulares. Deben propender y tener en

cuenta que este derecho como mecanismo de participación permite el fortalecimiento y la organización de las comunidades, además, que les aporta elementos fundamentales a las autoridades para el otorgamiento de las Licencias Ambientales que son de su competencia.

Los funcionarios están obligados a ofrecer los medios para que en el desarrollo de la consulta previa, se expongan y analicen las posiciones de las partes para que se pueda llegar a la concertación o a un acuerdo. Una consulta previa exitosa garantiza el desarrollo del proyecto y la prevención de futuros conflictos.

En lo posible, los funcionarios de las autoridades deben proporcionar los mecanismos necesarios para evitar que se den largos procesos de negociación que desgastan a los líderes de las comunidades y pueblos indígenas, a las empresas y a las mismas instituciones. También es su deber propender por la articulación entre las políticas y decisiones que se den tanto en el ámbito nacional, como en el regional y el local.

Es deber de las instituciones que tienen que ver con la consulta, la de fortalecer mucho más la vigilancia y el acompañamiento en los procesos previos a la consulta y deben garantizar mecanismos para el control y el seguimiento de los acuerdos, una vez culminado el proceso.

16.2.4. FORTALECIMIENTO DE LAS ORGANIZACIONES Y PUEBLOS INDÍGENAS



Es necesario que las comunidades y pueblos indígenas tengan claro que la consulta previa ofrece la generación de espacios de discusión y concertación previos a la toma de decisiones ambientales y permite la aproximación de las partes o actores involucrados con el proyecto. De esta forma pueden superarse las desconfianzas y fortalecer la consulta.

Las comunidades étnicas deben tener en cuenta que la consulta previa es un espacio para el intercambio de saberes, a través de los cuales se pueden identificar estrategias para buscar de manera conjunta (comunidades – dueños del proyecto–Estado) mecanismos para la minimización de los impactos culturales, territoriales, ambientales y económicos que con el proyecto puedan ocasionarse.

La consulta previa debe ser un espacio para manifestar la objeción cultural y señalar de manera argumentada su posición sobre los proyectos y sus impactos y debe permitir consolidar las propuestas de desarrollo de los pueblos indígenas. Por ello es necesario que al momento de la realización y de la toma de decisiones en el marco del proceso de consulta, las comunidades y pueblos indígenas cuenten con la información y el conocimiento adecuado de los proyectos que les permitan tener una posición coherente y concertada entre todos sus miembros, para evitar futuras confrontaciones internas o entre comunidades, teniendo en cuenta que lo que casi siempre está en juego es la pervivencia física y cultural y, que las afectaciones y compensaciones tienen que ver especialmente con ello.

16.2.5. ASPECTOS A TENER EN CUENTA POR LOS DUEÑOS DE LOS PROYECTOS

Los responsables o dueños de los proyectos deben primero que todo, estar seguros sobre la existencia de comunidades o pueblos indígenas en los lugares donde van a desarrollar los proyectos y deben reconocer sus derechos étnicos-territoriales que están consagrados en la normatividad colombiana.

Adicionalmente, tienen el deber de realizar verdaderos estudios socioculturales y ambientales que recojan toda la información sobre los impactos que generan los proyectos con el fin de establecer medidas

adecuadas para la protección de los derechos de dichos pueblos. Sobre este tópico, conviene resaltar lo siguiente: proveer la información es una responsabilidad clara de la administración, que se une a un imperativo para el operador del proceso productivo que se acerca a la gestión ambiental, un imperativo con miras a obtener las respectivas viabilizaciones. En consecuencia, el acceso a la información sin restricciones, su socialización y análisis marcan el camino hacia una participación eficiente, que posibilita a las comunidades y pueblos indígenas, un discurso coherente y argumentativo cuyo fin es incidir en la decisión administrativa ambiental (HURTADO MORA, 2008a: 171).

Es su deber facilitar el acceso a la información previa, objetiva, transparente y oportuna y proporcionar los mecanismos para el uso eficiente de la misma, dado que en su mayoría, las comunidades no conocen qué hacer ni cómo interpretar información muy especializada. Por eso deberán propiciar los espacios para la socialización del proyecto y deben facilitarle a las comunidades, asesores (elegidos por ellas) que traduzcan y expliquen en un lenguaje sencillo y claro, los códigos de información técnica, socioeconómica y cultural.

Adicionalmente, deben disponer para las comunidades y pueblos indígenas, información detallada sobre los verdaderos impactos sociales, culturales y ambientales del proyecto, deben ofrecer mecanismos idóneos para la capacitación a la comunidad o a sus líderes sobre los aspectos técnicos del proyecto y deben destinar recursos económicos para garantizar la participación en la consulta, los cuales deben ser utilizados en el desplazamiento, en los apoyos logísticos necesarios para las reuniones, etc. También tienen la obligación de ser respetuosas respecto de los conceptos dados por las comunidades, de su cosmovisión y de sus tiempos. Además, deben dar cabal cumplimiento a los compromisos a que se llegue durante la consulta.

Para eso se les sugiere a los responsables de los proyectos contar con equipos expertos en temas jurídicos y sociales étnicos, que permitan un acercamiento adecuado con los pueblos indígenas y el respeto de sus derechos. Para ello debe tener en cuenta que la consulta previa se constituye en un mecanismo de prevención de conflictos y de defensa de los derechos de estas colectividades.



16.2.6. ASPECTOS A RECOMENDAR SOBRE EL PROCEDIMIENTO

Partimos por señalar que cualquier clase de decisión sobre la medida objeto de consulta previa, debe ser tomada tras un proceso de diálogo, intercambio de saberes y concertación entre los actores involucrados. Ya está demostrado que es preferible para todos los actores prevenir los conflictos teniendo en cuenta que sólo a través del debate transparente y claro sobre los proyectos y sus implicaciones, puede llegarse a un acuerdo sin vulnerar los derechos ni los intereses de los pueblos indígenas. Para ello es importante tener presente que todo proceso de consulta debe ser realizado de buena fe, por medio de procedimientos apropiados, especialmente teniendo en cuenta las características culturales, los tiempos y espacios de las comunidades indígenas y, además, debe ir más allá del suministro de la información sobre el proyecto, hasta llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.

Con el fin de establecer un marco de referencia donde se tengan en cuenta las expectativas de los pueblos indígenas, es necesario facilitar un proceso autónomo de discusión al interior de las comunidades, para así mismo garantizar un acuerdo con las entidades de gobierno y demás actores involucrados. Cualquier mecanismo para establecer los lineamientos o

metodologías para la realización de la consulta, debe surgir de ellas mismas y sobre esa base, elaborar conjuntamente con el Estado la metodología para el procedimiento apropiado.

En este sentido ponemos a consideración los siguientes elementos a tener en cuenta para la discusión, en busca de ser mejorada con los aportes y experiencias de las comunidades y pueblos indígenas, estando conscientes que el debate está abierto.

El Estado debe contar con políticas claras frente al tema, cosa que hasta el momento no ha hecho como se ha logrado demostrar en la presente investigación. Para ello es importante entre otras cosas:

- a. Tener en cuenta la jurisdicción especial indígena que reconoce las normas y procedimientos, los usos y costumbres, las funciones y competencias en los territorios étnicos.
- b. Tener presente la autonomía de los pueblos indígenas y otras comunidades étnicas y que cada pueblo tiene sus mecanismos, procedimientos e instrumentos propios para adelantar el proceso de consulta, cuyo funcionamiento y efectividad debe quedar garantizado en su reglamentación. También el consentimiento expreso, libre e informado de las comunidades involucradas.
- c. Tener presente la Mesa Permanente de Concertación, a las autoridades indígenas como sus representantes legítimos y, la presencia de los demás miembros de las comunidades.
- d. Se debe reconocer que los pueblos indígenas tienen sus ritmos y tiempos, como resultado de las prácticas propias. También se deben prever las dificultades en las comunicaciones dado que estas comunidades se encuentran localizadas en zonas alejadas (selva, llano montaña) y tienen problemas de transporte y comunicación.
- e. En todo momento se debe respetar y garantizar los derechos de las comunidades y pueblos indígenas.
- f. El resultado del proceso debe obedecer a un acuerdo entre los actores.
- g. La consulta debe ser PREVIA a la ejecución de las obras o proyectos y darse el acercamiento y preparación a las dos partes.

- h. Se debe preguntar y concertar con las comunidades sus puntos de vistas sobre las metodologías y materiales a ser utilizados en la consulta previa.
- i. Tener en cuenta la lengua (idioma) como un factor fundamental de la identidad cultural.
- j. Es indispensable tener presente que el territorio indígena corresponde a las áreas poseídas por una comunidad, que comprende no sólo las tituladas, habitadas y explotadas sino también, aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales.
- k. Cualquier decisión debe abordar el tema de área de influencia del territorio, aspecto que genera gran controversia. El área de influencia incluye no sólo los aspectos ambientales sino también los culturales.
- l. Estar claros que la consulta no es una reunión, es un proceso que requiere información, deliberación, visitas, seguimiento.
- m. El suministro de información veraz y oportuna, permite una decisión consciente, crítica y adecuada para defender los intereses sociales, culturales, económicos y organizativos.
- n. Debe haber el acompañamiento permanente del Ministerio Público.

Algunos aspectos importantes con relación a la consulta previa y el procedimiento para otorgar licencias ambientales que deben ser revisados, por ello consideramos que la autoridad ambiental debe:

- a. Formular y establecer procedimientos y parámetros al interior de las autoridades ambientales, para hacer más eficaz y eficiente el trámite de las solicitudes de licencias ambientales.
- b. Establecer criterios ambientales y culturales para la evaluación de los estudios ambientales, que unifiquen el análisis de dichos estudios y faciliten la toma de decisiones, disminuyendo al máximo la subjetividad de los evaluadores.
- c. Hacer mayor énfasis en los estudios ambientales y sociales como instrumentos de planificación, a través de evaluaciones estrictas a los estudios y teniendo en cuenta los aspectos interculturales. Esto con el fin de garantizar en el país, procesos de planificación a mediano y largo

- plazo que promuevan decisiones ambientales, viables social, cultural y económicamente.
- d. Conformar grupos para la formulación de los términos de referencia y evaluación de los estudios ambientales, con una visión interdisciplinaria e intercultural.
- e. Diseñar e implementar mecanismos de coordinación interinstitucional entre las diferentes autoridades, que permitan agilizar la gestión y dirimir conflictos por dualidad de competencias respecto a la protección de las comunidades y sus derechos⁷³.
- f. Desarrollar e implementar un sistema de información interinstitucional, cuya base sea la información existente en estudios realizados, en la cual exista claridad sobre lo ambiental y sobre los territorios ancestrales de las comunidades étnicas.
- g. Consideramos que es importante en la definición de los términos de referencia, la participación de las comunidades que van a ser afectadas positiva o negativamente con la realización del proyecto, que dichos términos queden como documento de las comunidades y que se constituyan como parte de los planes de desarrollo sostenible para la región y de los planes de ordenamiento territorial.
- h. Es interesante propiciar la participación del sector académico en el proceso de evaluación ambiental, desde la planificación hasta la investigación de impactos culturales y ambientales.
- i. Para realizar un proceso de concertación, es indispensable que las comunidades se apropien de los documentos y de las experiencias sobre consulta, para lo cual se debe contar con una base de datos sobre consultas realizadas, la cual también debe ser socializada.

Finalmente, acogemos las propuestas de GRUESO CASTELBLANCO (2008a: 74-79) en este mismo sentido, orientadas a superar las limitaciones en el desarrollo de las consultas previas y a fortalecer la perspectiva de derechos:

⁷³ No obstante, es importante señalar que recientemente se expidió el decreto 2613 de 2013 por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa.

- a. Fortalecer el papel de los pueblos indígenas como sujetos de derechos específicos.
- b. Partir del plan de vida del pueblo indígena respectivo como marco para el diálogo y la concertación.
- c. Incluir la perspectiva de género y generación; diferenciar sectores vulnerables en los pueblos y sus comunidades.
- d. Fortalecer el papel del Estado como garante de derechos.
- e. Desarrollar procedimientos respetuosos de los derechos y las libertades fundamentales de los pueblos en los procesos de consulta previa.
- f. Convertir el procedimiento de consulta en un verdadero diálogo intercultural en condiciones de igualdad y equidad.
- g. Fortalecer la responsabilidad social y el pacto social empresarial, sobre la base de una ética empresarial cuyo punto de partida sea la responsabilidad con los derechos humanos, el medioambiente y la lucha contra la corrupción.

Teniendo en cuenta el carácter de derecho fundamental que ostenta la consulta previa y su relevancia como mecanismo destinado a hacer efectiva la participación de los pueblos indígenas en las determinaciones que pueden afectarlos, la Corte Constitucional (T-698/11) ha señalado que cualquier decisión legislativa o administrativa que les resulte virtualmente nociva, en la medida en que pueda impactar sobre su autonomía, diversidad e idiosincrasia, debe consultárseles en las condiciones exigidas por la jurisprudencia.

