

INFORME DEFENSORIAL

Garantía y Protección del Derecho Fundamental a la Consulta
Previa y el Consentimiento Libre, Previo e Informado de los
Pueblos y Comunidades Étnicas en Colombia



Defensoría
del Pueblo

COLOMBIA



INFORME DEFENSORIAL

**Garantía y Protección del Derecho
Fundamental a la Consulta Previa y el
Consentimiento Libre, Previo e Informado
de los Pueblos y Comunidades Étnicas en
Colombia**



Agosto de 2020

Carlos Alfonso Negret Mosquera

Defensor del Pueblo

Jorge Enrique Calero Chacón

Vicedefensor del Pueblo

Juan Manuel Quiñones Pinzón

Secretario General

Alfredo Vargas Abad

Director Nacional de Promoción y Divulgación de Derechos Humanos

Jaime Alberto Escruceria de la Espriella

Defensor Delegado para los Grupos Étnicos

Juan Pablo Muñoz Onofre

Profesional de la Delegada para los Grupos Étnicos encargado de la elaboración del Informe

Defensorías delegadas que prestaron su colaboración:

Delegada Para los Derechos Colectivos y el Medio Ambiente

Delegada para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales

Delegada para Asuntos Agrarios y de Tierras

Tabla de contenido

Siglas	8
Presentación	10
Introducción	12
Capítulo I.	
Naturaleza y contenido del derecho a la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado	16
1.El Estado y los pueblos y comunidades étnicas: la consulta previa y su conexidad con otros derechos fundamentales	19
2. Los principios orientadores del derecho a la consulta previa	27
3. Medidas objeto de consulta	40
4. Criterios y subreglas para el desarrollo adecuado de la consulta previa	49
5. Los actores intervinientes en la consulta previa	58
6. La magistratura moral y el derecho a la consulta previa	60

Capítulo II.

Garantía y ejercicio del derecho a la consulta previa en Colombia	60
1. Panorama actual del derecho a la consulta previa	63
2. Desafíos para la garantía y el ejercicio del derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades étnicas	77
2.1. Territorialidad étnica y consulta previa	78
2.2. Consulta previa, autonomía y diversidad étnica y cultural	95
2.3. Consentimiento libre, previo e informado	106
2.4. Conflicto, reparación integral y consulta previa	113
2.5. Institucionalidad y proceso de Consulta previa	119
3. Normas legales o reglamentarias, guías o protocolos sobre la garantía y el ejercicio del derecho a la consulta previa	134
3.1. Deber de consultar las normas sobre la consulta	134
3.2. Proyectos de ley estatutaria	136
3.3. Mandatos, normas y protocolos propios de los pueblos étnicos	143
Conclusiones y recomendaciones	146
Referencias	156

Siglas

ANLA: Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CLPI: Consentimiento Libre, Previo e Informado

CORTE IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CP: Constitución Política de Colombia

DAIRM: Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior

DCP: Dirección de Consulta Previa

DANCP: Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa

DIMAR: Dirección General Marítima

ICANH: Instituto Colombiano de Antropología e Historia

MPCI: Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas

OIT: Organización Internacional del Trabajo

ONIC: Organización Nacional Indígena de Colombia

ONU: Organización de las Naciones Unidas

OPIAC: Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana

OXFAM: Oxford Committee for Famine Relief

PIA: Pueblos Indígenas Aislados

PIRCPCI: Planes Integrales de Reparación Colectiva para Pueblos y Comunidades Indígenas

PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

RELATORÍA ONU: Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Naciones Unidas

SU: Sentencia de Unificación

T: Sentencia de Tutela

C: Sentencia de Constitucionalidad

UNP: Unidad Nacional de Protección

Presentación Informe Defensorial

Garantía y Protección del Derecho Fundamental a la Consulta Previa y el Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos y Comunidades Étnicas en Colombia

La garantía y protección de la diversidad étnica, cultural y biológica comporta una misión de primer orden en la agenda de los derechos humanos del país y de la Defensoría del Pueblo, tarea que la convoca como la institución nacional de derechos humanos. En este sentido, la entidad ha empeñado su capacidad y esfuerzos en velar por la garantía, el respeto y la efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y del pueblo Rom.

Ello, teniendo en cuenta los diferentes desafíos a los que se ven abocados los pueblos y comunidades étnicas, por cuenta del desconocimiento y la vulneración persistente de sus derechos.

Especial atención y carácter urgente adquieren hoy la protección de la vida e integridad de los integrantes de estos pueblos, y sus líderes; el respeto a sus derechos sobre sus territorios ancestrales, el respeto a las garantías para el ejercicio de su derecho a la autonomía y para decidir sobre sus propios destinos, asuntos y prioridades; así como para su participación en los asuntos públicos y en aquellas medidas que puedan afectarlos.

A través de esa mirada integral, universal e interdependiente de los derechos humanos de los pueblos y comunidades étnicas, este informe defensorial se aproxima al estado actual y a los desafíos para la garantía y protección del derecho fundamental de los pueblos étnicos a la Consulta Previa y al Consentimiento Libre, Previo e Informado.

Lo anterior con el propósito de visibilizar, advertir y recomendar al Gobierno Nacional sobre los aspectos que resultan claves y determinantes para el cabal y oportuno cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales y constitucionales relativas a este derecho.

Para la Defensoría del Pueblo resulta especialmente satisfactorio entregar hoy este insumo a los pueblos y comunidades étnicas, a la ciudadanía en su conjunto, a la institucionalidad y a los diferentes sectores de la sociedad.

Con este informe espero contribuir a enriquecer y dotar con elementos adecuados a los estándares de protección de los derechos humanos en esta materia.



CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA
Defensor del Pueblo

Introducción

La Defensoría del Pueblo es la institución del Estado Colombiano con deberes y facultades constitucionales relativas a la promoción, divulgación, protección y defensa de los derechos humanos en Colombia. Esta cumple con sus funciones conforme a lo establecido en los artículos 282 y 283 de la Carta Política de 1991, la Ley 24 de 1992 y el Estatuto Legal reformado por el Decreto Ley 025 de 2014, «por el cual se modifica la estructura orgánica y se establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo».

Esta misión de vigilancia al respeto y a la garantía efectiva de los derechos humanos reconocidos a todas las personas, sujetos colectivos y de especial protección constitucional, la adelanta la Defensoría del Pueblo en el caso de los pueblos indígenas, las comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y el pueblo Rom, en atención a las disposiciones como el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales del año 1989 (en adelante Convenio 169 de la OIT); la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante Declaración ONU de 2007); la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pue-

blos Indígenas de 2016; la Constitución Política de 1991, entre otros los artículos 1, 2, 5, 7, 8 10, 13, 70, 329 y 330; la jurisprudencia constitucional e interamericana y demás que, entre otros, sustentan los derechos especiales de los pueblos y comunidades étnicas, como el de consulta previa, establecido en ambos instrumentos internacionales e integrado al bloque de constitucionalidad.

En sus funciones de vigilancia frente a la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos y conforme a lo expresado por la Corte Constitucional en algunas de sus sentencias sobre el debido rol de los organismos de control en la garantía de los derechos de los pueblos y comunidades étnicas, la Defensoría del Pueblo viene empeñando esfuerzos en el seguimiento y acompañamiento al ejercicio de su derecho a la consulta previa, tanto de medidas legislativas como administrativas, que puedan generarles una afectación.

El presente informe busca recoger las reflexiones, los aprendizajes y las experiencias que en el marco de tal labor ha acumulado la Defensoría del Pueblo. Lo anterior es el resultado del ejercicio adelantado, desde hace más de veinte años, por la Delegada para los Grupos Étnicos (otrora, Delegada para Indígenas y Minorías), y la siempre muy dispuesta colaboración de las demás Defensorías delegadas y, en particular, aquellas de los Derechos Colectivos y Ambientales, de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y ello a través de los equipos de trabajo en sede nacional y de Defensorías Regionales, así como de defensores comunitarios en años pasados y, más recientemente, de profesionales de apoyo en asuntos étnicos promovidos por la Defensoría Delegada de Grupos Étnicos.

La metodología empleada para el desarrollo del presente informe es de carácter cualitativo. La misma incorporó, por un lado, la revisión de fuentes primarias: información del archivo documental de la Delegada para los Grupos Étnicos sobre actuaciones o intervenciones de esta y de la Defensoría del Pueblo a través de sus oficinas regionales, en el marco de la garantía y protección al derecho fundamental a la consulta previa; información suministrada por el Ministerio del Interior; informes, actas, normas jurídi-

cas y sentencias; así como documentos, comunicados y pronunciamientos de las organizaciones étnicas. Como parte de las fuentes secundarias, se hizo una revisión de abordajes académicos.