La consulta previa garantiza el derecho a la incidencia en las decisiones que puedan afectar los pueblos indígenas y para ello es necesario tener en cuenta los procedimientos adecuados a las diversas culturas, con el fin de lograr llegar a un acuerdo o conseguir el consentimiento bajo el supuesto de un diálogo transparente entre el Estado, los dueños de los proyectos y los indígenas.

El vínculo de la consulta y el consentimiento consiste en un diálogo de buena fe, libre de presiones o manipulaciones, en el que las partes deben cooperar para intentar llegar a decisiones consensuadas e informadas, buscando salvaguardar los derechos de propiedad sobre sus tierras,

recursos y territorios, además de otros derechos, tal como el derecho a la cultura y a la religión, por ejemplo, cuando una decisión sobre un proyecto podría afectar sitios sagrados; así como el derecho de los pueblos indígenas de establecer sus propias prioridades para el desarrollo, sobre todo, cuando se trata de proyectos de inversión a gran escala en territorios indígenas; o el derecho a la salud y bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable (ANAYA, 2013).



Así las cosas, como resultado de este estudio, estableceremos ahora los rasgos o las características de la consulta previa:

- a. La titularidad del derecho reside, para el caso colombiano, no sólo en los pueblos indígenas sino también en los afrodescendientes y demás pueblos étnicos como sujetos colectivos.
- b. La consulta debe implementarse con respecto a cualquier aspecto que afecte directamente a estas colectividades, no tiene que atender ninguna restricción temática.
- c. Con relación al tipo de medidas que deben consultarse previamente, la Corte Constitucional, de acuerdo con el artículo 6 del Convenio núm. 169 de la OIT, reiteró que no se trata sólo de medidas administrativas sino también de medidas legislativas. En estas últimas incluyó las leyes aprobatorias de los tratados internacionales y las reformas constitucio-

nales.

- d. En lo referente al momento en el que debe hacerse la consulta previa, de conformidad con el principio de la buena fe que informa el proceso consultivo, la consulta debe ser oportuna, es decir, debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida, pues, una vez tomada la misma, la participación de la comunidades étnicas no tendría utilidad alguna puesto que no podrían influir en el proceso decisorio.
- e. La omisión de la consulta previa configura una violación a la Carta Política, por lo cual, ante una decisión que debió consultarse, procede la demanda de inconstitucionalidad o la acción de tutela. Dicho de otra manera, en el caso de medidas legislativas, la omisión de la consulta previa constituye un vicio que impide declarar exequible la ley, consecuencia que no pierde aplicabilidad en ejercicio del control automático, en el cual la Corte debe verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa cuando se trate de normas que afecten directamente a las comunidades étnicas⁷⁴.
- f. En el caso de vulneración del derecho a la consulta previa, es importante no sólo que los operadores jurídicos garanticen este derecho fundamental, sino que también se establezcan mecanismos de reparación que respondan a un enfoque diferencial, es decir, que tengan en cuenta los usos, costumbres y prácticas culturales de los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas y las autoridades deben valorar los aspectos mencionados, en aras de superar las limitaciones del ejercicio del derecho a la consulta previa, analizando para ello los casos exitosos, los que han terminado por generar o escalar los conflictos y los judicializados. Esto posibilita la prevención y contar con estrategias para adelantar procesos consultivos en igualdad de condiciones. También, que los procesos de discusión sean equitativos y que se logren proteger la integridad y los derechos de estas colectividades.

El tema, aunque de fondo, actualmente está dominado por la tendencia a sacar adelante en corto tiempo las consultas previas, simplemente para

mostrar que se cumple con esta obligación. Lo que se requiere es resolver problemas complejos, establecer políticas claras y generar espacios de diálogo intercultural en igualdad de condiciones, donde se garanticen la pervivencia, los derechos, el territorio y el desarrollo propio de las comunidades, respondiendo a sus propios anhelos, visiones y culturas.

En materia de medidas legislativas, llama la atención que después de más de veinte años de estar vigente la obligación de adelantar consultas previas, hasta ahora sólo se hayan efectuado en tres casos específicos: Plan Nacional de Desarrollo, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y una Ordenanza Departamental (aclarando que ésta es una medida administrativa de orden normativo). En el país estamos en un momento clave para superar los problemas planteados y para saber cuál es la forma más idónea para garantizar el derecho a la consulta previa en medidas legislativas.

Pero, ¿cuáles son las normas que deben consultarse? Al respecto, es grande la incertidumbre. Así las cosas, a efectos de que exista seguridad jurídica en la garantía de los derechos de estos pueblos, el Tribunal Constitucional ha instado al Congreso de la República y al gobierno nacional a adoptar una reglamentación sobre la forma y el procedimiento para realizar la consulta, tema de gran debate al momento de terminar esta investigación, es decir, un elemento de análisis posterior.



74 Véase CCC, Sentencias C-187/11, C-379/11, T-116/11, C-196/12 y C-767/12.

Es preciso subrayar, luego de esta reflexión final, que la consulta previa no puede tratarse como un mero trámite. Superar los conflictos ambientales y étnicos en territorios indígenas exige incluir la garantía de los procedimientos adecuados de consulta, que cumplan con los requisitos esenciales y las visiones de estos pueblos. Estos dilemas, además de las cuestiones étnicas y ambientales, implican en la actualidad la necesidad de una transformación institucional en defensa de lo público.

También, como resultado del estudio jurisprudencial efectuado en esta investigación, es importante resaltar el sobresaliente papel de la Corte Constitucional en la solución de los conflictos ambientales relacionados con las consultas previas. Ese Tribunal, como garante de los derechos de todos los colombianos, ha fijado importantes precedentes en materia de protección de los valores culturales, económicos y sociales de los pueblos indígenas. Considera la Corte que es un asunto de interés general, en cuanto comporta el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación y la existencia misma del Estado social de derecho. Coincidimos entonces con su aseveración, cuando puntualiza, refiriéndose a la solución de los conflictos, que la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de dichos pueblos con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor.

De otro lado, debemos señalar con preocupación que, de acuerdo con nuestra investigación y con los pronunciamientos del ex Ministro de Agricultura Juan Camilo Restrepo, se están presentando intereses económicos de carácter individual en los procesos de consulta previa, que se constituyen en una limitación a este derecho. Esta situación deslegitima cualquier proceso de consulta que responda a los estándares señalados por la jurisprudencia, tanto del orden interno como del orden internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

En los talleres también pudimos observar que muchas veces los dueños de los proyectos se ven abocados a resolver las demandas de los pueblos indígenas en las que reclaman la deuda histórica y el abandono por parte del Estado. Eso desvirtúa la consulta previa. En las discusiones que se efectuaron con los diversos actores en este tipo de conflictos, se pudo concluir que existe conciencia acerca de la necesidad de contar con

planes de acción que permitan superar los problemas, ya sea a través de estrategias o de una política integral, además de concretar tareas y recursos para atender a la población indígena.

También se logró concluir la inobservancia permanente de la buena fe, pues es recurrente la práctica de pedir y ofrecer prebendas para la realización de la consulta previa. En los planteamientos recogidos en el trabajo de campo con pueblos indígenas, se considera ilegítima la actitud de quien las ofrece o de quien las recibe y en consecuencia, concluyeron los asistentes que estos casos deben ser objeto de investigación y sanción, ya que con estos hechos, además de desvirtuarse, se vulnera el derecho de dichos pueblos a la consulta libre, previa e informada.

De manera conjunta con las autoridades ambientales, los expertos y los pueblos indígenas, se logró concluir que la consulta previa, cuando se efectúa adecuadamente y respondiendo a los estándares establecidos, se constituye en un mecanismo idóneo para la protección de nuestro patrimonio natural y cultural, además de ayudar a prevenir y solucionar los conflictos ambientales. Adicionalmente, se considera una oportunidad y una alternativa de protección de los derechos al territorio, a la autonomía, a la participación y a los recursos naturales de los pueblos indígenas.

En contraposición, las limitaciones planteadas en el ejercicio de la consulta previa, contribuyen a la generación de conflictos ambientales e imposibilitan construir un auténtico diálogo intercultural con los pueblos indígenas de nuestro país.

Así las cosas, con el fin de superar los altos grados de desconfianza que se exteriorizan en los escenarios de conflictos ambientales y en los procesos de consulta previa, consideramos pertinente la consagración de normas claras y concertadas, ya que la seguridad jurídica para todos los sectores se constituye en un elemento fundamental para la protección, tanto de la diversidad natural, como de la cultural de nuestro país; además de ser un elemento fundamental para la convivencia pacífica.

En consecuencia, la coordinación y el fortalecimiento de unas instituciones que cuenten con recursos económicos y personal idóneo, posibilitan no solamente la prevención y solución de los conflictos

ambientales planteados, sino también la realización de procesos de consulta previa adecuados, constituyéndose así en mecanismos de protección de la riqueza social, cultural y ambiental de nuestro país.

Los medios de comunicación son otro actor importante en la solución de las problemáticas planteadas en relación con la consulta previa. Con ellos es importante trabajar sobre el conocimiento de los derechos étnicos. Es conveniente invitarlos, además, a adelantar un trabajo investigativo serio para superar las campañas mediáticas contra la consulta. La verificación de los hechos se constituye en una estrategia para evitar conflictos y brindar información adecuada a toda la ciudadanía.



Consideramos oportuno en este momento, ya que contamos con casos representativos, tanto de conflictos ambientales, como de consultas previas, que el Estado colombiano haga una evaluación exhaustiva, transparente y participativa de las experiencias exitosas y de los fracasos, con el fin de establecer mecanismos que permitan superar los obstáculos y potenciar herramientas tempranas de prevención de futuras confrontaciones. De esta forma es posible adecuar la gestión institucional a la garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

Superar los conflictos ambientales en territorios indígenas y las limitaciones de la consulta previa, implica asumir el desafío de conocer las necesidades de estos pueblos y profundizar en las consideraciones de desarrollo con identidad y cultura que plantean estas colectividades, con

el fin de buscar mecanismos de ponderación que permitan garantizar los derechos de todos los colombianos. Para lograrlo se requiere conocer y valorar los planes de vida de los pueblos indígenas, así como sus propias visiones de bienestar y calidad de vida, en las cuales el relacionamiento con el entorno juega un papel preponderante de significación cultural.



Sin embargo, consideramos que no es suficiente la ponderación de derechos sino que también es necesaria una armonización de los mismos, ya que es muy complejo ponderar los derechos que están en pugna sin que necesariamente se contradigan. En consecuencia, se deben establecer mecanismos de concordancia que posibiliten la garantía de los derechos de los diferentes sectores involucrados en esta clase de conflictos.

El desafío actual es lograr el diálogo entre lenguajes, cosmovisiones y modelos de desarrollo diferentes y contrapuestos, que reconozcan y respeten las diferencias étnicas. En consecuencia, los procedimientos jurídicos no pueden contradecir los principios y fundamentos de las culturas de las comunidades y pueblos indígenas, que deben siempre prevalecer en la consulta previa.

Es necesario para el país conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio que permita un diálogo intercultural que beneficie a todas las partes y garantice los derechos. La consulta previa es un instrumento para la permanencia de los pueblos indígenas como tales, para la preservación de la diversidad cultural, para garantizar la reproducción del grupo como entidad diferenciable caracterizada por la vida grupal y una organización social, y para la conservación de los recursos naturales. Tiene que ver con el uso del lenguaje, con las instituciones de poder y religiosas dentro de las comunidades, con el autogobierno y con la autonomía política de los pueblos indígenas. Es entonces un instrumento para garantizar la identidad cultural, social y económica de los pueblos indígenas y para reconocer el aporte que como patrimonio de nuestra identidad cultural, han hecho al país.

Así mismo, el consentimiento libre, previo e informado es parte fundamental del derecho de los pueblos indígenas a decidir sus prioridades en materia de desarrollo; un instrumento que permite decidir sobre los proyectos que se pretenden realizar en sus territorios y que potencialmente pueden afectar su identidad cultural y su pervivencia como pueblos. Es la más clara manifestación de la democracia participativa, donde los pueblos, que revisten una especial protección, sean los encargados de valorar y decidir sobre las actividades que desde el Estado se pretendan realizar en sus territorios y que posibilita que los pueblos indígenas escojan entre la medida menos lesiva para su comunidad o que no se realice la actividad en aplicación del principio *pro homine*, e incluso, avanzar hacia el desarrollo del *principio pro cultura*, mediante el cual lo que se busca es proteger la diversidad étnica y cultural a la que hemos referido en este texto.

La consulta previa se ha convertido en uno de los temas más polémicos e importantes en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. A eso debemos la cantidad de pronunciamientos que ha tenido la Corte Constitucional y los señalamientos del Relator Anaya sobre su vinculación con el principio del consentimiento libre, previo e informado como elementos céntricos para un nuevo modelo de relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas, así como para un nuevo modelo de desarrollo, a lo cual añadiríamos su relevancia en la prevención y solución de los conflictos ambientales en los territorios indígenas.



BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor [2006] “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”. En *Revista de la CEPAL*, 88, 2006. Santiago de Chile: Naciones Unidas, pp. 35 a 50.
- ACNUDH (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) [2006] *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. Nueva York y Ginebra: ONU.
- ACNUDH (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) [2012] *Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay*. Ginebra: ACNUDH en cooperación con la AECID.
- ACOSTA MEDINA, Amylkar D. [2012] *Los Avatares*. Bogotá, junio 2 de 2012. Documento inédito.
- ANAYA, James [2005] *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía.
- ANAYA, James [2013] “El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del derecho internacional”. En [2013] *Seminario sobre la consulta previa a los pueblos indígenas y el rol de los Ombudsmen en América Latina*. Lima, 25 de abril de 2013. Consulta: 20 de marzo de 2013: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1660-deber-de-consulta-previa.html>
- ARIZA SANTAMARIA, Rosembert [2012] “Consulta previa. Dilemas del ejercicio de un derecho”. En *Minería, territorio y conflicto en Colombia*. Editores: Catalina Toro Pérez, Julio Fierro Morales, Sergio Coronado Delgado, Tatiana Roa Avendaño. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto

- Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS) pp. 283 a 302.
- BONILLA MALDONADO, Daniel [2006] *La Constitución multicultural*. Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.
- CAVIEDES, Mauricio [2008] “El ‘pensamiento salvaje’ del ‘indio moderno’: los planes de vida como proyecto político y económico”. En Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo y Derechos Étnicos, *Revista Etnias & Política*, No. 9, 2008. Bogotá: Cecoín, pp. 56 a 79.
- CEACR (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones) [2005] *Observación individual sobre el convenio núm. 169, Pueblos indígenas y tribales, 1989 Bolivia (ratificación: 1991)*. Consulta: 8 de febrero de 2013: http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org.inst.esp.consulta_previa/files/petroleo_Bolivia2005_06.doc.
- CEACR [2009] Observación General del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe 2009. Consultada el 31 de julio de 2013 en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oit/oit-ceacr/544-oit-ceacr-209-og-consulta.html>
- CEACR [2011] Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)”, en *Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, 16 de febrero, OIT. Consultada el 31 de enero de 2013 en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oit/oit-ceacr/725-2011-ceacr-obs-general-consulta.html>
- CEACR (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones) [2012] *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A)*. Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión. Ginebra: OIT.
- CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) [2000] *La situación de los derechos humanos de los pueblos en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 62. 20 de octubre de 2000.

- CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) [2010]. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009.
- COLECTIVO DE TRABAJO JENZERÁ [2011] “Territorios colectivos y el mercado REDD en el Pacífico colombiano”. En *Mesa Manglar*, No. 4, Vol. IV, 2011. Bogotá: Colectivo de Trabajo Jenzerá, pp. 1 a 20.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS [2001] *Observación General No. 29*. Aprobada en la 1950a sesión, el 24 de julio de 2001.
- CORTE IDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) [2007] *Caso del Pueblo Saramaka Vs Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre.
- DANE (Departamento Administrativo Nacional de Estadística) [2005]. *Censo 2005*. Consulta en la Web 12 de enero de 2013 www.dane.gov.co
- DGAI, DGN, ECOPEPETROL, UPME, MMA [1999] *Guía de consulta previa a comunidades indígenas y negras*. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda.
- DGAI (Dirección General de Comunidades Indígenas) - MINISTERIO DEL INTERIOR [1998] *Los pueblos indígenas en el país y en América. Elementos de política colombiana e internacional*. Bogotá: Dirección General de Comunidades Indígenas.
- DNP (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN) [2011] *Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Prosperidad para todos*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- DUEÑAS RUIZ, Oscar José [2009] *Acción y procedimiento en la tutela*. (6a. ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- DUEÑAS RUIZ, Oscar José [2011] *Lecciones de hermenéutica jurídica*. (6a. ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.
- El Tiempo [2007], “Gobierno está interesado en construir Urrá II”, *Breves Caribe*, 2 de septiembre, Bogotá.
- El Tiempo [2007] “El gobierno nacional comenzó a dar los pasos para dragar el río Sinú”, 3 de septiembre, Bogotá.
- ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván [2007] *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Medellín: Universidad de Medellín.

- FALS BORDA, Orlando [1991] “Algunos ingredientes básicos”. En FALS BORDA, Orlando y RAHMAN, Anisur [1991] *Acción y conocimiento. Como romper el monopolio con investigación-acción participativa*. Bogotá: CINEP, pp. 9 a 19.
- FALS BORDA, Orlando y RAHMAN, Anisur [1991] “Un repaso de la IAP” En: FALS BORDA, Orlando y RAHMAN, Anisur [1991] *Acción y conocimiento. Como romper el monopolio con investigación-acción participativa*. Bogotá, CINEP, pp. 39 a 50.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo [2011] “Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional. A propósito del estado de cosas inconstitucional. En *Estudios de Derecho*, No. 152, Vol. 68, 2011. Medellín: Universidad de Antioquia, pp. 77 a 112.
- GARCÍA-MATAMOROS, Laura Victoria [2011] *El derecho al desarrollo y sus Perspectivas de Aplicación en la OMC. Hacia un sistema multilateral de comercio en función de los derechos*. Argentina: Editorial Académica Española.
- GRUESO CASTELBLANCO, Libia Rosario [2008a] *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para la aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- HURTADO MORA, Jorge Iván. [2008a]. “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de los trámites legislativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa comunidades indígenas”. En *Lecturas Sobre Derecho Del Medio Ambiente*. Tomo IX. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, pp. 165 – 190.
- HURTADO MORA, Jorge Iván [2009]. “El acceso a la información como presupuesto de eficacia de la Participación Ciudadana”. En *Lecturas Sobre Derecho Del Medio Ambiente*. Tomo IX. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, pp.163 - 196.
- ILSA (Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos) [1998] *Diversidad biológica y cultural. Retos y propuestas desde América Latina*. Bogotá: Grupo Ad Hoc sobre Diversidad

- Biológica, ILSA.IMAI, Shin [2013] “Pueblos indígenas en Canadá, libre determinación y derechos a la tierra”. En *Osgoode Hall Law School. Research paper series*, No. 2, 2013. Toronto: York University, pp. 1 a 20.
- JARAMILLO JARAMILLO, Efraín (Comp.) [2011] “KYMY, palabra y espíritu de un río” *Kimi bed’ea jauri ome dod’ebena*. Bogotá: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas –IWGIA, Colectivo de Trabajo JENZERÁ.
- LONDOÑO TORO, Beatriz [1998] *Comentarios al decreto 1320/98 sobre consultas*. Bogotá: Documento inédito.
- LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio [2009] “Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos”. En *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, No. 2, Vol. 11, 2009. Bogotá: Universidad del Rosario, pp. 301 a 334.
- MALLARACH, Josep-María and PAPAYANNIS, Thymio (Ed.) [2006] *Protected Areas and Spirituality. Proceedings of the First Workshop of The Delos Initiative- Montserrat 2006*. Barcelona: IUCN y Publicaciones de l’Abadia de Montserrat.
- MARTÍNEZ ALIER, Joan [2004] *El ecologismo de los pobres. Conflictos ambientales y lenguajes de valoración*. Barcelona: Icaria, Antrazyt, FLACSO.
- MIJ (Ministerio del Interior y de Justicia) [2006] *La consulta previa para proyectos de exploración de recursos naturales*. Bogotá: Dirección de Etnias, Ministerio del Interior y de Justicia.
- MMA (Ministerio de Medio Ambiente) [1998] *Memorias primera reunión de reflexión en torno a la consulta previa a comunidades indígenas y negras*. Bogotá: Documento inédito.
- OBSERVATORIO INDÍGENA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESARROLLO Y DERECHOS ÉTNICOS [2008]. *Minga, pueblos indígenas y planes de vida. Revista Etnias & Política* No. 9, 2008. Bogotá: Cecoín.
- OIT (Organización Internacional del Trabajo) [2009] *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

- OIT (Organización Internacional del Trabajo) [2013] *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Programa para promover el Convenio 169 (Pro 169). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia) [2008] *Plan de vida para la pervivencia de los pueblos indígenas y prevención del desplazamiento*. Bogotá: ONIC.
- ONU (Organización de Naciones Unidas) [1992] *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*. Río de Janeiro: ONU.
- ONU (Organización de Naciones Unidas) [2002] *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*, Comisión de Derechos Humanos. 50º período de sesiones. Consultado el 1º de febrero de 2013, en: <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>
- ONU (Organización de Naciones Unidas) [2004] *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*. Comisión de Derechos Humanos. Adición Misión a Colombia. E/CN.4/2005/88/Add.2, 10 noviembre de 2004.
- ONU (Organización de Naciones Unidas) [2010] *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya*. Consejo de Derechos Humanos. Adición: La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. 15º período de sesiones. A/HRC/15/37/Add.3, 25 de mayo de 2010.
- ONU (Organización de Naciones Unidas) [2013] *Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá: ONU.
- ORTEGA P., Camilo, GARCÍA GARCÍA, Paola, CARO DÍAZ, Ángela, SABOGAL MOGOLLÓN, Javier y MÚNERA RESTREPO, Diana [2011]

- Selvas, comunidades y cambio climático*. Bogotá: Fondo Patrimonio Natural.
- ORTEGA P., Camilo, GARCÍA GUERRERO, Andrea, RUIZ AGUDELO, Cesar Augusto, SABOGAL MOGOLLÓN, Javier y VARGAS, Juan David (Eds.) [2010] *Deforestación evitada. Una Guía REDD + Colombia*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Conservación Internacional Colombia, Fondo Mundial para la Naturaleza -WWF, The Nature Conservancy, Corporación Ecovera, Fundación Natura, Agencia de Cooperación Americana -USAID, Patrimonio Natural - Fondo para la Biodiversidad y Áreas Protegidas y Fondo para la Acción Ambiental.
- ORTIZ GUERRERO, César Enrique; PÉREZ MARTÍNEZ, Manuel Enrique y MUÑOZ WILCHES, Luis Alfredo. [2006]. *Los cambios institucionales y el conflicto ambiental. El caso de los valles del río Sinú y San Jorge*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- OXFAM, CNOA y ONIC [2011] *Sistematización de procesos de consulta previa en Colombia*. Informe de la Confederación Nacional de Organizaciones Afrocolombiana (CNOA) y la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), con el apoyo de OXFAM. Colombia: Unión Europea, OXFAM, CNOA, ONIC.
- PERNÍA, Kimi [2000] "El proyecto Urrá, según lo hemos visto los Embera". En: [2000] *Foro ¿Para dónde va Urrá? Memorias. Incidencias y perspectivas del proyecto hidroeléctrico de Urrá*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Maestría en Medio Ambiente y Desarrollo.
- PGN (Procuraduría General de la Nación) [2009] *El derecho al territorio: garantía para la pervivencia de los grupos étnicos*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- PGN (Procuraduría General de La Nación) [2011] *Guía de aplicación de la política preventiva de la Procuraduría General de la Nación en materia de derechos de los grupos étnicos, para la protección del derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

- PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) [2011b] *Cuaderno del Informe de Desarrollo Humano. Pueblos indígenas: diálogo entre culturas*. Bogotá: PNUD.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA [2013] *ODM e Indígenas. Una aproximación a los cuatro primeros objetivos*. Bogotá: Programa Presidencial para la Formulación de Estrategias y Acciones para el Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas de Colombia.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA [2012] *Tejiendo el canasto de la vida*. Bogotá: Programa Presidencial para la Formulación de Estrategias y Acciones para el Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas de Colombia.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando [2011] *La acción de tutela. El amparo en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis S. A.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando [2013] *El control de convencionalidad*. Tesis doctoral sin publicar. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- REVISTA SEMANA [2012] “El dilema de la consulta previa”. En *Revista Semana*. Nación. Bogotá 27 de febrero de 2012.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César [2009] “¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional”. En Rodríguez Garavito, César (Coord.) [2009] *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, pp. 434 a 492.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, MORRIS, Meghan (Dir.), ORDÚZ SALINAS, Natalia y BURITICÁ, Paula [2010] *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y ORDUZ SALINAS, Natalia [2012a] *Adiós río. La disputa por la tierra, el agua y los derechos indígenas en torno a la represa de Urrá*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- Dejusticia.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y ORDUZ SALINAS, Natalia. [2012b]. *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción*

- del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Dejusticia.
- RRI (Iniciativa para los Derechos y Recursos) [2011] *Puntos de inflexión: ¿Qué depara el emergente orden mundial para el futuro de las poblaciones y recursos forestales?* Washington, D.C.: RRI.
- STAVENHAGEN, Rodolfo [2000] *Conflictos étnicos y Estado nacional*. México: Siglo XXI Editores.
- VALERO, Daniel [2013] “Consultas con minorías étnicas ‘paralizan’ la agenda estatal” En *El Tiempo*. Política, Bogotá, lunes 11 de febrero de 2013.
- VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés [2003] “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado ‘Estado de cosas inconstitucional’” En *Estudios Constitucionales*, No. 1, Vol.1, 2003. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, pp. 203-208.
- WILD, Robert y MCLEOD, Christopher (Ed.) [2008] *Sitios naturales sagrados: directrices para administradores de áreas protegidas*. Gland: Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza –UICN.
- YRIGROYEN FAJARDO, Raquel Z. [2009] “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”. En *Revista el Otro Derecho*, No. 40, 2009. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Alternativos, pp. 11 a 53.