Considerando que la Defensoría es un ente garante del goce efectivo de los derechos humanos, las reflexiones y análisis críticos son también el resultado de un acumulado de experiencias en la labor defensorial de la magistratura moral, en el marco del ejercicio de este derecho de los pueblos y comunidades étnicas. En adición a ello, este informe tiene, como uno de sus antecedentes, el documento «Actuación de la Defensoría del Pueblo en consulta previa de obras, proyectos y actividades. Protocolo de actuación para la protección de los derechos de los grupos étnicos», elaborado por la Dra. María del Pilar Valencia G. en el año 2016, con arreglo a un trabajo de documentación en región.¹ Lo anterior, en el marco del cumplimiento al convenio suscrito entonces entre la Defensoría Delegada para los Grupos Étnicos y el programa de Afrodescendientes e Indígenas de USAID, ejecutado por ACIDI/VOCA, y conforme al cual se implementó un proyecto de fortalecimiento institucional con énfasis en el conocimiento y apropiación de los diferentes aspectos sustanciales y de procedimiento que caracterizan el derecho a la consulta previa.

El informe parte del fundamento de la diversidad cultural legítimamente reconocida a los pueblos y comunidades étnicas del país y a través de la cual se materializa su expresión social, política, cultural, espiritual y su condición de sujetos titulares de derechos colectivos.

Con el mismo, se busca visibilizar la relevancia de proteger y garantizar sus derechos conforme lo establece el sistema normativo vigente del Estado Social, Democrático y Participativo Colombiano.

Así mismo, por ser declarada la emergencia sanitaria generada por la COVID-19, una situación que al momento de la culminación de este informe defensorial hacía ya evidentes sus implicaciones en los derechos humanos de los pueblos y comunidades étnicas, se incorporan en el mismo ciertos

¹ En particular en los departamentos del Chocó y Putumayo, y en la ciudad de Cartagena.

elementos de análisis y algunas recomendaciones relativas al ejercicio de su derecho a la consulta previa en este contexto, desde una perspectiva integral e interdependiente con sus demás derechos humanos.

Para estos efectos, este documento se compone de dos partes. La primera de ellas presenta el contenido actual del derecho fundamental de los pueblos y comunidades étnicas a la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado (CLPI) en Colombia, de acuerdo con el estándar de protección de este derecho que incorporan al día de hoy las normas nacionales e internacionales, la jurisprudencia constitucional e interamericana, y otros criterios de interpretación relevantes como los informes y recomendaciones emitidos por los Relatores Especiales sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Naciones Unidas (Relatoría ONU). Esta sección alude también a documentos oficiales de entidades con competencia en la materia, de las organizaciones étnicas, y sus abordajes académicos.

Por su parte, la segunda sección del informe se propone abordar la garantía y el ejercicio de este derecho de los pueblos y comunidades étnicas y deber del Estado, en los términos de su finalidad y con arreglo a su carácter interdependiente con otros de sus derechos como los de autonomía y sobre sus territorios. Finalmente, y de acuerdo a lo anterior, se presentan unas conclusiones y recomendaciones encaminadas al seguimiento por parte de esta entidad de ciertos aspectos del derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades étnicas que así lo requieren.

Capítulo I

Naturaleza y Contenido del Derecho a la Consulta Previa y el Consentimiento Libre, Previo e Informado

En estrecha relación con el reconocimiento del derecho de los pueblos y comunidades étnicas a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo (Auto 004/2009) y de los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales (Artículos 13, 14 y 15 del Convenio 169 de la OIT, 1989), el Convenio 169 de la OIT incorporó en su artículo 6° su derecho a participar y a ser consultados previamente, en relación con las medidas administrativas y legislativas que puedan afectarlos directamente. Ello, de buena fe, a través de procedimientos apropiados, de sus instituciones representativas y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento acerca de las medidas propuestas.

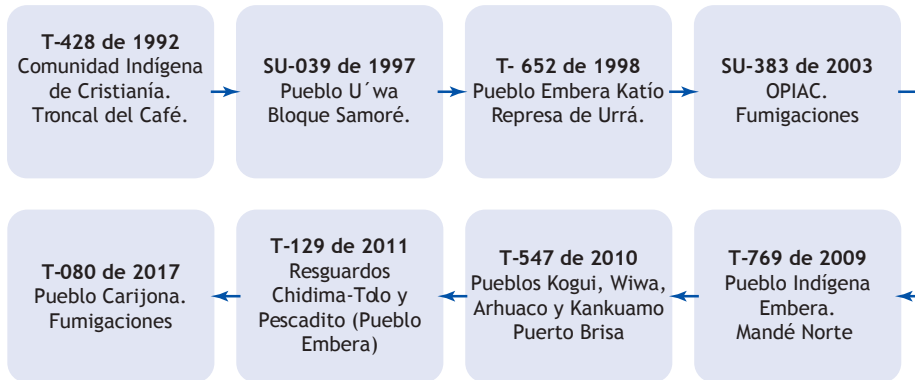
criterios y subreglas relativas a la garantía y cumplimiento del derecho fundamental a la consulta previa. Tras la consolidación en nuestro medio jurídico del precedente sobre este derecho de los pueblos y comunidades étnicas, y también sobre sus derechos territoriales y de autonomía, se encuentra la interpretación y aplicación del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con los alcances dados por la Corte Constitucional a los artículos 93 y 94 de la Carta, esto es, integrando al mismo aquellos instrumentos internacionales adoptados por Colombia en materia de derechos humanos, incluido el Convenio 169 de la OIT (Sentencia SU-383, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 2013).

Este mismo alto tribunal ha señalado que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de ese organismo el 13 de septiembre de 2007, se constituye en una fuente de derecho de la cual emana «la obligación de tomarla en consideración por el intérprete al momento de establecer el alcance de los derechos de los pueblos indígenas». Señala, entre otras razones, que la misma «precisa el contenido de un cuerpo normativo ya existente en el Convenio 169 de la OIT, otras normas de derechos internacionales, y el orden constitucional colombiano, a la vez que perfecciona y fortalece los estándares de protección de sus derechos» (Sentencias T-376/2012 y T-387/2013, Corte Constitucional).

Adicionalmente, la Corte Constitucional en varios de sus fallos ha incorporado los estándares de protección de estos derechos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH que son resultado de su labor interpretativa autorizada por la Convención Americana. En palabras de la Corte Constitucional, a la luz del mandato del artículo 93 de la Carta Política del año 1991, según el cual los derechos y deberes consagrados en ella deben interpretarse de acuerdo con los «tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia», las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana «constituye(n) un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales» (Sentencia de la Corte Constitucional C-010, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 2000).

Figura 1.

Sentencias sobre la consulta previa en medidas administrativas



La propia CIDH ha reconocido el importante papel de la Corte Constitucional en la protección de los derechos de los pueblos étnicos en Colombia y el desarrollo a instancias de la misma de una jurisprudencia singularmente rica y progresista sobre los derechos de participación, consulta y consentimiento libre, previo e informado, que incorpora estándares internacionales, tanto del sistema interamericano como del Convenio 169 de la OIT y la Declaración ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (Comisión de Derechos Humanos, Verdad, justicia y reparación:

Cuarto informe sobre la situación de derechos Humanos en Colombia, Doc. 49/13, 2013)

Esta jurisprudencia constitucional ha tenido también la importante labor de contribuir a la adecuación de la función legislativa y administrativa, así como al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, recurriendo, para ello, a la fuerza normativa de la Constitución Política.

Se considera de vital importancia para la garantía, el cumplimiento y ejercicio del derecho a la consulta previa, dar sistemática interpretación a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, afrodescendientes y del pueblo Rom, y estricto cumplimiento de las normativas y reglas judiciales que determinan su naturaleza, contenido y alcances.

Figura 2.

Sentencias sobre la consulta previa en medidas legislativas.



Fuente: Elaboración propia.

De acuerdo con ello, en este primer capítulo del informe se presenta el contenido normativo y judicial del derecho a la consulta previa en cuanto a su conexidad con otros derechos fundamentales, a los principios que la informan, al tipo de medidas administrativas y legislativas que han de ser objeto de la misma, a los criterios y subreglas para el desarrollo adecuado de tales procesos consultivos, a los actores que intervienen en los mismos, y al ejercicio de la magistratura moral en el marco de su garantía y cumplimiento.

1. El Estado y los pueblos y comunidades étnicas: la consulta previa y su conexidad con otros derechos fundamentales.

La diversidad étnica y cultural es un elemento esencial y punto de partida del modelo de Estado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la consulta previa. Lo anterior permite reconocer una doble condición de los pueblos y comunidades que son sus titulares. Por un lado, se les identifica como sujetos diversos étnica y culturalmente cuyo reconocimiento, además, «guarda armonía con los diferentes preceptos de la Consti-

tución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman» (Sentencia T-342, M.P. Antonio Barrera Carbonell, 1994) e incorpora derechos bioculturales (Sentencia T-622, 2016); por otro lado, se les reconoce como sectores vulnerables de la población, con riesgos de extinción física y cultural (Auto 004, 2009), y en atención a las correlativas obligaciones del Estado respecto de la adopción de medidas especiales para superar tales condiciones, y a efectos del goce efectivo de sus derechos.

Desde hace más de veinte años, bajo el nuevo orden constitucional, los pueblos y comunidades étnicas han sido reconocidos como sujetos colectivos de derechos que van más allá de la sumatoria de derechos individuales de sus miembros; en consecuencia, tales derechos fundamentales colectivos deben ser objeto de protección especial.²

El cuadro n.º 1 recoge algunos de los fundamentos que enmarcan las obligaciones del Estado con los pueblos y comunidades étnicas, así como el ejercicio de su derecho fundamental a la consulta previa.

Cuadro 1

Fundamento	Descripción
La concepción de la democracia participativa y pluralista.	La concepción de la democracia participativa y pluralista. Visión que reivindica la coexistencia de diversas formas de ver el mundo y propicia la activa intervención de todas las culturas para la construcción del Estado (<i>artículos 1 y 2, C. P., 1991</i>). En el caso de los pueblos y comunidades étnicas, habrá entonces formas particulares de participación, más allá de las que existen para todos los habitantes de nuestro país.

² En la sentencia T-380 de 1993, la Corte Constitucional definió como criterio de interpretación que: «(...) no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14). (...) El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural».

El principio de igualdad.	Este se concreta, por un lado, a través del carácter general de la ley y la prohibición de discriminación, y por otro lado en el deber de adoptar medidas especiales, de carácter favorable, frente a grupos vulnerables o personas en condición de debilidad manifiesta (<i>artículo 13, C. P., 1991</i>).³ Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que los derechos de los pueblos étnicos tocan diversas esferas del principio de igualdad: los mandatos de igualdad formal e igualdad de derechos para toda la población, propios del inciso primero del artículo 13; la igualdad material, en atención a los diversos factores de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, el respeto por la igualdad en las diferencias, derivado de los principios de diversidad cultural e igualdad entre culturas (<i>artículos 7 y 70, C.P., 1991</i>).⁴
La diversidad étnica y el principio de igualdad de culturas.	Prescribe el respeto y conservación de las diferencias culturales como elemento constitutivo de la nación (<i>artículo 7, CP, 1991</i>). Prohíbe imponer las formas de vida mayoritarias como las únicas válidas o como opciones prevalentes sobre la visión del mundo de los pueblos originario. Reconoce los diversos compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (<i>artículos 70 y 93, CP, 1991</i>).
El enfoque de diversidad y autodeterminación de los pueblos como criterio de interpretación y aplicación de las normas.	Este enfoque constituye un elemento imprescindible para una adecuada interpretación y aplicación de las normas. Se trata de principios asociados a la protección, garantía y el respeto de los derechos de las comunidades cultural o étnicamente diversas para definir sus opciones de vida y desarrollo en el marco del Estado Social de Derecho. De acuerdo con el Artículo 3 ° de la Declaración ONU de 2007, los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación y, en virtud de esta, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Su mayor expresión es el enfoque de diversidad y autonomía propio del Convenio 169 de 1989 de la OIT (<i>Ley 21 de 1991</i>), en particular conforme a sus artículos 5 y 7.⁵

3 Sentencia T-376, 2012.

4 Sentencia T-376, 2012.

5 El artículo 5 señala que «deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente». El artículo 7 señala por su parte que «(l)os pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que este afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y 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»

	El planteamiento central consiste en que los pueblos indígenas y tribales⁶ poseen vocación de permanencia y que los Estados deben respetar al máximo su derecho a definir sus prioridades y asuntos propios, como manifestación del principio de autodeterminación de los pueblos. Para el caso colombiano esta definición comprende también a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras⁷ y rom o gitanos.
El principio de progresividad.	De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-428 de 2012 <i>«el principio de progresividad prescribe que la eficacia y cobertura de las facetas prestacionales de los derechos constitucionales debe ampliarse de manera gradual, de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico»</i>.
La debida diligencia de los particulares y las empresas.	En la Sentencia T-256 de 2015, la Corte sostuvo que en proyectos de explotación a gran escala, los traslados y reubicaciones que se consideren necesario, deberán asegurar a la población todas las oportunidades para que su calidad de vida mejore, o se restaure en igualdad de condiciones a los niveles de habitabilidad que tenían antes del proyecto. Máxime si se tiene en cuenta que toda reubicación de una comunidad determinada produce impactos negativos sumamente significativos en la población afectada. Por lo anterior, durante la planeación, ejecución y evaluación del referido proceso se deben respetar y garantizar los derechos de participación, consulta y consentimiento previo, intercambio libre de información y resolución de quejas, entre otros. El plan de acción para el traslado y reubicación de comunidades impactadas por la explotación a gran escala debe contemplar la promoción y prevención del derecho al medioambiente y atendiendo las directrices del principio de desarrollo sostenible, del principio de proporcionalidad en derecho ambiental y del principio de solidaridad. En concordancia con lo anterior, en la Sentencia SU-123 de 2018, de forma específica la Corte reitera que <i>«aunque la responsabilidad esencial frente a la consulta previa es del Estado, eso no implica que los particulares, y en particular</i>

⁶ El Convenio 169 de la OIT hace referencia a «pueblos tribales en países independientes». En el contexto colombiano, el concepto de pueblos tribales se aplica a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y rom o gitanos, considerados como grupos étnicamente diversos (ver sentencias C-169/01 Unánime y C-461 de 2008).

⁷ Al respecto, en la Sentencia C-461 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) expresó la Corte: «4.3. Es importante precisar en esta oportunidad que los grupos étnicos titulares del derecho a la consulta previa cobijan, en Colombia, tanto a los grupos indígenas como a las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio. Las comunidades negras son grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente». Ver también, sentencia T-129/11, Auto 005 de 2009).

	<i>las empresas, no tengan deberes frente a este derecho fundamental», lo cual es a su vez una consecuencia del «reconocimiento por el derecho internacional de los derechos humanos de que las empresas tienen ciertas obligaciones frente a los derechos humanos, que no son equivalentes a las de los Estados pero que distan de ser menores e irrelevantes».</i> Por ello, la Corte recuerda que deben ser consultados asuntos o medidas que suponen afectación directa a los pueblos y comunidades étnicas, entre los que se encuentran cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo, si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido. Tal decisión se desprende de la incorporación jurisprudencial de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos «Principios Ruggie», avalados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.⁸ Así mismo, sobre este aspecto y retomado por esta misma providencia judicial, el Relator Especial para los derechos humanos y las libertades de los pueblos indígenas ha señalado el deber que tienen los Estados y las empresas de seguir los parámetros mínimos de debida diligencia para la garantía de los derechos de las comunidades indígenas, en particular, la consulta previa.⁹
--	---

Fuente: Valencia, 2016 & Sentencia SU-123 de 2018.

8 «(i) los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos, por ejemplo, contra violaciones cometidas por las empresas comerciales y otras terceras partes, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; pero que las (ii) las empresas deben respetar los derechos humanos, actuando con la debida diligencia para no vulnerarlos o contribuir a vulnerarlos; y que existe (iii) la necesidad de que sean establecidas vías de recurso efectivas para reparar las violaciones cuando se producen. El Principio 17 de esta Declaración, relativo a “la debida diligencia en materia de derechos humanos”, señala que sobre estos, las empresas deben proceder con la debida diligencia, a fin de identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades» (Sentencia SU-123 de 2018).

9 Informes A/HRC/15/37 del 19 de julio de 2010 y A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012 «Específicamente, de acuerdo con los informes del Relator, existen dos tipos de responsabilidades: (a) los deberes generales; y (b) la configuración del estándar mínimo de la protección de las comunidades indígenas (estándar debida diligencia). En todo caso, para la definición de estos asuntos, son determinantes (i) el deber de debida diligencia en el reconocimiento, (ii) el deber de diligencia sobre las tierras, territorios y recursos naturales, y (iii) el deber de diligencia en consultar incorporados en el referido informe.»

Este derecho ha sido reiterado en sentencias como las T-428 de 1992, T-342 de 1994, T-007 de 1995, SU-039 de 1997, SU-510 de 1998 y T-652 de 1998.