FUENTES JURÍDICAS NACIONALES E INTERNACIONALES

FUENTES NACIONALES

a. Constitución Política de Colombia

Constitución Política de Colombia. 7 de julio de 1991. Colombia.

b. Leyes y decretos que dictan, expiden o modifican códigos

Ley 115 de 1994, por la cual se expide la Ley General de Educación. Colombia.

Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Colombia.

Ley 25 de 2004, por la cual se expide la Ley General Forestal. Colombia.

Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Colombia.

Ley 1157 de 2007, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo. Colombia.

Ley 1382 de 2010, por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 “Código de Minas”. Colombia.

c. Leyes

Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprueba el “Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, adoptado por la 76a. Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 1989). Colombia.

Ley 70 de 1993, por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Colombia.

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. Colombia.

Ley 160 de 1994, por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones. Colombia.

Ley 649 de 2001, por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia. Colombia.

Ley 740 de 2002, por medio de la cual se aprueba el “Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica”, suscrito en Montreal, el 29 de enero de 2000. Colombia.

Ley 773 de 2002, por la cual se dictan normas relativas a la administración, fabricación, transformación, explotación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas ubicadas en el municipio de Manaure, Guajira y Salinas de Zipaquirá y se dictan otras disposiciones. Colombia.

Ley 785 de 2002, por la cual se dictan disposiciones relacionadas con la administración de bienes incautados en aplicación de las Leyes 30 de 1986 y 333 de 1996. Colombia.

Ley 1021 de 2006, por la cual se expide la Ley General Forestal (declarada inexecutable). Colombia.

Ley 1122 de 2007, por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Colombia.

Ley 1143 de 2007, por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, sus “Cartas Adjuntas” y sus “Entendimientos”, suscritos en Washington, el 22 de noviembre de 2006. Colombia.

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. Colombia.

Ley 1185 de 2008, por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 “Ley General de Cultura”, y se dictan otras disposiciones. Colombia.

Ley 1214 de 2008, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela, suscrito en Caracas, el 3 de mayo de 1990. Colombia.

Ley 1254 de 2008, por medio de la cual se aprueba el “Convenio Básico de Cooperación Técnica y Científica entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República de Colombia”, suscrito en Lima, el 23 de noviembre de 2001. Colombia.

Ley 1360 de 2009, por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y la República de Colombia”, suscrito en Lima,

- Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el “Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia” del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y la República de Colombia. Colombia.
- Ley 1363 de 2009, por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”, suscrito en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el “Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia” del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia. Colombia.
- Ley 1372 de 2010, por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC”, el “Memorando de Entendimiento relativo al Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados de la AELC” y el “Canje de Notas respecto del Capítulo 4 del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC”, suscritos en Ginebra, el 25 de noviembre de 2008; el “Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la Confederación Suiza”, suscrito en Ginebra, el 25 de noviembre de 2008; el “Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la República de Islandia”, suscrito en Ginebra, el 25 de noviembre de 2008; y el “Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y el Reino de Noruega”, suscrito en Ginebra, el 25 de noviembre de 2008. Colombia.
- Ley 1411 de 2010, por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo en Materia de Informes Anuales sobre Derechos Humanos y Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá”, suscrito en Bogotá, el 27 de mayo de 2010. Colombia.
- Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Colombia.
- Ley 1444 de 2011, por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, y se dictan otras disposiciones. Colombia.

- Ley 1450 de 2011, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Colombia.
- Ley 1457 de 2011, por medio de la cual se aprueba el “Protocolo modificadorio al Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, suscrito en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, el 13 de junio de 1994”, suscrito simultáneamente en Bogotá D. C., y Ciudad de México, el 11 de junio de 2010. Colombia.
- Ley 1458 de 2011, por medio de la cual se aprueba el “Convenio Internacional de Maderas Tropicales”, suscrito en Ginebra, el 27 de enero de 2006. Colombia.
- Ley 1461 de 2011, por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo sobre el Establecimiento de la Red Internacional del Bambú y el Ratán”, dado en Beijing, República Popular China, el 6 de noviembre de 1997. Colombia.
- Ley 1482 de 2011, Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.
- Ley 1512 de 2012, por medio de la cual se aprueba la ‘Convención del Metro’, firmada en París el 20 de mayo de 1875 y modificada el 6 de octubre de 1921 y ‘Reglamento Anexo’. Colombia.
- Ley 1516 de 2012, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, firmada en París el 20 de octubre de 2005. Colombia.
- Ley 1530 de 2012, por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA – y se dictan otras disposiciones. Colombia.

ACUERDOS / DECRETOS / RESOLUCIONES

- Decreto 1332 de 1992 [República de Colombia], por el cual se crea la comisión especial para las comunidades negras, de que trata el artículo transitorio No. 55 de la Constitución Política, sobre el reconocimiento de los derechos territoriales y culturales; económicos, políticos y sociales del pueblo Negro de Colombia; y se establecen las funciones y atribuciones de las misma. Colombia.

- Decreto 2374 de 1993 [Ministerio de Educación Nacional], por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones. Colombia.
- Decreto 1320 de 1998 [República de Colombia], por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Colombia.
- Decreto 1278 de 2002 [República de Colombia], por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente. Colombia.
- Decreto 1397 de 1996 [República de Colombia], 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. Colombia.
- Decreto 2820 de 2010 [República de Colombia], por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Colombia.
- Decreto 2893 de 2011 [República de Colombia], por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior. Colombia.
- Decreto-Ley 4633 de 2011 [República de Colombia], por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas. Colombia.
- Decreto 1375 de 2013 [Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible], por el cual se reglamentan las colecciones biológicas. Colombia.
- Decreto 1376 de 2013 [Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible], por el cual se reglamenta el permiso de recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de investigación científica no comercial. Colombia.
- Decreto 2613 de 2013 [Presidencia de la República], por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa
- Resolución 13 de 2001 [Defensoría del Pueblo], sobre la violación de los derechos humanos de la comunidad indígena Embera Katío del alto Sinú. Colombia.

- Resolución Defensorial 38 de 2005 [Defensoría del Pueblo], Estado actual de la cuenca media y baja del Sinú Colombia.

OTRAS NORMAS

- Directiva Presidencial 01 de 2010. [Presidencia de la República]. Directiva del Presidente de la República dirigida al Vicepresidente, Ministros del Despacho, Directores de los Departamentos Administrativos, Superintendentes y Directores, Gerentes y Organismos del Sector Central y Descentralizado del Orden Nacional, para la garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales. Colombia.
- Directiva Presidencial 10 de 2013. [Presidencia de la República]. Directiva del Presidente de la República dirigida a los funcionarios y que contiene la Guía para la realización de la consulta previa, la cual debe utilizarse como herramienta de coordinación interinstitucional, para el logro de la eficiencia administrativa y las prácticas de buen gobierno, en los procesos de consulta previa a las comunidades étnicas para el desarrollo de proyectos, como obras o actividades
- Acto Legislativo 01 de 2009 [República de Colombia], por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia. Colombia.
- Acto Legislativo 02 de 2009 [República de Colombia], por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política sobre el porte y consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas. Colombia.
- Acto Legislativo 05 de 2011 [República de Colombia], por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones. Colombia.

JURISPRUDENCIA

- Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 20 de mayo de 1999, Expediente No. 5091 (Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-428 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-405 de 1993. (M.P. Hernando Herrera Vergara). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-377 de 1994. (M.P. Jorge Arango Mejía). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-574 de 1996. (M.P. Alejandro Martínez Caballero). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 1997. (M.P. Alejandro Martínez Caballero). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997. (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-318 de 1998. (M.P. Carlos Gaviria Díaz). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-652 de 1998. (M.P. Carlos Gaviria Díaz). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-634 de 1999. (M.P. Alejandro Martínez Caballero). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2001. (M.P. Carlos Gaviria Díaz). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-116 de 2001. (M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-1303 de 2001. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-418 de 2002. (M.P. Álvaro Tafur Galvis). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-891 de 2002. (M.P. Jaime Araújo Rentería). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 2003. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia SU-383 de 2003. (M.P. Álvaro Tafur Galvis). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-955 de 2003. (M.P. Álvaro Tafur Galvis). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-245 de 2004. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-148 de 2005. (M.P. Álvaro Tafur Galvis). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-737 de 2005. (M.P. Álvaro Tafur Galvis). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2006. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-880 de 2006. (M.P. Álvaro Tafur Galvis). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-208 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-009 de 2007. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-695 de 2007. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008. (M.P. Rodrigo Escobar Gil). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-461 de 2008. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-175 de 2009. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2009. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-154 de 2009. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2009. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-791 de 2009. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Colombia.

Corte Constitucional. Auto No. 004 de 2009 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Colombia.

Corte Constitucional. Auto No. 005 de 2009 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-063 de 2010. (M.P. Humberto Sierra Porto). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-608 de 2010. (M.P. Humberto Sierra Porto). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-702 de 2010. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-915 de 2010. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-941 de 2010. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-547 de 2010. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-745 de 2010. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-1045A de 2010. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 2011. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-187 de 2011. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2011. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-882 de 2011. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-116 de 2011. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-120 de 2011. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-129 de 2011. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-379 de 2011. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-601 de 2011. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-698 de 2011. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-051 de 2012. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C -196 de 2012. (M.P. María Victoria Calle Correa). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-293 de 2012. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2012. (M.P. María Victoria Calle Correa). Colombia.

- Corte Constitucional. Sentencia C-318 de 2012. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia C-331 de 2012. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia C-398 de 2012. (M.P. Mauricio González Cuervo). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2012. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia C-641 de 2012. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia C-765 de 2012. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia C-767 de 2012. (M.P. María Victoria Calle Correa). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia C-822 de 2012. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia C-943 de 2012. (M.P. María Victoria Calle Correa). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia C-068 de 2013. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia C-194 de 2013. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia C-253 de 2013. (M.P. Mauricio González Cuervo). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2012. (M.P. María Victoria Calle Correa). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia T-513 de 2012. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia T-680 de 2012. (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Colombia.

- Corte Constitucional. Sentencia T-823 de 2012. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia T-049 de 2013. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Colombia.
- Corte Constitucional. Sentencia T-172 de 2013. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Colombia.

FUENTES INTERNACIONALES

- Convenio Núm. 107 de 1957 [Organización Internacional del Trabajo]. Instrumento amplio sobre el desarrollo, que cubre una variada gama de temas, como los derechos a las tierras; contratación y condiciones laborales; formación profesional, artesanías e industrias rurales; seguridad social y salud; y, educación y medios de comunicación.
- Convenio Núm. 169 de 1989 [Organización Internacional del Trabajo]. Instrumento jurídico internacional vinculante que se encuentra abierto para su ratificación y que trata específicamente los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Hasta la fecha ha sido ratificado por 20 países.
- Decisión 391 de 1996 [Comunidad Andina de Naciones], por la cual se establece el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.
- Resolución 60/147 [Asamblea General de Naciones Unidas]. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