Ahora bien, la consulta previa encuentra además conexidad con otros derechos fundamentales que reiteradamente han sido protegidos en la jurisprudencia relativa a este derecho. En primera medida, ha de señalarse, esta se encuentra vinculada con el derecho fundamental a la subsistencia, el cual emana directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución. El mismo es la versión colectiva de un derecho que tradicionalmente había sido consagrado como individual; su respeto impide, además, la desaparición forzada (vía genocidio o etnocidio).¹⁰

Por otro lado, este derecho fundamental encuentra conexión con la identidad e integridad cultural, derecho que se expresa a través de la denominación propia, de la lengua, las creencias y formas de vida que identifican a un pueblo o comunidad. Sobre el particular es necesario anotar que las transformaciones y el deterioro de los territorios y del medioambiente inducen a la desestabilización y conducen al riesgo de extinción de las comunidades que, por efectos de tales transformaciones, ven afectados sus estilos de vida, los cuales expresan sus valores, creencias, actitudes y conocimientos. De allí que el respeto a la integridad cultural sea tan importante.

Ha de buscarse, pues, un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia de las comunidades étnicas implicadas. Así mismo, resulta pertinente aclarar que, cuando se habla de cultura, no se está haciendo referencia únicamente a los patrones ancestrales, sino a las nuevas prácticas que se van incorporando y van siendo asumidas por un pueblo o comunidad determinada, y que constituyen además factor de cohesión, tal como lo advierte la Corte Constitucional al señalar que *«la identidad étnica diferenciada no está condicionada a la petrificación de una sociedad o cultura»*.¹¹

La consulta previa se encuentra estrechamente relacionada también con la garantía y realización de los derechos territoriales, como al desarrollo propio y a la diferencia. En relación con los primeros, como derecho igualmente

¹⁰ Este derecho ha sido reiterado en sentencias como las T-428 de 1992, T-342 de 1994, T-007 de 1995, SU-039 de 1997, SU-510 de 1998 y T-652 de 1998.

¹¹ Sentencia T-376/12, M.P. María Victoria Calle. Se señala allí además que «este derecho comprende también la posibilidad de recrear costumbres o modificarlas en el tránsito de la vida social de una comunidad afrodescendiente o pueblo indígena, pues se trata de un aspecto cobijado por el derecho a la autodeterminación de los pueblos aborígenes y tribales».

te fundamental, consiste en el reconocimiento a la interdependencia entre las comunidades y el territorio entendido como el ámbito que garantiza, a su vez, el derecho a la vida como sujetos colectivos (Sentencia T-380, 1993). La Corte Constitucional ha señalado que el derecho de los pueblos indígenas al territorio comprende aquellos relativos a la constitución de resguardos, la protección de áreas de especial importancia ritual y cultural, «incluso si están ubicadas fuera de los resguardos»; a disponer y administrar sus territorios; a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables allí existentes; a la protección de las áreas de importancia ecológica y a ejercer la autodeterminación y el autogobierno (Sentencia T-009 de 2013).

Por su parte, en relación con los segundos, algunos autores como Esther Sánchez Botero en su libro *Los Pueblos Indígenas en Colombia. Derechos, políticas y desafíos* (UNICEF, Bogotá 2009) lo señalan como el derecho a la distintividad y, por tanto, a ser diferentes y diluir la homogenización orientada a disolver la identidad cultural y la diversidad. El respeto a la diferencia conlleva, a su vez, el derecho a decidir los estilos de vida y aspiraciones de bienestar conforme a los patrones derivados de las particularidades culturales de cada pueblo, en contraposición a la tendencia homogenizante de la cultura occidental.

La consulta previa se vincula de igual manera con el derecho a la autonomía que, de conformidad con el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, comprende el derecho de los pueblos étnicos a decidir sobre las propias prioridades de desarrollo cuando quiera que este afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera. Otros modos de expresión del derecho a la autonomía se expresan en las formas de organización social y política propias; los mecanismos y procedimientos para la toma de decisiones; el derecho propio con sus distintas denominaciones, por ejemplo: Ley de Origen, Derecho Mayor, Derecho Consuetudinario, etc.; los protocolos o reglamentos propios sobre implementación de la consulta previa; la definición de sus planes de etno-desarrollo, planes de vida, planes y reglas de manejo territorial; entre otros.

Por su parte, el derecho de los pueblos y comunidades étnicas a la consulta previa es también expresión de tres derechos estrechamente vinculados como son la participación, el acceso a la información y el debido proceso.

Así, por una parte, el artículo 40 de la Constitución, en su numeral 2, establece el derecho de participación de todos los ciudadanos en los asuntos que los afecten, garantía que se ve reforzada en el caso de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, por su relación con otros mandatos constitucionales. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que, en los términos de la Carta de 1991, este derecho se expresa en el caso de estos pueblos a través de dos modalidades: una de carácter general y otra en relación con las medidas que los puedan afectar directamente.

En virtud de la primera de ellas, la Corte ha señalado, los pueblos indígenas como pueblos diferenciados «tienen el derecho a participar en la definición de las políticas estatales en el mismo grado que los demás ciudadanos» (Preámbulo y artículos 1, 2, 40 y 103 de la Constitución Política, 1991), mientras que su derecho a la participación en los eventos de la segunda hipótesis exige al Estado el deber de adelantar *«un procedimiento particular de consulta previa a dichas comunidades como requisito necesario para garantizar la preservación de su identidad diferenciada»* (Sentencia C-366, 2011). Esta última modalidad ha sido fortalecida por el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política que ordena al Estado garantizar la participación de las comunidades indígenas previa a la explotación de recursos naturales en sus territorios.

Esta obligación se enmarca en un amplio conjunto de potestades asociadas a la protección y promoción de la autonomía en materia política, económica y social, y al ejercicio del derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras y territorios colectivos, tal y como lo prevé el Convenio 169 de la OIT y la Declaración ONU de 2007. El derecho se refuerza aún más con el doble blindaje de enfoque diferencial étnico frente a los sujetos de especial protección constitucional. Es decir que los niños, las mujeres, personas con discapacidad tienen derecho a expresarse y sus opiniones ser tenidas en cuenta por los tomadores de decisiones.¹²

¹² Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 4 y 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y artículo 3 del Convenio 169 de la OIT.

Por su parte, ligado al principio de la buena fe, en el sentido de que la comunidad étnica susceptible de ser afectada debe conocer la totalidad de la información relativa a la decisión que se vaya a adoptar, se encuentra el derecho a la información. Esta debe ser entregada oportunamente y en términos comprensibles para las comunidades. Es de público conocimiento que muchos proyectos manejan tecnicismos que ni siquiera una persona del común en la sociedad nacional puede comprenderlos. Para ello se requeriría, no solamente contar con un intérprete, sino con acompañamiento de personal experto y técnico de confianza para la comunidad.

Finalmente, y con arreglo al artículo 29 de la Constitución Política, el derecho al debido proceso se concreta en la consulta previa cuando se garantizan las condiciones de igualdad y se cumplen los requisitos previstos en el bloque de constitucionalidad. Este derecho comprende la convocatoria adecuada con la participación de todos los miembros de la comunidad y a través de los mecanismos apropiados (según usos y costumbres de cada cultura) cuando se da a conocer el proyecto en su totalidad, cuando los procesos de concertación se dan en condiciones de igualdad y cuando, al final, se tiene en cuenta la voluntad expresada por las comunidades. Este derecho se desarrolla a través del cumplimiento de las subreglas en todas las fases de la consulta previa que han sido determinadas por la Corte Constitucional para su adecuada implementación.

2. Los Principios orientadores del derecho a la consulta previa

Atendiendo a los requisitos y principios consagrados en el Convenio 169 de la OIT, en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y observando normas, mandatos o protocolos internos de las propias comunidades, pueden enunciarse como principios orientadores para la garantía del derecho a la consulta previa, entre otros, los siguientes:

- Buena fe.

En su artículo 83 la Constitución Política establece que «*[L]as 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 aquellos adelanten ante esta*». Por su parte, tal como lo expresa la Resolución 048¹³ del Resguardo de Cañamomo y Lomprieta sobre consulta previa, este principio consiste en:

Hablar con la verdad y con el propósito de ser seres éticos y transparentes en las actuaciones como sujetos de diferentes posturas que nos convoca la relación común en sociedad. Este principio se asocia al deseo de hacer el bien al otro y evitar hacerle daño por las acciones conscientes o previsibles de nuestros propios actos. Por tal razón, cualquier acción que conlleve a un engaño, una mentira, una verdad a medida, una trampa, el uso de influencias y ocultar la información, será entendida como una violación a este principio y podrá invalidar el proceso de consulta y consentimiento previo, libre e informado.

- Representatividad y legitimidad.

Mediante este principio se garantiza que las comunidades o pueblos estén debidamente representados, a través de sus interlocutores válidos, de conformidad con sus propios patrones de representación, vocería y reconocimiento de los pueblos a quienes representan. La propia OIT ha definido este principio como «un componente esencial de la obligación de consulta», advirtiendo que «*si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio*» (Convenio 169, Ginebra, 2003, p. 16).

- Oportunidad.