ANEXOS

ANEXO No. 1. CONSULTAS PREVIAS EN INVESTIGACIÓN

CONSULTAS PREVIAS - 2002							
AÑO	EMPRESA	PROYECTO	DPTO	GRUPO ÉTNICO / COMUNIDAD	SECTOR	ESTADO	FECHA
2000	UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA - JUAN ALBERTO PATIÑO (000074000)	PROYECTO DE INVESTIGACIÓN DE LOS FACTORES AMBIENTALES QUE INFLUYEN EN LA AVIACIÓN Y EL DESARROLLO EMERSONARIO DE LA TORTUGA CABAL (DECRETO 1320)	CHOCO	CONSEJO COMUNITARIO AMYCH DE LA GUANCA DEL TOLU Y ZIVANABUI	INVESTIGACIÓN	PROTOCOLIZADO	
2000	CONSEJO COMUNITARIO DEL ALTO GUAH	DIAGNÓSTICO Y PLAN DE MANEJO DE UN ENCLAVE DE REGULACIÓN CON ACOMPAÑAMIENTO COMUNITARIO PARA RESERVAR LA SOSTENIBILIDAD DEL RECURSO BOSQUE EN EL CONSEJO COMUNITARIO ALTO GUAH (DECRETO 1320)	CAUCA	CONSEJO COMUNITARIO ALTO GUAH	INVESTIGACIÓN	PROTOCOLIZADO	
2001	UNIVERSIDAD JAVIERANA	PROYECTO DE INVESTIGACIÓN CONECTIVO ENTRE POBLACIONES RÍPTICA CARABOBORUM DEL CARIPE COLOMBIANO (DECRETO 1320)	SAN ANDRÉS ISLAS	COMUNIDAD AFRODESCENDIENTES DE BAZALIS DE SAN ANDRÉS ISLAS LOS CONSEJOS CONECTIVOS DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA	INVESTIGACIÓN	PROTOCOLIZADO	
2000	CEBREG - UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PEREIRA	PROYECTO VALORACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE PISAGAS RURALES (DECRETO 1320)	DURANGO	COMUNIDAD INDÍGENA ISBERA COMUNIDAD INDÍGENA YANACURA	INVESTIGACIÓN	PROTOCOLIZADO	08-04-02
2000	INSTITUTO TRUJILLO CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL NORTE Y ORIENTE AMAZÓNICO	PROYECTO DE APROVECHAMIENTO FORESTAL PERMANENTE (DECRETO 1320)	GUAINA	COMUNIDAD INDÍGENA CURIPACO COMUNIDAD INDÍGENA PAROCO COMUNIDAD INDÍGENA ALMOGÓ	INVESTIGACIÓN	PROTOCOLIZADO	
2000	JORGE CLAUDIO CRUZ Y ROSA DAJUD MARIANA CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL NORTE Y ORIENTE AMAZÓNICO	PROYECTO DE APROVECHAMIENTO FORESTAL PARA CHICUICHUSA (DECRETO 1320)	GUAINA	COMUNIDAD INDÍGENA CURIPACO COMUNIDAD INDÍGENA PAROCO COMUNIDAD INDÍGENA CHACOTA	INVESTIGACIÓN	PROTOCOLIZADO	
2000	PAM VARGAS MELVA, STROE ALBERTO SOCIEDAD CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL NORTE Y ORIENTE AMAZÓNICO	PROYECTO DE APROVECHAMIENTO FORESTAL PARA CHICUICHUSA (DECRETO 1320)	GUAINA	COMUNIDAD INDÍGENA CURIPACO COMUNIDAD INDÍGENA PAROCO COMUNIDAD INDÍGENA WERBIA ALTA	INVESTIGACIÓN	PROTOCOLIZADO	
2000	MARCELA FORTINO SORA - FUNDACIÓN ANAYU CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL NORTE Y ORIENTE AMAZÓNICO	PROYECTO APROVECHAMIENTO FORESTAL PARA WIRBA (DECRETO 1320)		COMUNIDAD INDÍGENA CURIPACO COMUNIDAD INDÍGENA PAROCO COMUNIDAD INDÍGENA CARA YITINA	INVESTIGACIÓN	PROTOCOLIZADO	

ANEXO No. 3. CONSULTAS PREVIAS 1994 – 2012

AÑO 1994

Nº	EXP.	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
1	34	GASODUCTO BALLENAS BARRANCA	ECOPETROL	COMUNIDAD INDÍGENA WAYUJÚ	7,8 Y 9-Jul	HIDROCARBUROS
2	170	AMPLIACION POLIDUCTO GUALANDAY – NATAGAIMA	ECOPETROL	Castilla Nueva Esperanza San Miguel de Coyatima El Tambo, El Floral, Palma Alta, San Miguel de Natagaima y rincón de Anchique	9-Ago-94	HIDROCARBUROS
3	53	PROGRAMA SISMICO RIO PUTUMAYO (Dpto. Putumayo)	ECOPETROL	Indígena Inga	01-Agos-94	HIDROCARBUROS
4	56	PROGRAMA SISMICO CASANARE	ECOPETROL	Indígena Sikuani	1- Mayo	HIDROCARBUROS
5	458	BLOQUE SAN JUAN NORTE	ECOPETROL	Comunidad Indígena del Putumayo/	28- Sept.	HIDROCARBUROS
6	472	TRANSPORTE DE CRUDO EN CARRO TANQUE DEL POZO CANO DUYA 1 A LA ESTACION SARDINAS	KELT COLOMBIA	Resguardo Indígena Duya (Saliba)	10- Dic.	HIDROCARBUROS

AÑO 1995

N°	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
7	318	OLEODUCTO CUSIANA- LA BELLEZA-BOSCONIA- COVENAS	OCENSA	INDÍGENAS ZENU DE SAN ANDRÉS DE SOTAVENTO COMUNIDADES NEGRAS DE ANTIOQUIA Y ATLÁNTICO	7-Abril 14-Julio	HIDROCARBUROS
8	304	LÍNEA DE TRANSMISIÓN BETANIA MIROLINDO	ISA	Indígenas Natagaimas y Coyaimas/	18- Mayo	ELECTRICO
8	299	GASODUCTO DE OCCIDENTE	ECOGAS	Comunidades Negras del Hormiguero y sus veredas Cascajal, Cauca Viejo y La Pailita	27-Ago	HIDROCARBUROS
10	411	BLOQUE EXPLORATORIO SANTERO PROYECTO SISMICO	ECOPETROL	COMUNIDADES NEGRAS GOLFO DE MORROSQUILLO/	20- Oct	HIDROCARBUROS
11	719	PEQUEÑA HIDROELÉCTRICA DE MITU (Dpto. Vaupés)	ICEL	Gran Resguardo del Vaupés/	30-Nov.	ELECTRICO
12	682	BLOQUE EXPLORATORIO SAN JUANERO 1 (Dpto. Tolima)	ECOPETROL	Comunidad Indígena Karib, Coyaimas y Natagaima	18 Dic.	HIDROCARBUROS

AÑO 1996

N°	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
13	724	PLATAFORMA MARINA PARA LA PERFORACION Y PRODUCCION DE POZOS PARA EXTRACCION DE GAS NATURAL DEL YACIMIENTO CHUCHUPA B (Dpto. Guajira)	TEXAS PETROLEUM COMPANY	Indígenas Wayuu	14-Abril	HIDROCARBUROS
14	199	BLOQUE EXPLORATORIO SANTANA B 94 (Dptos. Cauca y Caquetá)	ARGOSY ENERGY INTERNATIONAL	Indígenas Inga	20 Julio	HIDROCARBUROS
15	533	BLOQUE EXPLORATORIO B RIO PUTUMAYO (Dpto. Putumayo)	RAM PETROLEUMS LIMITED	Indígenas Siona. Resguardo Buenavista y Muruy Muinane	21- Septiembre	HIDROCARBUROS
16	330	POZO EXPLORATORIO CORMORAN 1 (Dpto. Meta)	CASA INGLESA	Yopalito, Guamalito, Chaparral, Corosito, Walabo 1, Walabo 2 Sikuani del resguardo Wacoyo	13-Abril	HIDROCARBUROS
17	498	CONSTRUCCIÓN MUELLE Y PUERTO DE TRANSFERENCIA SOBRE EL RIO META. SECTOR LA BANQUETA	MINISTERIO DE TRANSPORTE	INDÍGENAS SUKUANI, ACHAGUA, PAPOCO.	7-10 Septiembre	INFRAESTRUCTURA
18	256	PUERTO CARBONIFERO RIO CAÑAS	PRODECO	Indígenas Sierra Nevada	01-Julio	MINERIA

AÑO 1997

Nº	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
19	423	REHABILITACIÓN CARRETERA SAN FRANCISCO SANTIAGO	INVIAS	Comunidad Indígena 47 Inga. Resguardo Sibundoy parte alta.	1-2 agosto	INFRAESTRUCTURA
20	1161	LINEA DE TRANSMISIÓN GRANADA – SAN JOSE DEL GUAVIARE	ICEL	Resguardo indígena Panure	27 - Mayo	ELECTRICO
21	542	PERFORACIÓN EXPLORATORIA POZOS PEGASO, TROYANO Y UNICORNIO (Dpto. Putumayo)	ECOPETROL	Comunidad Indígena Inga y Awa	1-Julio	HICROCARBUROS
22	1426	INTERCONEXIÓN CON ECUADOR	ISA	Comunidad Negra Vereda El Placer		ELECTRICO
23	1479	BLOQUE DE EXPLORACIÓN SISMICA GAITANA (Dpto. Huila)	TOTAL EXPLORATIEN PRODUKTIE MIJ. B.V	Bache, Paeces y Paniquita	05-Sep-	HICROCARBUROS
24	749	LINEA DE TRANSMISIÓN 115 KV MOCOA	ICEL	La suiza, Belén del Palmar, San Luis, Waspungo, Campo Bello y La Cristalina	20-Sep	ELECTRICO
25	1544	SÍSMICA 3 D ORTEGA PACANDE (Dpto. Tolima)	ECOPETROL	Indígenas Coyaimas	03-Oct	HICROCARBUROS
26	1478	BLOQUE DE EXPLORACIÓN RIVERA (Dpto. Huila)	TOTAL	Palermo	01 - Diciembre	HICROCARBUROS
27	1547	BLOQUE EXPLORATORIO ABANICO (Dpto. Tolima)	EXPLOTACIÓN ONES C.M.S.	Indígenas Matagaima y Coyaimas	01- Diciembre	HICROCARBUROS
28	1762	REHABILITACIÓN VIA TUMACO – MOCOA (Dptos. Nariño y Putumayo)	INVIAS	Los Pastos	23 Noviembre	INFRAESTRUCTURA

AÑO 1998

Nº	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD /FECHA	FECHA	SECTOR
29	1445	MEJORAMIENTO VIA VILLA GARZÓN – SN. JOSÉ DEL FRAGUA (Caquetá y Putumayo)	INVIAS	Comunidades Indígenas y Negras de Pto. Limón	16 y 17- Ene	INFRAESTRUCTURA
30	1500	MEJORAMIENTO VIA MOCOA – PITALITO (Dptos. Putumayo y Huila)	INVIAS	Indígenas Inga, Kamsa	20-Feb	INFRAESTRUCTURA
31	1619	MEJORAMIENTO VIA PTO. LÓPEZ - PTO. GAITAN - PUERTO CARREÑO	INVIAS	Indígenas Achagua, Piapoco (Resguardo Turpial y La Victoria)	28 –Feb. y 1 de Marzo	INFRAESTRUCTURA
32	1206	LINEA DE TRANSMISIÓN PTO. LÓPEZ – PTO. GAITAN (Meta)	ICEL	Resguardo El Tupial y La Victoria	03-Abril	ELECTRICO
33	405	EXPLORACIÓN AURÍFERA RÍO SALDANA (D. Tolima)	MINEROS DEL DORADO S.A.	Comunidades Indígenas Coyaima, Ortega y Ataco	11-Feb	MINERIA
34	1315	VARIANTE DE IPIALES (Dpto. Nariño)	INVIAS	Comunidad Indígena de los Pastos	30-Marzo	INFRAESTRUCTURA
35	299	GASODUCTO DE OCCIDENTE	ECOGAS	Comunidades Negras del hormiguero y sus veredas Cascajal, Cauca Viejo y la Páililla	Junio de 1998	HIDROCARBUROS
36	1742	MEJORAMIENTO Y PAVIMENT. VIA POPAYÁN –PURACÉ –LA PLATA (Dpto. Cauca)	INVIAS	Comunidad Indígena de Sta. Cecilia y Purace	Oct-98 Mar - 99	INFRAESTRUCTURA
37	1312	VARIANTES BACHE –ARENOSA, AIPE, NATAGAIMA Y GUAMO	INVIAS	Comunidades Indígenas de San Miguel y Cabildos de Baloca y Camino Real	3 y 4 Septiembre	INFRAESTRUCTURA
38	1459	DEMA EXPLORACIÓN DE FERRONIQUEL (Dpto. Córdoba)	CERROMATOSO	Comunidad Negra del Corregimiento de Ure	19 Agt	MINERIA
39	1871	CERREJÓN SUR	CARBONES DEL CERREJÓN S.A.	Comunidades de Calcemapa, Barranco Alegre, Sinclejo, Arroyo Hondo, El Cerrito, Nueva Esperanza, La Granjilla y El Cerezo de la Etnia Wayuu	8 de Octubre	MINERIA

AÑO 1999

Nº	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
40	1993	PLANTA DE SÍNTESIS Y FORMULACIÓN DE GLIFOSATO	FADA	Comunidad negra de Puerto Tejada	24 de septiembre	AGROQUÍMICOS
41	1380	CONSTRUCCIÓN DE LA VARIANTE VILLARRICA - LA Y	INVIAS	COMUNIDAD NEGRA VILLARRICA	12-Febrero	INFRAESTRUCTURA
42	1912	VÍA INTERNA ALTERNATIVA BUENAVENTURA	INVIAS	Comunidad negra	26- Octubre	INFRAESTRUCTURA
43	1310	ESTABILIZACIÓN Y GENERACIÓN DE PLAYA EN BOCA DE CAMARONES. CONSTRUCCIÓN DE ESPOLONES (Dpto. Guajira)	GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA	Indígenas Wayuu/	12- Mayo.	INFRAESTRUCTURA
44	1385	PROYECTO SISMICO CAÑO DUVA (Dpto. Casanare)	PERENCO	Comunidad Indígena Duya	02-Dic-	HIDROCARBUROS
45	112	HIDROELÉCTRICA URRÁ	MULTIPROPOSITO DE URRÁ	Comunidades indígenas - Embera Kaito de la Alianza de Cabildos Menores -San Andrés de Sotavento	SEPTIEMBRE	ELECTRICO