La consulta debe realizarse con la debida anticipación a la toma de las de-

¹³ «Por medio de la cual se establecen y reglamentan los protocolos propios de consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado».

cisiones y a la realización de las obras, programas o proyectos que pretendan realizarse. La aplicación de este principio garantiza el cumplimiento del carácter previo de la consulta y el efectivo derecho a la participación. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, se dice expresamente que la consulta previa *«debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada, la participación de las comunidades étnicas no tendría utilidad alguna en la medida en que no podrían influir en el proceso decisorio»* (Sentencia C-187 de 2011).

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado igualmente que el derecho fundamental de los pueblos y comunidades étnicas a la consulta previa tiene también un carácter reparador en aquellos casos en los que, bajo su conocimiento y revisión, ha determinado que se ha consumado una medida inconsulta, a pesar de generar las mismas afectaciones directas sobre un pueblo o comunidad étnica.

Retomando sus consideraciones en las sentencias T-652 de 1998, T-693 de 2011 y T-969 de 2014, el alto tribunal lo expresó de la siguiente manera en la Sentencia T-080 de 2017:

El derecho fundamental a la consulta no solo establece su realización de forma previa o anterior al desarrollo de un programa o proyecto estatal, sino también implica la obligación de realizarla aun cuando, después de ejecutado el plan o proyecto, este se ha perfeccionado sin consentimiento de la comunidad étnica afectada ya sea con fines de participar en la implementación del mismo o de obtener una reparación o compensación por los daños causados y de esta manera, proteger su integridad física, cultural y espiritual.

•Publicidad y transparencia.

En concordancia con la buena fe y el carácter previo de la consulta, significa este principio que se debe aportar toda la información con un lenguaje claro y sencillo con todos los elementos en pro y en contra para que de

manera objetiva la comunidad o comunidades involucradas puedan de manera consciente fijar su posición, tomar sus determinaciones y concertar las condiciones de tiempo, modo y lugar en todas las fases de la consulta.

La Corte Constitucional ha señalado tres funciones que debe cumplir el principio de publicidad. Una de carácter político para garantizar la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos como sujetos colectivos. Así mismo, se le atribuye una función instrumental que materializa el ejercicio de otros derechos constitucionales ya que permite conocer las condiciones necesarias para su realización, el ejercicio de los derechos humanos y, en especial, de los derechos de libertad e igualdad política que tienen como presupuesto indispensable el acceso a la información. Desde esta perspectiva, el de la publicidad es un principio rector de las actuaciones administrativas que permite que los interesados impugnen los actos administrativos en los tiempos previstos en nuestro ordenamiento legal. Finalmente, la publicidad cumple la función de mecanismo de control, pues la transparencia y la publicidad de la información pública son dos condiciones necesarias y garantías de la lucha contra la corrupción (Sentencia C-214 de 2013).

• Pluralismo jurídico.

De acuerdo con la Constitución Política, el Estado colombiano se organiza *«en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (...)»*. Sobre este último principio y rasgo del Estado, la Corte Constitucional ha señalado que la apertura del ordenamiento constitucional de 1991 al pluralismo tiene por los menos tres dimensiones, al haber sido el reflejo de una sociedad que *«(i) admite y promueve de manera expresa el hecho de la diversidad (artículo 7º Superior); (ii) aprecia de modo positivo las distintas aspiraciones y valoraciones existentes hasta el punto de proteger de modo especial la libertad religiosa, de conciencia y pensamiento así como la libertad de expresión; y (iii) establece los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de la diferencias vigentes en un momento determinado»* (Sentencia T-388 de 2009).

Este principio está recogido así mismo, entre otros, en el artículo 8° del Convenio 169 de la OIT referente al respeto por sus costumbres y derecho propio, y a la obligación de establecer mecanismos de coordinación en caso de que ello suscite conflictos. Así mismo, este principio guarda concordancia con otras disposiciones de esta norma sobre el deber de respetar las instituciones y formas de gobierno de cada pueblo. En adición a ello, el pluralismo jurídico se refuerza mediante el artículo 5° del mencionado Convenio en el sentido de que los pueblos tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales; incluye, además, su potestad y derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

• Libre determinación.

Al mismo tiempo que es un principio, es un derecho, el cual consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades para decidir sus propias opciones de vida, tener sus propias opciones políticas, y representar libremente a sus comunidades en los espacios de decisión del Estado. Este es un derecho considerado fundante y, por tanto, de máxima jerarquía.¹⁴ En virtud de este principio, tienen el derecho a definir libremente su condición política y persiguen su desarrollo económico, social y cultural, así como la autonomía y autogobierno en lo relacionado con sus asuntos internos y locales. Dice expresamente la Declaración ONU de 2007 en su artículo 4° que los pueblos indígenas tienen derecho a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

Es preciso señalar, igualmente, que el Convenio 169 de la OIT en su artículo 4° expresa que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente de los pueblos interesados. Manda esta norma que tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. Como otros expuestos, aquí se

14 La Declaración ONU de 2007 reconoce en su preámbulo «que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural» y tiene presente «que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional».

le menciona como principio, mientras que en las subreglas se desarrollará como requisito de la consulta previa.

•No discriminación.

En aplicación directa del Convenio 169 de la OIT y en concordancia con la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los pueblos y comunidades étnicas gozan de iguales derechos que el resto de la población y (i.2) el goce de sus derechos especiales, asociados a la diversidad étnica, no debe convertirse en obstáculo para el ejercicio de los demás derechos humanos. Este derecho, a su vez, es el piso mínimo para el goce efectivo de derechos; lo cual significa que la normatividad especial puede ser más garantista, pero nunca restrictiva de derechos.

•Pro hómíne.

Bajo este principio, se impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos, es decir, a la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales con fundamento en los artículos 1º y 2º de la Constitución Política. Aplicado a la consulta previa, si existiese duda en cuanto a la aplicación de este derecho fundamental, se aplicará la norma más garantista para los pueblos étnicos. Por tanto, deben aplicarse desde los trámites preliminares, esto es, se debe identificar si existen comunidades directa o indirectamente afectadas por la decisión, obra, proyecto o actividad.

En el desarrollo de la etapa previa y/o en el cumplimiento de las subreglas se irá despejando dicha duda que precisamente conduce a cumplir el objetivo de la consulta previa; esto es, determinar si existe o no un grado de afectación, el alcance de la misma y los acuerdos que sean pertinentes. A este respecto, señaló la Corte Constitucional en la Sentencia T-129 de 2011 lo siguiente:

ticipación de las comunidades étnicas en la construcción de la misma, y que 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.

Debe anotarse que este mismo principio para el caso de las comunidades en riesgo o víctimas del conflicto armado, se conoce como el principio pro víctima.

•Precaución.

Este es un principio general de las normas internacionales sobre medioambiente¹⁵, más aún considerando que buena parte de los programas, proyectos y actividades comprometen el derecho al territorio. Consiste en que, en caso de existir dudas sobre los impactos de una obra, proyecto o actividad sobre el medioambiente, y no existiendo una prueba científica completa sobre su inocuidad, constituye un deber la adopción de medidas protectoras (Convenio de Diversidad Biológica, Ley 99 de 1993).

Al respecto, ha de señalarse, igualmente, que la Corte Constitucional, invocando un deber de precaución, amparó en la Sentencia T-530 de 2016 los derechos del Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta sobre su territorio frente a las actividades de explotación de sus recursos naturales hasta tanto el mismo no sea delimitado. De acuerdo con lo señalado por el alto tribunal, tal *«deber de precaución está justificado por el especial carácter que reviste el territorio para las comunidades indígenas pues de él derivan su sustento económico, social y cultural y en él se materializan sus derechos fundamentales»*. A partir de allí, se advirtió en esta providencia que, en el caso de este resguardo de origen colonial, *«es necesario que las distintas instituciones del Estado desplieguen sus competencias con el propósito de garantizar en la mayor medida posible la integridad del mismo, hasta tanto no sea delimitado y titulado definitivamente»*, advirtiendo al tiempo que *«abstenerse de otorgar licencias en un territorio que está siendo objeto de delimitación y titulación para*

15 «(la) Ley 1333 de 2009, establece su aplicación por presunción de culpa o dolo del infractor, asignándole a dichas medidas preventivas la función de prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medioambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana (...)» (Sentencia C-703/10).

beneficio de una comunidad étnica es una obligación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos» (Sentencia T-530, 2016).

•Prevención.