AÑO 2000

Nº	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
46	1313	PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE	SOCIEDAD PORTUARIA AGUADULCE	Comunidad Negra Bajo Calima/	18- Septiembre	INFRAESTRUCTURA
47	2303	PERFORACION EXPLORATORIA EN EL BLOQUE GOLFO 1 (Dpto. Huila)	PETROCOL	Resguardo Indígena Pijaos, La Tatocoa	31-Octubre	HIDROCARBUROS
48	604	VARIANTE RIOHACHA	INVIAS	Comunidad Wayuu	30 - Noviembre	INFRAESTRUCTURA
49	1723	REHABILITACIÓN CARRETERA STA.CECLIA SECTOR YUTO - CERTEGUI	INVIAS	Comunidad Negra de Santa Cecilia, Yuto, Certequi	19 y 21- Dic-00	INFRAESTRUCTURA

AÑO 2001

Nº	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
50	2036	RELLENO SANITARIO Y FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE RECICLAJE-MPIO DE BUENAVENTURA	CVC	Comunidad del Corregimiento de Zacarías, Campohermoso, Calle Larga, Alto Poledó, Guadalupe, Aguas Claras, San Marcos y Bajo Poledó. Comunidad indígena de la Meseta del Río Dagua/	19- Febrero	INFRAESTRUCTURA
51	1936	EXPLOTACIÓN CARBONIFERA AREA GUIMARAL (Dpto. Cesar)	DRUMOND	Comunidades Negras del Cesar "KU-SOTO/	05-Abril	MINERIA
52	2135	PLANTA DE ALMACENAMIENTO DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLE PALERMO	PETROCOMERCIAL	Comunidad del Sitio Nuevo/	11-Septiembre	HIDROCARBUROS
53	2109	CONSTRUCCIÓN ALCANTARILLADO Y PLANTA DE TRATAMIENTO. MPIO. VILLARICA (Dpto. Cauca)	GOBERNACIÓN DEL DEL CAUCA	Comunidad Negra Municipio de Villarica	09-Octubre	INFRAESTRUCTURA
54	2511	CONSTRUCCIÓN PLAN MAESTRO DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DOMESTICAS	GOBERNACION DEL CAUCA	Comunidad Negra de Puerto Tejada	08-Octubre	INFRAESTRUCTURA

55	2341	LÍNEA SUBTRANSMISIÓN ROZO – CERRITO (Dpto. Valle del Cauca)	EPSA E.S.P.	Comunidad Negra de San Bernardo/	11- Noviembre	ELECTRICO
56				Comunidad Negra de Tamalameque	07-Diciembre	
57	2375	RED FÉRREA DEL ATLANTICO	FENOCO	Comunidad Negra La Dorada	02 y 16- Diciembre	INFRAESTRUCTURA
58				Comunidad negra de San Bernardo	11- Noviembre	
59	1749	INTERCONEXION ELECTRICA COLOMBIA – ECUADOR LÍNEA PASTO - QUITO	ISA E.S.SP	Parcialidades Indígenas de Tatag e Iguaez de la comunidad de Ipiales	07-Diciembre	ELECTRICO
60	1963	REHABILITACIÓN, RECONSTRUCCION Y OPERACIÓN DE LA RED FÉRREA DEL PACÍFICO	Tren de Occidente	Comunidades negras		INFRAESTRUCTURA

AÑO 2002

Nº	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
61	1376	REHABILITACIÓN DE LA CARRETERA PTE SAN MIGUEL - BUENOS AIRES Y VILLA GARZÓN MOCOA.	INVIAS	Comunidad Negra del municipio de Puerto Caicedo y Comunidades indígenas Inga – Kofán y Páez	13 -Abril	INFRAESTRUCTURA
62	2610	POZOS DE PERFORACIÓN SAN LORENZO 1 Y SAN LORENZO 2	LA LUNA OIL	Comunidad Negra del Municipio de Cimitarra - Santander	21-Marzo	HIDROCARBUROS
63	1993	PLANTA DE SÍNTESIS Y FORMULACIÓN DE GLIFOSATO	FADA	Comunidad negra de Puerto Tejada	15- Marzo	AGROQUÍMICOS
64	1447	MEJORAMIENTO CARRETERA TUMACO-ESMERALDAS	INVIAS	Comunidades negras del consejo comunitario Alto Mira y Frontera de Tumaco	13- diciembre	INFRAESTRUCTURA

AÑO 2004

Nº	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
65	2848	PLANTA DE PLAGUICIDAS	PRODESAL DEL CAUCA	Comunidades negras de Puerto Tejada	Abril 16 – 04	AGROQUÍMICOS
66	2653	ÁREA DE PERFORACIÓN EXPLORATORIA SALINAS	MERA PETROLEUMS	Comunidad Wayúu	Abril 19 –a 24	HIDROCARBUROS
67	304	LÍNEA DE TRANSMISIÓN BETANIA – MIROLINDO	ISA	Indígenas Natagaima	Noviembre 11	ELECTRICO

AÑO 2005

Nº	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
68	2491	LÍNEA DE INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA PROMAVERA – SANTA ROSA	ISA	Indígenas Arhuacos	Julio 18	ELECTRICO

AÑO 2006

Nº	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
69	2894	PERMISO DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA: CONECTIVIDAD GENÉTICA	Universidad Javeriana	Comunidades Raizales de San Andrés y providencia	Abril 6	PERMISOS DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA
70	3406	INTERCONEXIÓN GASÍFERA COLOMBIA VENEZUELA	PDVSA	Indígenas Wayuu de los Corregimientos El Pajaro y Aremasain (62 comunidades)	Mayo 16 a 24	HIDROCARBUROS
71	3329	PERMISO DE ESTUDIOS CON FINES DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA	CIEBREG	Indígenas Embera Katío y Yanaconas	6 Y 7 de septiembre	PERMISOS DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA
72				Indígenas Embera Cahami	8 - Septiembre	
73	3323			SAN FERNANDO – LA LAGUNA	JUNIO 20	
74		INTERCONEXIÓN ELECTRICA COLOMBIA-ECUADOR (Betania – Altamira- Moccoa- Jamondino - Frontera)	EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTÁ	MIRAFLORES - INCHUCHALA	JUNIO 21	
75				PASTAS	JUNIO 22	
76				CARLOSAMA	JUNIO 23	
77				BÁRBARA - PIJAO	JULIO 5	ELECTRICO
78				SANTA MARTA	JULIO 6	
79				CONDAGUA	JULIO 7	
80				SANTIAGO	JULIO 9	
81				SAN FRANCISCO	JULIO 10	
82				SAN ANDRES	JULIO 11	
83				REFUGIO DEL SOL	JULIO 12	

84	1963	REHABILITACIÓN , RECONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DE LA RED FÉRREA DEL PACÍFICO	Tren de Occidente	Indígena Embera Chamí	27 de julio	INFRAESTRUCTURA
85	2693	RECUPERACIÓN DE LA NAVEGACIÓN DEL RIO META	INVIAS	Indígenas Achagua y Piapoco (Comunidad de Umapo y La Victoria)	21 y 22 de octubre	INFRAESTRUCTURA
86	3592	POZO EXPLORATORIO OCUMBO II	CONEQUIPOS	Indígenas Sáliba (Resguardo El Suspiro: Orocué – Casanare)	31 - octubre y 1 - noviembre	HIDROCARBUROS
87	241	CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL LOOP PALOMINO – LA MAMI	PROMIGAS	Indígenas Kogui, Malayo y Arhuaco	12 - diciembre	HIDROCARBUROS
88	1020	DISTRITO DE RIEGO TRIÁNGULO DEL TOLIMA	INCODER	Indígenas Pijao	18 Diciembre	INFRAESTRUCTURA
89	3607	ÁREA DE PERFORACIÓN EXPLORATORIA LAS GARZAS	HUPECOL	Indígenas Sáliba y Piapoco (Resguardo Tapajo).	20 de diciembre	HIDROCARBUROS

AÑO 2007

Nº	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
90	1993	PLANTA DE PRODUCCIÓN DE PLAJUCIDAS (Modif. de L.A)	FADA	COMUNIDADES NEGRAS	2 - febrero	AGROQUÍMICOS
91	3250	GENÉTICA DE LA CONSERVACIÓN DEL MANGLE IGUANERO EN COLOMBIA	UNIVERSIDAD DEL VALLE (Dayana Salas)	COMUNIDADES NEGRAS DE SAN ANTERO (CÓRDOBA)	1 - marzo	PEMISO DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS
92	3275	EVALUACIÓN DE LA BIOGEOGRAFÍA MOLECULAR	UNIVERSIDAD DEL VALLE (María Fernanda Castillo)	COMUNIDADES NEGRAS DE SAN ANTERO (CÓRDOBA)	1 - marzo	PEMISO DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS
93	3406	INTERCONEXIÓN GASÍFERA: COLOMBIA-VENEZUELA (MODIFICACIÓN L.A)	PDVSA	COMUNIDADES WAYÚU (GUAYMARAL, MALLUISAO Y JIEYUSIRRA)	19-20 - abril	HIDROCARBUROS
94	3304	ALGUNOS ASPECTOS QUÍMICOS Y ECOLÓGICOS SOBRE CORALES ARRECIFES	UNIVERSIDAD NACIONAL (Investigador: Pfr. Sven Zea)	COMUNIDADES RAIZALES DE SAN ANDRÉS ISLAS	26 - abril	PERMISO DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA
95	3798	ÁREA DE PERFORACIÓN EXPLORATORIA CABIONA NORESTE	HUPECOL	COMUNIDAD SALIBA Y PIAPOCO (RESGUARDO COROZAL TAPAJO)	24 - mayo	HIDROCARBUROS
96	3740	REENTRY MECAYA 1	GRAN TIERRA	COMUNIDAD INDÍGENA INGA DE PLAYA RICA Y WASIPANGA (Putumayo)	30 de mayo *No hubo acuerdos	HIDROCARBUROS

97	3803	BLOQUE ANDINO SUR	CARBOPETROL	COMUNIDAD INDÍGENA NATAGAIMA (YAVI Y LOS ANGELES)	26 - junio * Se suspendió la licencia. Se realizó Consulta Previa el 26 de junio de 2008	HIDROCARBUROS
98	3276	POZOS EXPLORATORIOS TEMBLON 1 y X. (Reentry)	Operaciones Petroleras Antillas -OPA	COMUNIDAD INDÍGENA KOFAN	12 - julio ***SE TRATA DE UNA CONCERTACIÓN	HIDROCARBUROS
99	3717	LÍNEA DE CONDUCCIÓN DE GAS: ESTACIÓN SANTA RITA - SALDANA	HOCOL	COMUNIDAD INDÍGENA PIJAO	24 - julio	HIDROCARBUROS
100	3657	ÁREA DE PERFORACIÓN EXPLORATORIA LEOPARDO	HOCOL	COMUNIDAD INDÍGENA SALIBA (RESGUARDO EL DUYA) - OROCUE	20 de septiembre	HIDROCARBUROS
101	724	PLATAFORMA CHUCUPA B Y CHUPA 14. BALLENA Y RIOACHA (Modificación L.A)	CHEVRON	COMUNIDAD INDÍGENA WAYÚU	26 y 27 de septiembre	HIDROCARBUROS
102	3829	DOBLE CALZADA BUENAVENTURA - LOBOGUERRERO	CONSORCIO DOBLE CALZADA BUENAVENTURA	- CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA DE LA PARTE ALTA Y MEDIA DE LA CUENCA DEL RIO DAGUA	1 - Noviembre	INFRAESTRUCTURA
103				CHAMI AIZAMA (EMBERA),	2 - Noviembre	
104				NASA KIWE (PAEZ).	2 de Noviembre	
105	3717	LÍNEA DE CONDUCCIÓN DE GAS ESTACIÓN SANTA RITA - SALDANA (TOLIMA) MODIFICACION L.A	HOCOL SA	COMUNIDADES INDÍGENAS PIJAO	27 - diciembre	HIDROCARBUROS