En aplicación de este principio, en caso de riesgo de afectación al derecho para la vida e integridad de las comunidades se agrava su condición de vulnerabilidad. Por tanto, el proceso de consulta no puede iniciarse o debe suspenderse mientras se eliminan tales riesgos y se dan las garantías para el ejercicio pleno del derecho fundamental a la consulta previa. Así lo reconocen los Autos 004 y 005 de 2009 mediante los cuales se precisaron los rasgos del estado de cosas inconstitucional para las víctimas pertenecientes a comunidades étnicas. La realización de obras y proyectos se constituye en uno de los factores subyacentes y vinculados al conflicto armado que agrava las condiciones de vulnerabilidad:

El riesgo agravado de afectación del derecho a la participación y del debilitamiento de las organizaciones comunitarias y del mecanismo de consulta previa... (una de sus consecuencias) ...es la imposibilidad de desarrollar una vida común en el territorio que los identifica como colectividad, también debilita las estructuras sociales y políticas que les impiden ejercer su derecho a la consulta previa como mecanismo para la protección de sus derechos colectivos. (Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2014, p. 20)

En adición a lo anterior, hace parte como orientador de los procesos consultivos el principio de prevención sustentado en el deber del Estado del artículo 80 superior, de acuerdo con el cual este «planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución». Tal principio encuentra relación igualmente con los estudios, que de manera cooperada con los pueblos y comunidades étnicas, contempla el numeral 3 del artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, que han de adelantar los gobiernos con el objetivo de «*evaluar la incidencia que social, espiritual y cultural y sobre el medioambiente*

que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos», advirtiéndolo a continuación que «(l)os resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas».

Una evaluación integral de impactos habrá de contemplar igualmente la visión propia de la territorialidad étnica, razón por la cual se considera que han de ser igualmente evaluados los impactos que se acumulan en el tiempo y el territorio, y que son ocasionados por diferentes tipos de medidas legislativas o administrativas como políticas, planes, programas, proyectos, obras o actividades que se ciernen sobre el mismo.

Sobre este particular, ha de traerse a colación la posición que fuera en su momento presentada por la Procuraduría General de la Nación y su Procuraduría Delegada Para Asuntos Agrarios y de Restitución de Tierras frente a la tutela instaurada por el pueblo arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta¹⁶ contra las concesiones mineras inconsultas existentes en su territorio tradicional y ancestral, este ente del Ministerio Público advirtió lo siguiente:

Una Consulta culturalmente adecuada al contexto de la Sierra Nevada de Santa Marta debe cumplir al menos tres criterios. En primer lugar, debe responder a un protocolo concertado con sus autoridades políticas y ancestrales; en segundo lugar, debe garantizar que se realizará en un momento que permita incidir sobre la planeación del territorio de manera que las decisiones finales respeten los usos ancestrales étnicos, los planes de vida y los planes de salvaguarda. En tercer lugar, la consulta previa, libre e informada debería superar la lógica atomizada de los procesos y permitir un diálogo sobre los impactos ambientales y culturales acumulados, producto de las decisiones de planeación del Gobierno Nacional sobre su territorio, respetando los principios de proporcionalidad, prevención y precaución.

¹⁶ Intervención en el marco del proceso identificado con el n.º 20001-2204-003-2016-00185.

• Justicia Ambiental.

La Corte Constitucional ha establecido una relación entre la consulta previa y la justicia ambiental, este último concepto entendido por esta misma corporación como el *«tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales»* (Sentencia T-294, 2014).

Sobre esta relación, este mismo alto tribunal señaló en la Sentencia SU-123 de 2018 que *«el derecho a la consulta previa se encuentra vinculado a los imperativos de justicia ambiental, que buscan un reparto equitativo y participativo de los costos y beneficios de los proyectos con impactos ambientales diferenciados»*. Reiterando lo considerado en fallos previos,¹⁷ señaló lo siguiente en este mismo fallo:

El derecho a la consulta previa puede ser entendido, entre otras cosas, como una garantía procedimental para lograr justicia ambiental para las minorías étnicas. La razón: la justicia ambiental permite referirse a la administración y al manejo de las acciones humanas que impactan en el ambiente, la distribución de los costos negativos que causan los actos productivos de las personas y el acceso a los recursos naturales, como sucede en los casos de exploración y extracción de recursos bióticos no renovables, ya sea minería o hidrocarburos.¹⁸

Al respecto cabe señalar, igualmente, lo advertido por la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en informe sobre «promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo», en el cual, luego de señalar que *«(l)os pueblos indígenas se cuentan entre los que menos han contribuido al problema del cambio climático y, sin embargo, son los que sufren sus peores consecuencias»*, advirtió que *«(e)l cambio climático supone una grave amenaza, no solo para los*

17 Entre ellas las sentencias T-294 de 2014, SU-133 de 2017, SU-217 de 2017 y T-272 de 2017.

18 De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en esta providencia, «(l)a justicia ambiental ha sido (...) utilizada por esta Corte para resolver asuntos de distribución inequitativa de cargas ambientales entre los diferentes grupos sociales y defender la participación de colectividades afectadas. Esta construcción teórica ha servido para identificar afectaciones directas a una comunidad como resultado de un proyecto productivo que trae consecuencia o efectos a los ecosistemas».

recursos naturales y los medios de vida de los pueblos indígenas, sino también para su identidad cultural y su supervivencia» (Doc. A/HRC/36/46). Con arreglo a ello, esta voz autorizada estableció un vínculo entre lo anterior y el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados:

Los programas de mitigación y adaptación al cambio climático, si se diseñan sin consultar a los pueblos indígenas y se aplican sin su participación, pueden afectar negativamente a los derechos de los pueblos indígenas y socavar sus derechos tradicionales a las tierras y a los recursos naturales.

Así, tres de los deberes estatales advertidos por la mencionada Relatoría al emitir sus recomendaciones en dicho informe que han de señalarse son:

i) La adopción de todas las medidas jurídicas, administrativas y de políticas necesarias para lograr la participación efectiva de los pueblos indígenas en las medidas de adaptación y mitigación del cambio climático, con pleno reconocimiento de sus derechos sobre sus tierras, territorios y recursos, consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos y reconocidos en la Convención Marco de las Naciones Unidas y en los Objetivos de Desarrollo Sostenible; ii) el deber de (v)elar por que los pueblos indígenas se incluyan efectivamente en los procesos nacionales de planificación y vigilancia del cambio climático; y iii) el deber de (p)romover la participación de las estructuras indígenas de autogobierno, que deberían incluirse formalmente en la toma de decisiones relacionadas con las políticas y las medidas de financiación internacionales sobre el cambio climático. (Doc. A/HRC/36/46)

•Diálogo intercultural.

Este principio se trata de garantizar que las partes interesadas se escuchen mutuamente para conocer libremente desde las pautas culturales quienes intervienen. Este, a su vez, está conectado con el derecho a la participación, el principio de la buena fe y la subregla de información. Cobra aún

mayor importancia cuando se trata de comunidades cuya lengua nativa no es el español. Al respecto, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) ha destacado su importancia *«toda vez que los pueblos indígenas hablamos nuestras propias lenguas, por lo tanto, el Estado debe garantizar el mutuo entendimiento (en idioma de cada pueblo y en español) de los sujetos participantes en las consultas que adelante»*.¹⁹

•Flexibilidad.

En coherencia con la diversidad cultural, de la cual se desprende que cada pueblo tiene sus propias formas de representación, mecanismos internos de debate y toma de decisiones, los diferentes grados de conservación de la cultura ancestral, aculturación, las características de la decisión, obra o proyecto a ser consultados, no es posible contar con un modelo único de consulta. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado 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 n.º 169 de la OIT y al artículo 7º 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»* (Sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009).

Debe advertirse, sin embargo, que la flexibilidad no puede nunca entendida como una excusa para omitir los principios mismos de la consulta previa y desconocer su contenido y alcances.

•Razonabilidad y proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad estricta se concentra en determinar si la eficacia que se pretende alcanzar frente a un derecho o principio justifica una restricción de otro principio constitucional determinado. En la Sentencia SU-039, la Corte invoca este principio cuando precisa que:

¹⁹ En la sentencia T-880/06, en aplicación de los preceptos constitucionales y en el artículo 13 de la Declaración ONU de 2007, la Corte Constitucional constató que, para la explotación petrolera en territorio Bari, no se contó con una traducción en la lengua nativa para conocer y analizar los riesgos y afectaciones, produciéndose una flagrante violación de sus derechos.

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, 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.

En todo caso deben arbitrarse 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. (1997) La interpretación y aplicación de este principio en el marco del derecho a la consulta previa es hoy controversial, pues el mismo ha sido reiteradamente invocado como fundamento para aplicar el test de proporcionalidad en los términos y para los fines que contemplados en la Directiva Presidencial n.º 10 de 2013, a la luz de la cual se corre el riesgo de emplear este principio no como un método de análisis para garantizar derechos, sino como un procedimiento que los restringe, sobre lo cual se volverá más adelante en este informe.

•Confianza legítima.

La confianza legítima se aplica ante la existencia de acciones u omisiones estatales que lleven a generar en los particulares la convicción fundada de que se mantendrá el curso de acción previamente observado. Se configura cuando una persona, a partir de actos u omisiones continuadas de las autoridades públicas y sin que medie una conducta dolosa o evidentemente culposa por su parte, tiene la expectativa fundada de la conservación de una situación jurídica determinada (Valencia, María, (SP) Usaid & Defensoría del Pueblo, 2016).

Este principio se aplicó en el caso favorable a una comunidad afrocolombiana relacionado con la preservación del espacio público y la potencial afectación del derecho al trabajo de los vendedores informales, advirtiendo que el mismo resulta aplicable bajo la concurrencia de tres elementos: (1) cuando *«las autoridades públicas inician programas, medidas o acciones tendientes a la*

recuperación del espacio público», (2) que «el lugar donde se desarrollan estas medidas se presentaba con anterioridad un uso continuado por parte de particulares dedicados al comercio informal» y (3) que «acudieron al mismo demostrando conductas conformes al principio de buena fe», dando lugar al deber de la administración de «adoptar medidas adecuadas de transición destinadas a asegurar alternativas económicas o de satisfacción del derecho al trabajo a favor de los afectados» (Sentencia T-376, 2012)

3. Medidas objeto de consulta.

La Corte Constitucional ha señalado que la consulta previa debe llevarse a cabo frente a cualquier medida que afecte a las comunidades étnicas (Sentencia SU-383, 2003). Dicho ámbito ha de ser considerado, además, con arreglo a lo expresado en el artículo 6 ° del Convenio 169 de la OIT, en cuanto a la obligatoriedad de adelantarla cuando quiera que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente. Para este mismo alto tribunal, el derecho fundamental a la consulta previa *«no procede única o exclusivamente en supuestos taxativos, previamente construidos en la Constitución, la Ley o la jurisprudencia de esta Corporación, sino antes de implementar cualquier medida susceptible de afectarlas directamente»* (Sentencia T-080 de 2017). Señalada esta claridad sobre la procedencia del derecho y con arreglo a las fuentes jurídicas expresadas, se enuncian algunas de dichas medidas a continuación:

•Medidas legislativas

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el deber de consulta frente a medidas legislativas en el marco de la expedición del Código de Minas (Sentencia C-891,2002), la Ley General Forestal (Sentencia C-030, 2008), el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 (Sentencia C-461, 2008), el Estatuto de Desarrollo Rural (Sentencia C-175, 2009), entre otras. Ha dicho la Corte que, para aquellas medidas de carácter general que se expiden para todos los colombianos sin distinción, no es necesaria la consulta previa, a menos que contenga disposiciones expresas, que según el ámbito de apli-

cación del Convenio 169 de la OIT pueden interferir en los intereses de los pueblos o comunidades étnicas (Sentencia C-175, 2009).

Para el caso de las medidas legislativas, la Corte Constitucional ha precisado que *«el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente»* (Sentencia C-030, 2008). Este mismo alto tribunal se ha referido al hecho de que dicha medida puede afectar el estatus de la persona o de las comunidades étnicas, ya sea por imposición de restricciones, gravámenes o también beneficios, así como cuando se da una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales (Sentencia T-745, 2010)

Los escenarios nacionales para concertación de medidas legislativas son la Mesa Permanente de Concertación de Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1396 de 1997; la Mesa Nacional del Diálogo (para el pueblo Rom); y tras lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia T- 576 del 2014, el Espacio Nacional de Consulta Previa de las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, regulado en el Decreto 1372 de 2018.

- **Exploración, explotación y aprovechamiento de los territorios, sus recursos naturales renovables y no renovables.**

Desde la misma Constitución Política de 1991, se señala que se debe garantizar la participación de las comunidades en las decisiones ambientales que puedan afectarles, y en las licencias ambientales en las que existen espacios de incidencia como las consultas previas (Rodríguez, Gloria Amparo 2012, p. 62).

La profesora Gloria Amparo Rodríguez (2012), sintetiza de la siguiente manera los casos en que se debe realizar la consulta previa cuando puedan ser afectadas estas comunidades, de acuerdo con la jurisprudencia y fuentes

primarias de diferentes entidades con competencia en la materia:

- Realización de proyectos de exploración, prospección y explotación de recursos naturales no renovables.
- Autorización de licencias ambientales para la realización de proyectos, obras o actividades.
- Otorgamiento de permisos ambientales para la utilización de recursos naturales.
- Adoptar los regímenes especiales de manejo.
- Procesos de investigación científica (recursos biológicos: colecta, recolecta, captura, caza, pesca, manipulación de recursos, movilización).
- Acceso a recursos genéticos.
- La adopción de los Planes de Manejo y Ordenación de una Cuenca –POMCA–
- Cuando se deseen implementar proyectos de Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación de Bosques (REDD+).
- Cualquier decisión de carácter ambiental que afecte directamente a los pueblos o que se realicen en territorios indígenas.

La disposición y explotación de los recursos naturales no puede traducirse en perjuicio del bienestar individual o colectivo, ni tampoco puede conducir a un daño o deterioro que atente contra la diversidad y la integridad del medioambiente como un todo. Por ello, el desarrollo sostenible, la conservación, restauración y sustitución, hacen parte de las garantías constitucionales para que el bienestar y el quehacer productivo-económico del ser humano se efectúen en armonía y no a costa o en perjuicio de la naturaleza (Sentencia T-129, 2011; Constitución Política, arts. 332, 333, 334 y 366, 1991; Declaración de Río, principios 1, 3 y 4.).

En concordancia con ello, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, el Legislador expidió la Ley 70 de 1993,²⁰ donde estableció el derecho de las comunidades negras a ser consultadas previa la adopción de las siguientes medidas. La Corte Constitucional señaló que su consulta previa procede:

²⁰ Por la cual se desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Política.

a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la «*unidad de gestión de proyectos*» que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58). Además (...) como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley. (Sentencia C-169, 2001)

Las reglas de la consulta son también aplicables en estos eventos. Sin embargo, es importante destacar que algunas adquieren mayor trascendencia, pues son condición para que el consentimiento de la comunidad se considere libre e informado. Entre esas medidas, deben mencionarse: (i) la realización del procedimiento consultivo con representantes legítimos de la comunidad; (ii) la realización de estudios de impacto ambiental y social y su apropiada divulgación y discusión con las comunidades concernidas; (iii) la concertación con las comunidades sobre la participación (utilidad) en los beneficios derivados del proyecto (Sentencia T-376 de 2012).

- Por su parte, en aplicación de las subreglas establecidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional: «*cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social*».²¹ En tal sentido, podría afirmarse incluso que en proyectos relacionados con el territorio, susceptibles de generar impacto ambiental deberían realizarse varias consultas:
- En los estudios de impacto ambiental. Ya que la comunidad es quien

²¹ Esta síntesis se basa en las Sentencias T-693 de 2011 y T-129 de 2011, fallos en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

tiene los elementos para definir los posibles impactos que se generarían con la obra o proyecto.

- En la exploración o prospección. Existen numerosos casos en los cuales, aunque el proyecto no llegara a realizarse, la actividad sísmica y otras similares generan impactos y, por lo tanto, amerita la realización de la consulta previa.
- En la explotación. Considerando que en sus diferentes etapas pueden generarse impactos y vulnerar derechos de las comunidades.

• Utilización de sus tierras o territorios para actividades militares y fumigación de cultivos ilícitos.

La limitación de las actividades u obras militares no puede obviarse por razones de interés público, debe pasar por un acuerdo libre con los pueblos interesados (Declaración ONU, artículo 30.1, 2007). Debe haber una celebración de consultas para obtener el consentimiento libre e informado antes de aprobar proyectos que afecten sus tierras, territorios y recursos (Sentencia T-376 de 2012).

Específicamente para el caso de las fumigaciones, la Corte Constitucional mediante la Sentencia SU-383 de 2003 tuteló los derechos fundamentales de las comunidades amazónicas y ordenó su consulta previa, buscando además la protección de sus derechos al medioambiente sano, a la vida, a la existencia comunitaria, al libre desarrollo de la personalidad, el debido proceso y la participación. Así mismo y retomando estos lineamientos, la Corte concedió en la Sentencia T-080 de 2017 un amparo similar para el pueblo carijona del resguardo Puerto Nare y otros 13 resguardos indígenas ubicados en Miraflores, en el departamento del Guaviare, que alegaron estar en la misma situación fáctica de afectaciones por cuenta de las aspersiones con glifosato.

Por su parte, dentro de sus razones de la decisión en la Sentencia T-005 de 2016 y del amparo en ella otorgado a los derechos fundamentales territoriales de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, la Corte

Constitucional advirtió que (...) el concepto de seguridad nacional debe armonizarse con el ejercicio y respeto de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio colombiano, como en este caso, las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, para quienes el territorio ancestral es parte de su cultura y su existencia, de modo que su acceso y permanencia en el cerro El Alguacil también debe ser garantizada.