AÑO 2008

106	3929	BLOQUE DE PERFORACIÓN EXPLORATORIA DOIMA	HOCOL S.A	COMUNIDAD INDÍGENA PIJAO	22 Y 23 de enero	HIDROCARBUROS
107	3970	ÁREA DE PERFORACIÓN EXPLORATORIA SALTARIN	HOCOL S.A	COMUNIDAD INDÍGENA SIKUANI	29 de enero	HIDROCARBUROS
108	3803	BLOQUE DE EXPLORACIÓN ANDINO SUR	CARBOPETROL S.A	RESGUARDO LOS ANGELES Y CABILDO DE YAVI (NATAGAIMA)	26 de Junio	HIDROCARBUROS
109	3929	ÁREA DE INTERÉS EXPLORATORIA DOIMA - ORTEGA (MODIFICACIÓN DE LICENCIA)	HOCOL S.A	COMUNIDAD INDÍGENA PIJAO	15 de agosto	HIDROCARBUROS
110	1313	CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN PUERTO MULTIPROPOSITO EN EL SECTOR DE AGUADULCE (BUENAVENTURA)	SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.	COMUNIDADES NEGRAS DE LA BREA, BAJO CALIMA, CAUCANA, GAMBOA, CITRONELA, CORDOBA Y SAN CIPRIANO	19 Y 20 de agosto	INFRAESTRUCTURA
111	758	LÍNEA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA CUESTECITA- VALLEDUPAR (MODIFICACIÓN PMA)	TRANSELCA	COMUNIDAD INDÍGENA WAYÚU (resguardo cerrode, Lomamato, potrero, El Zahino, Rodeño -El pozo y Mayabanglome)	22 de agosto	ELECTRICO
112	3406	CONEXIÓN GASÍFERA COLOMBIA- VENEZUELA (En cumplimiento de una Acción de Tutela)	PDVSA GAS S.A	COMUNIDAD WAYÚU	Agosto 20 al 25	HIDROCARBUROS
113	4011	ESTABLECIMIENTO DEL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL PARA LA RECATIVACIÓN Y WORKOVER DE LOS POZOS BURDINE 1, 2, 4 Y 5	UNIÓN TEMPORAL II & B	COMUNIDAD INDÍGENA EMBERA CHAMI (Orito - Putumayo)	10 de septiembre	HIDROCARBUROS
114	1020	DISTRITO DE RIEGO TRIANGULO DEL TOLIMA (Modificación de licencia)	INCODER	Indigenas Pijao	29 de octubre	INFRAESTRUCTURA
115	4163	ÁREA DE DESARROLLO DON PEDRO	HOCOL S.A	Indigenas Pijao	2 Y 3 de diciembre	HIDROCARBUROS

AÑO 2009

116	610	CONEXIÓN TERRESTRE: NUQUÍ - COPIDUO	CONSORCIO VIA AL MAR 2006	Comunidad negra. Consejo comunitario Los Riscales (Chocó)	21 de marzo	INFRAESTRUCTURA
117	1380	VARIANTE SANTANDER DE QUILCHAO (Modificación de Licencia Ambiental)	UNIÓN TEMPORAL DESARROLLO VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA	Comunidad negra. Vereda El Tajo (Santander de Quilichao)	23 de Abril	INFRAESTRUCTURA
118	4402	REACTIVACIÓN DEL POZO MECAYA 1 (ESTABLECIMIENTO DE PMA)	GRAN TIERRA ENERGY COLOMBIA LTD	COMUNIDAD INDÍGENA INGA - VILLACATALINA --Resguardo Calenturas, --Resguardo Alto Mango, --Resguardo Alparamanga, --Resguardo Huaspanga, --Cabildo Nucanchipa Alta (Municipio de Puerto guzmán - Putumayo)	12 de mayo	HIDROCARBUROS
119	4401	PERFORACIÓN DE UN POZO ESTRATIGRÁFICO	AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS - ANH	COMUNIDADES NEGRAS DE LOS CONSEJOS COMUNITARIOS MAYORES DE CONDOTO Y NOVITA Y CONSEJOS COMUNITARIOS LOCALES DE OPOGODO Y SAN LORENZO (Chocó)	23 de mayo	HIDROCARBUROS
120	4140	PERFORACIÓN EXPLORATORIA BLOQUE TIBURÓN	OMIMEX OIL & GAS LTDA	COMUNIDAD INDÍGENA WAYÚU DE LOMA, LOMA 10 Y SULIMANA (Municipio de Matcao)	3 de junio	HIDROCARBUROS
121	IBD- 041/ IBD- 042/ IBD- 043	PERMISO MACRO DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN DIVERSIDAD BIOLÓGICA	UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA	COMUNIDADES NEGRAS DE MAYORES DE CONDOTO Y NOVITA Y CONSEJOS COMUNITARIOS LOCALES DE OPOGODO Y SAN LORENZO (Chocó)	9 de julio	PERMISO DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA
122	3406	INTERCONEXIÓN GASÍFERA: COLOMBIA-VENEZUELA	PDVSA GAS S.A	COMUNIDADES WAYÚU DE RULÉVA-JAMICHERA, JATSUMANA, GUARRACAMA Y ALTO PINO (no hubo acuerdos)	29 Y 30 de octubre	HIDROCARBUROS
123	4503	BLOQUE DE PERFORACIÓN EXPLORATORIA OUIFA NORESTE: RESGUARDO VENCEDOR PIRIRI	PACIFIC RUBIALES ENERGY: META PETROLEUM CORP	COMUNIDAD INDÍGENA SIKUANI DEL RESGUARDO VENCEDOR PIRIRI (PUERTO GAITAN-META)	10 de diciembre	HIDROCARBUROS

AÑO 2010

Nº	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
124	4649	ÁREA DE PERFORACIÓN EXPLORATORIA SABANERO	MAUREL & PROM	COMUNIDAD INDÍGENA SIKUANI. RESGUARDO DOMO PLANAS (PUERTO GAITÁN – META)	23 de febrero	HIDROCARBUROS
125	4752	CONSTRUCCIÓN DOBLE CALZADA. CARRETERA BUENAVENTURA LOBOGUERRERO. TRAMO: CITRONELA ALTOS DE ZARAGOZA (CON EXCLUSIÓN DE PR 22+533 Y 25+336 COSTADO NORTE)	CONSORCIO METROVIAS BUENAVENTURA	COMUNIDADES NEGRAS ALTO Y MEDIO DAGUA, BAJO CALIMA Y CORDOBA Y SAN CIPRIANO (BUENAVENTURA)	26, 28 de febrero y 1 de marzo	INFRAESTRUCTURA
126	4656	GECELCA 3 CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DE UNA PLANTA TERMOELÉCTRICA A CARBÓN CON UNA CAPACIDAD DE 150 W	EMPRESA GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE S.A. E.S.P. – GECELCA	COMUNIDAD INDÍGENA ZENÚ DE LOS CABILDOS TORNO ROJO (PUERTO LIBERTADOR) Y VILLA CARMINIA (MONTELIBANO -CORDOBA)	7 y 8 de marzo	INFRAESTRUCTURA

127				COMUNIDAD NEGRA DE CUATRO VIENTOS (MUNICIPIO DE EL PASO – CESAR)	10 DE JUNIO	
128				COMUNIDAD NEGRA DE CASA DE ZINC (MUNICIPIO DE EL PASO – CESAR)	11 DE JUNIO	
129				COMUNIDAD NEGRA DE PUENTE CANOA (MUNICIPIO DE EL PASO – CESAR)	12 DE JUNIO	HIDROCARBUROS
130	832	OPTIMIZACIÓN POLIDUCTO POZOS COLORADOS - AVACUCHO	ECOPEPETROL	COMUNIDAD NEGRA DEL CORREGIMIENTO LA AURORA (MUNICIPIO DE CHIRIGUANA – CESAR)	12 DE JUNIO	
131				COMUNIDAD NEGRA DE SABANA GRANDE (MUNICIPIO DE CURUMANÍ – CESAR)	13 DE JUNIO	
132				COMUNIDAD NEGRA DE CHINELA (MUNICIPIO DE CURUMANÍ – CESAR)	14 DE JUNIO	

133	IDB0041, IDB0043., RGE0070.Y RGE0073	PROGRAMA: INSTITUCIONAL DE BIODIVERSIDAD Y CONSERVACIÓN DE LA BIOTA COLOMBIANA: PROYECTO: - MECANISMOS DE RESPUESTA - INMUNE EN CORALES FORMADORES DE ARRECIFES DEL CARIBE COLOMBIANO * PROGRAMA INSTITUCIONAL BIOPROSECCION- LINEA ORGANISMOS MARINOS (MICRO - Y MACROORGANISMOS): PROYECTOS: -BÚSQUEDA Y EVALUACIÓN DE PRODUCTOS NATURALES MARINOS COMO INHIBIDORES DE LA COMUNICACION BACTERIANA: BLOQUEADORES DE QUORUMSENSING -EXTRACTOS NATURALES DE ORIGEN MARINO Y SU EVALUACION COMO AGENTES INSECTICIDAS -EVALUACION DE LAS ACTIVIDADES SANHI-HERPETICA, CITO- Y GENOTOXICA, Y ANTIFOLING DE ORGANISMOS MARINOS DE LAS COSTAS BRASILENAS Y DEL CARIBE COLOMBIANO.	UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA	CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE LA UNIDAD COMUNERA DE GOBIERNO RURAL DE ISLA DEL ROSARIO CASERIO DE ORIKA (CARTAGENA - BOLIVAR)	17 DE JUNIO	PERMISOS DE INVESTIGACION CIENTIFICA EN DIVERSIDAD BIOLÓGICA
------------	---	--	----------------------------------	--	-------------	--

134		CIAOBACTERIAS BENTÓNICAS ARRECIFALES: DINÁMICA DE LOS AFLORAMIENTOS Y POTENCIAL APROVECHABLE DE SUS TOXINAS.	MONICA PUYANA HEGEDUS	CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS DE LA UNIDAD COMUNERA DE GOBIERNO RURAL DE ISLA DEL ROSARIO CASERIO DE ORIKA (CARTAGENA - BOLIVAR)	17 DE JUNIO	PERMISOS DE INVESTIGACION CIENTIFICA EN DIVERSIDAD BIOLÓGICA
135	4688	CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL TERMINAL DE SERVICIO PÚBLICO MULTIPROPOSITO EN LA CIUDAD DE CARTAGENA (PUERTO BAHIA)	SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO BAHIA S.A	COMUNIDADES NEGRAS DE SANTANA, PASACABALLOS, ARARCA, BOCACHICA Y RIO DEL LORO (CARTAGENA - BOLIVAR)	26 DE JUNIO	INFRAESTRUCTURA
136		CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DE UNA PLANTA CARBOLÉCTRICA CON SU Y LINEA DE TRANSMISIÓN	CERROMATOSO S.A	COMUNIDADES INDÍGENAS DE BUENOS AIRES BAJO (MUNICIPIO DE PUERTO LIBERTADOR - CORDOBA)	9 DE AGOSTO	INFRAESTRUCTURA
137	3545			COMUNIDADES INDÍGENAS DE PUENTE URÉ (SAN JOSE DE URÉ)	10 DE AGOSTO	
138		INTERCONEXIÓN GASÍFERA: COLOMBIA-VENEZUELA	PDVSA GAS S.A	COMUNIDADES INDÍGENAS DE CENTROAMÉRICA (MUNICIPIO DE PUERTO LIBERTADOR)	10 DE AGOSTO	
139	3406	REACTIVACIÓN POZO PAUTA 1	VETRA EXPLORACION Y PRODUCCIÓN COLOMBIA S.A.S	COMUNIDADES WAYÚU : WARRACAMANA, ALTO PINO, RULEYA JAMICHERA Y JATSUMANA (MANAURE)	2 DE SEPTIEMBRE	HIDROCARBUROS
140	2932	Doble Calzada Carretera Loboguerrero - Buenaventura, Sector Altos de Zaragoza (PR 29+000)- Quebrada Limores (PR 45+ 780)	CONSORCIO DOBLE CALZADA BUENAVENTURA	CABILDO INDIGENA YAGUARA (CHAPARRAL - TOLIMA)	28 DE SEPTIEMBRE	HIDROCARBUROS
141	3722			Consejo Comunitario del Alto y Medio Dagua (Buenaventura) Modificación de acuerdos.	12 DE OCTUBRE	INFRAESTRUCTURA

AÑO 2011

Nº	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
142	3829	Doble Calzada Buenaventura-Loboquerrero, sectores Altos de Zaragosa (PR 29+000) - Triana (PR 39+700) y Triana (PR 39+700) - Quebrada Limones (PR 45+780), Valle del Cauca	CONSORCIO DOBLE CALZADA BUENAVENTURA	Comunidad indígena NASA KIWE. (Modificación de los acuerdos) Comunidades indígenas ACO VIEJO, PATIO Bonito Y YACOROGOS TAIRA (Prado – Tolima)	20 DE ENERO	INFRAESTRUCTURA
143	4037	Central Hidroeléctrica del río Prado - Hidroprado	EPSA	Comunidad negra del barrio el Cruce (Corregimiento Loma de Calenturas- Municipio de El paso – Cesar)	5 y 6 DE MAYO	INFRAESTRUCTURA
144	832	OPTIMIZACIÓN POLIDUCTO POZOS COLORADOS – AYACUCHO (Modificación de L.A)	ECOPETROL	COMUNIDAD INDÍGENA: SAN VICTORINO (Taraira – Vaupés) COMUNIDAD MULTIÉTNICA (Taraira – Vaupés)	5 DE MAYO	HIDROCARBUROS
145	SRF 0040	IH3-16001X	COSIGO FRONTIER	COMUNIDAD INDÍGENA: SAN VICTORINO (Taraira – Vaupés) COMUNIDAD MULTIÉTNICA (Taraira – Vaupés)	10 DE MAYO 11 DE MAYO	PERMISOS (SUSTRACCIÓN DE RESERVA FORESTAL)
143	SRF 0052	CONCESIÓN MINERA 4448A	ASOMIVA (ASOCIACIÓN DE MINEROS DEL VAUPÉS)	COMUNIDAD INDÍGENA: SAN VICTORINO (Taraira – Vaupés) COMUNIDAD MULTIÉTNICA (Taraira – Vaupés)	12 DE MAYO 12 DE MAYO	PERMISOS (SUSTRACCIÓN DE RESERVA FORESTAL)

AÑO 2012

Nº	EXP	PROYECTO	EMPRESA	COMUNIDAD	FECHA	SECTOR
145	5229	Conexión de la subestación El Bosque (ya existente) a la línea de transmisión de energía a 220 kv Ternera - Bolívar, conformado por la construcción de una subestación encapsulada a 220 kv y la reconfiguración de la línea Bolívar - Ternera a 220 kv para formar los circuitos Bolívar – El Bosque Y El El Bosque – Ternera a 220 kv	INTERCONEXION ELECTRICA S.A. E.S.P. -ISA	La Comunidad Palenquera del barrio La Candelaria	11 DE FEBRERO	ELÉCTRICO
146	1355	Construcción de la variante oriental de pasto del K0+000 al K16+530 y Construcción del Par vial Pasto – Chachaquí – Aeropuerto Cano del K0 + 000 al K. 16+940.	DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A DEVINAR S.A	PARCIALIDAD INDÍGENA LA LAGUNA PEJENDINO (Pasto – Nariño)	11 DE MAYO	INFRAESTRUCTURA
147	4990	PERFORACIÓN EXPLORATORA PARA UN ÁREA DE INTERÉS LOCALIZADA DENTRO DEL BLOQUE COATI	C&C ENERGÍA BARBADOS SUCURSAL COLOMBIA	COMUNIDADES INDÍGENAS COFAMES DE LOS RESGUARDOS DE CAMPOALEGRE DEL AFILADOR, YARINAL, SAN MARCELINO, Y CABILDO LA RAYA	14 DE JUNIO DE 2012	HIDROCARBUROS
148	1459	Recuperación de níquel de baja ley en minerales lateríticos a través de un proceso hidrometalúrgico	CERRO MATOSO S.A	1. Centro America. Etnia Zenú (Municipio de Puerto Libertador, Córdoba) 2. Guacarí-La Odisea. Etnia Zenú (Municipio de Puerto Libertador, Córdoba) 3. Puente Uré. Etnia Zenú (Municipio de San José de Uré, Córdoba)	1.) 29 de marzo de 2012. 2.) 30 de marzo de 2012. 3.) 26 de junio de 2012.	MINERÍA

149	0724	Campos de producción de Gas Chuchupa, Ballenas, Riohacha y operación del proyecto Plataforma Chuchupa B.	CHEVRON PETROLEUM COMPANY	Wayúu	26 y 27 de junio de 2012	HIDROCARBUROS
150	683	Área de Perforación Exploratoria del Río Ranchería	DRUMMOND LTDA.	Barrancón (etnia wayúu)	26/julio/2012	HIDROCARBUROS
151	2932	Proyecto "Reactivación del Pozo Pauta 1"	VETRA Exploración y Producción Colombia SAS.	Cabildo Indígena Yaguara, municipio de Chaparral, Tolima*	14/agosto/2012	HIDROCARBUROS
152	4752	Modificación del proyecto "Construcción de la Doble Calzada entre Citronela a nivel del PR16+100, hasta Allos de Zaragoza en el PR29+00, con excepción de la franja norte de la calzada actual entre el PR22+533 al PR25+336	Consorcio Metrovías Buenaventura	Consejo Comunitario de las comunidades negras de Córdoba, San Cipriano y Santa Helena	18-Septiembre-2012	INFRAESTRUCTURA
153	4688	TERMINAL MULTIPROPOSITO PUERTO BAHÍA.	Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A.	Consejo Comunitario de las comunidades negras del Bajo Calima.	19-Septiembre-2012	INFRAESTRUCTURA
156	5505	ÁREA DE INTERÉS EXPLORATORIO CANELO NORTE	PETRONOVA COLOMBIA	Consejo Comunitario de Comunidades Negras de: Pasacaballos, Aratca, Santa Ana, Caño de Oro y Bocachica	14 - septiembre de 2012	HIDROCARBUROS

ANEXO No. 4. DECRETO 2613 DE NOVIEMBRE 2013

DECRETO N° 2613

(noviembre 20 de 2013)

“Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa”

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en particular de las que le confiere el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, y en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 209 de la Constitución Política, 56 de la Ley 489 de 1998 y 6° de la Ley 21 de 1991, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 209 de la Constitución Política consagra que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; disposición concordante con lo previsto en el inciso segundo del artículo 113 de la Constitución Política, el cual determina que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Que de conformidad con el literal a) del artículo 6° de la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT, el Gobierno Nacional debe consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

Que de conformidad con lo establecido en el Decreto 2893 de 2011, el Ministerio del Interior tiene dentro de su objetivo, formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública, planes, programas y proyectos en materia de consulta previa, entre otros asuntos, y así mismo, a la Dirección de Consulta Previa de este Ministerio le corresponde *“Dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se*

requieran de conformidad con la ley” y “Asesorar y dirigir, así como coordinar co las direcciones de asuntos indígemas, Rom y minorías y asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas del Gobierno Nacional en materia de consulta previa y determinar su procedencia y oportunidad”.

Que las entidades públicas involucradas deben aunar esfuerzos y coordinar sus funciones para garantizar que los procesos de consulta previa se desarrollen de manera oportuna y respetuosa de las comunidades étnicas; disposiciones que permitan una mejor coordinación interinstitucional para la garantía de este derecho;

Que la sincronización de las competencias correspondientes exige la adopción de un Protocolo de Coordinación Institucional;

Que la expedición del citado protocolo busca facilitar la coordinación interna de las entidades públicas involucradas, a efectos de garantizar la integración de las competencias correspondientes y la distribución eficaz de los recursos, así como la eficiente circulación de la información relevante; garantizar la transparencia en los procesos de consulta previa, así como permitir el seguimiento al cumplimiento de los deberes de los funcionarios de las entidades responsables, en el ejercicio de sus respectivas competencias.

DECRETA:

CAPÍTULO I

PROTOCOLO DE COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA LA CONSULTA PREVIA

Artículo 1. Definición y objetivo. Adóptase el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa como mecanismo de coordinación entre las entidades públicas, destinado a facilitar el enlace de las responsabilidades correspondientes y a compartir criterios e información actualizada que sirvan de soporte para la expedición de las certificaciones de presencia de comunidades étnicas y para el desarrollo mismo de la Consulta Previa.

Artículo 2. Continuidad. El Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa funcionará de manera permanente y podrá activarse cada vez que se requiera, de conformidad con las ormas establecidas en este decreto.

Artículo 3. Campo de aplicación. El Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa se aplicará, entre otros, en los siguientes casos:

- a. En los proyectos prioritarios, presentados y monitoreados por el gerente de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos;

- b. En proyectos concretos que enfrenten dificultades de gestión durante el desarrollo de la consulta previa, cuando lo solicite el Gerente de los PINE. En estos casos se convocarán las instancias requeridas y, si se considera conveniente, un comité de respuesta inmediata.
- c. Cuando el Comité Técnico o el Gerente de los PINES consideren conveniente asignar a ciertas entidades tareas específicas sobre asuntos que no son objeto de consulta, pero que favorecen la dinamización de la misma.

CAPÍTULO II

CERTIFICACIÓN DE PRESENCIA DE COMUNIDADES ÉTNICAS

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

El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER - suministrará oportunamente a la Dirección de Consulta Previa la información actualizada relativa a los resguardos legalmente constituidos, y en proceso de constitución, de comunidades indígenas y de títulos colectivos de comunidades negras.

No obstante, el INCODER conservará la potestad de certificación en asuntos ajenos al ámbito de la consulta previa.

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

Artículo 5. Oportunidad para la solicitud de certificado de presencia de comunidades étnicas. Las entidades públicas o ejecutores de los POA que requieran la certificación de presencia de comunidades étnicas elevarán la solicitud en los siguientes momentos, según el sector de que se trate:

- a. Hidrocarburos - La Agencia Nacional de Hidrocarburos y/o el titular del contrato, solicitará la certificación una vez se hayan adjudicado y suscrito los contratos de las áreas hidrocarburíferas ofrecidas en los procesos competitivos o de asignación directa.

- b. Transmisión de energía - La Unidad de Planeación Minero Energética solicitará la certificación una vez se adopte mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía, las obras definidas en el Plan de Expansión de la UPME.
- c. Generación de Energía - El ejecutor del POA, solicitará la certificación a partir de la inscripción en fase 2 del registro de proyectos de generación de la UPME.
- d. Infraestructura - Las entidades del sector solicitarán la certificación una vez se publiquen en el SECOP la contratación de los estudios o estructuraciones de los proyectos o cuando el proyecto ha sido declarado de utilidad pública o de interés social.

El Gobierno Nacional podrá definir la pertinencia de establecer momentos específicos de solicitud de certificado de presencia de comunidades étnicas en otros sectores.

Artículo 6. Información necesaria para expedir la solicitud de certificación de presencia de comunidades étnicas. Para la expedición del certificado de presencia de comunidades étnicas, la Dirección de Consulta Previa requerirá de la entidad responsable del POA o del ejecutor del proyecto, la descripción del proyecto y su área de influencia.

La Dirección de Consulta Previa podrá solicitar otros insumos que se requieran para adelantar el proceso de certificación.

Artículo 7. Entidades encargadas de suministrar la información para la identificación de presencia de comunidades étnicas. Para la identificación de presencia de comunidades étnicas, la Dirección de Consulta Previa se valdrá, entre otras, de la información suministrada por las siguientes entidades:

- a. El INCODER suministrará de manera expedita a la Dirección de Consulta Previa las bases de datos sobre resguardos indígenas y títulos colectivos de comunidades negras. No será necesaria una certificación adicional por parte del INCODER.
- b. Las autoridades municipales o distritales proveerán a la Dirección de Consulta Previa de información sobre el carácter urbano o rural de un predio según el Esquema de Ordenamiento Territorial, Plan Básico de Ordenamiento Territorial o Plan de Ordenamiento Territorial del respectivo municipio o distrito.

La Dirección de Consulta previa podrá acudir a la verificación de campo, cuando la información suministrada por otras entidades o por el ejecutor de la POA no sea suficiente para determinar la presencia de comunidades étnicas.

La información solicitada por la Dirección de Consulta Previa será atendida por las demás instituciones del estado de manera expedita.

Artículo 8. Reuniones previas. La puesta en marcha del Protocolo en cada caso concreto, no impide la celebración de reuniones con los sectores concernidos, convocadas por los diferentes ministerios o por el gerente de los PINES, destinadas a debatir los alcances y consecuencias del proyecto.

CAPÍTULO III

COORDINACIÓN Y PREPARACION DE PRECONSULTA Y CONSULTA

Artículo 9. Reunión de coordinación. Una vez certificada la presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia del POA, y previo a iniciar el contacto con ellas, la Dirección de Consulta Previa podrá realizar una reunión de coordinación entre las distintas entidades públicas y organizaciones involucradas con el fin de determinar el plan de trabajo y de optimizar los recursos para la realización de la consulta.

Si se trata de un proyecto PINE, la coordinación la dirigirá el gerente del comité técnico del sector correspondiente.

Artículo 10. Convocatorias. La Dirección de Consulta Previa es la autoridad encargada de realizar las convocatorias y de dirigir las reuniones de consulta previa.

La Dirección de Consulta Previa dirigirá las reuniones del proceso de consulta, garantizará la participación de todos los sujetos involucrados y buscará, en lo posible, la suscripción de acuerdos entre las autoridades, los responsables del POA y las comunidades étnicas.

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

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

Artículo 11. Intervención de la autoridad ambiental competente en la consulta previa. La autoridad ambiental competente deberá participar en aquellas reuniones del proceso de consulta previa en que se prevea la identificación de impactos y medidas de manejo de aquellos proyectos para los que se deba expedir licencia ambiental.

CAPÍTULO IV
SEGUIMIENTO

Artículo 12. Comité de seguimiento. Con la protocolización de la consulta previa se dispondrá la creación de un Comité de Seguimiento que estará integrado, entre otros, por la Dirección de Consulta Previa, el ejecutor del proyecto, los organismos de control, autoridades ambientales y los representantes de las comunidades.

El comité tendrá a su cargo la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en la consulta. Para estos efectos deberá reunirse periódicamente con la comunidad étnica consultada.

Una vez el Comité de Seguimiento verifique el cumplimiento de los compromisos de la consulta, solicitará a la Dirección de Consulta Previa que convoque a las partes a la Reunión de Cierre de Consulta Previa.

Artículo 13. Vigencia. El presente decreto rige a partir de su publicación.

PÚBLIQUÉSE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C., a los 20 días del mes de noviembre de 2013

EL MINISTRO DEL INTERIOR,
AURELIO IRAGORRI VALENCIA

EL MINISTRO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL,
RUBÉN DARÍO LIZARRALDE MONTOYA

LA MINISTRA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE,
LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR

Esta obra se terminó de imprimir
en abril de 2014
en los talleres de digitales de
GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ S.A.S.
Cra. 69 Bis # 36-20 Sur
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá, D.C. - Colombia