•Decisiones sobre el espacio público.

Se aplican los principios de confianza legítima, proporcionalidad y buena fe. De este modo, se tutela el derecho fundamental de consulta previa para amparar a su vez el derecho a la participación, integridad cultural, derecho al trabajo y libertad de tránsito. Al respecto, debe señalarse que, de acuerdo con la parte motiva de la Sentencia T-376 de 2012, la decisión de entregar una concesión por parte de la Dirección General Marítima (Dimar) sobre el sector de playa de Cielo Mar, se dispuso en este caso que debe respetar límites constitucionales relativos a: (i) que se definan de forma precisa el alcance y límites de la concesión; (ii) que no se altere la calidad de espacio público de la playa transgrediendo la prohibición de que las playas se conviertan en propiedad privada; (iii) que se preserve todo uso tradicional que la Comunidad de la Boquilla efectúe sobre el sector de Cielo Mar; y (iv) que se asegure el derecho al tránsito a favor de la colectividad.

Con el propósito de que el proceso de consulta se lleve a cabo adecuadamente, la Corte Constitucional solicitó a la Alcaldía de Cartagena, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, para que, en el marco de sus funciones, concurren a la realización del procedimiento consultivo.

•Planes de desarrollo nacionales y regionales.

En el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT se contempla el derecho a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

La Corte Constitucional ha señalado al respecto que la determinación de la obligación de adelantar un proceso consultivo de un proyecto de ley del Plan Nacional de Desarrollo requiere

tener en cuenta que su contenido tiene niveles distintos de generalidad, y que específicamente en la parte constitutiva del Plan Nacional de Inversiones Públicas, ha de examinarse cada uno de los programas, proyectos y presupuestos plurianuales que lo conforman, para efectos de establecer si tal programa, proyecto o presupuesto plurianual tendrá una incidencia directa y específica sobre los grupos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país de conformidad con los criterios trazados en la Sentencia C-030 de 2008.²² (1989)

• Planes integrales de atención y reparación integral a las víctimas pertenecientes a grupos étnicos.

Los Decretos Leyes 4633, 4634 y 4635 de 2011 establecen que la formulación e implementación de los planes integrales de atención y reparación integral se adelantarán mediante consulta previa. Tendrán las fases de preconsulta, consulta, seguimiento e implementación. Su coordinación consiste en adelantarse conjuntamente entre la Dirección de Asuntos Étnicos de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y las Direcciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras y la de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior.

En la caracterización de daños y afectaciones y en la formulación de medidas debe garantizarse la participación de los sujetos de especial protección constitucional para garantizar adecuada complementariedad entre derechos individuales y colectivos debidamente. Tienen derecho a participar, sin exclusiones, tanto las familias que se encuentran fuera de los territorios como los que todavía habitan los mismos. Incluso se prevé la garantía de participación de aquellos que se encuentren fuera de las fronteras nacionales. Dicha participación no está subordinada a la voluntad de retorno de quienes

²² Sentencia C-461 de 2008. Dichos parámetros «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».

se hallen desplazados (Valencia, María, 2016).

El Plan Integral de Reparación Colectiva debe contar con objetivos, metas, indicadores, designación de las entidades responsables y mecanismos de seguimiento para su implementación.

• Consulta Previa para la implementación de los acuerdos de paz.

Tras la firma del *«Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera»* el Gobierno Nacional puso en marcha el procedimiento especial denominado Vía Rápida o Fast Track mediante el Acto Legislativo 001 de 2016, con el objeto de asegurar la expedición y aprobación de las normas propias a la implementación de los acuerdos con la guerrilla de las FARC- EP. En tal marco, en febrero del año 2017 fue discutida y suscrita a instancias de la Mesa Permanente de Concertación (MPC), una ruta metodológica especial, excepcional, condicionada y sujeta a principios y salvaguardas, con el fin de establecer la manera en la que las comunidades y pueblos indígenas de Colombia ejercerían su derecho fundamental a la consulta previa de todas aquellas normas expedidas en el ámbito del Fast Track o Vía Rápida, que pudieran afectarles directamente.

En tanto excepcional, tal ruta, han reafirmado las organizaciones indígenas, tampoco podrá ser entendida como un precedente para las siguientes consultas previas, pues, la razón de ser de la misma, según quedó establecido en su vigencia, no fue otra distinta a que *«(l)os Pueblos Indígenas han contribuido permanentemente a la construcción de una paz estable y duradera en todo el territorio nacional»* y que por ello *«en este momento histórico, apuestan porque el Acuerdo Final firmado entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP sea implementado y esto contribuya a la terminación del conflicto armado que tanto nos ha aquejado»*. Es decir, se trató en dicho caso de una metodología concebida única y específicamente para las consultas previas que debieron realizarse dentro del marco del Fast Track de los acuerdos de paz.

•En materia educativa, seguridad social y de salud.

En el Convenio 169 de la OIT, en materia de educación, seguridad social y salud se hacen varias previsiones expresas sobre el derecho a la consulta previa. Sobre los sistemas de seguridad social y, concretamente, los planes de salud y educación señala el artículo 25 que estos deberán diseñarse basándose con base en la participación y cooperación de las comunidades indígenas, de donde se infiere que la participación de los pueblos se prevé como una forma de aplicación del Convenio, no frente a asuntos específicos, sino como condición de un adecuado desarrollo y comprensión de los derechos allí previstos, entre otros aspectos.

En adición a ello, de acuerdo con el artículo 26, todo estudio en esta materia debe 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. (Convenio 169, OIT, 1989)

•Adopción de niños, niñas y adolescentes.

Para la adopción de menores de edad, el artículo 70 del Código de la Infancia y la Adolescencia ordena apreciar los usos, costumbres propias del medio social y cultural al que pertenecen los menores. Al respecto, vale la pena anotar lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la cual se garantiza el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio, expresar su opinión libremente en los asuntos que le afecten, y ser escuchados por los tomadores de decisiones (art. 12).²³

23 «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».

4. Criterios y subreglas para el desarrollo adecuado de la consulta previa

La Corte Constitucional ha señalado en relación con el Convenio 169 de la OIT que el mismo «(...) otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan», advirtiéndolo al tiempo, sin embargo, que el uso de tal flexibilidad no debe conducir a incumplir «el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan» (Sentencia C-169, 2001).

Las subreglas de la consulta interrelacionan los principios de consulta y participación. A continuación, se hacen algunas precisiones sobre cada una de estas en atención a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y a la línea jurisprudencial vigente en la materia.²⁴ Así mismo, debe señalarse que la consulta previa no implica solo un derecho de reacción, sino de propuesta y decisión respecto de cuáles son sus propias prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural.

La Corte Constitucional ha reiterado como subreglas de la consulta que esta sea «previa a la medida objeto de examen» y para tener incidencia en su planeación e implementación; que en ella se defina conjuntamente con el pueblo o comunidad consultada «el modo de realizarla (preconsulta o desarrollo de la consulta)»; que se adelante «con los representantes legítimos del pueblo o comunidad»; que ante la imposibilidad de acuerdos, «las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad»; y que se hagan estudios de impacto ambiental y social cuando ello resulte pertinente (Sentencia T-376, 2012).

Las subreglas fijadas por la Corte en dicha sentencia constituyen principios, requisitos y pautas claras, inequívocas y vinculantes para todas las entidades y organizaciones obligadas a garantizar el derecho fundamental a la consulta previa.

²⁴ OIT. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. PROGRAMA PARA PROMOVER EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT (PRO 169) Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009

El cuadro n.º 2 las recoge, por lo tanto, in extenso.

Cuadro 2

Características de la Consulta Previa ²⁵

En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidades étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas:

- (i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.
- (ii) 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.
- (iii) 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.
- (iv) 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 este del territorio y sus recursos.
- (v) 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.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso preconsultivo y/o posconsultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse, no solo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) 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.

(ix) 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.²⁶

²⁶ Capítulo 4 de esta sentencia relativo a la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, así como de la obligatoriedad de la licencia ambiental y del Plan de Manejo Arqueológico (4.3).

(x) 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.

(xi) 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.

Ecuador, en donde determinó que: *«(...) el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal»,* señalando que tales

procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes.²⁷

Lo anterior sin perjuicio, tal como ya fue previamente anotado, de que la Corte Constitucional haya precisado igualmente que el derecho fundamental de los pueblos y comunidades étnicas a la consulta previa tiene también un carácter reparador para aquellos casos en los cuales se haya consumado una medida administrativa o legislativa inconsulta, a pesar de generar la misma, una afectación directa sobre un pueblo o comunidad étnica.

Sobre este punto, es importante señalar que la Corte Constitucional estableció en la Sentencia T-197 de 2016 la finalidad de las consultas previas que, al ser omitidas, adquieren este carácter reparador, pues en tales casos

las mismas *«deben ir encaminadas, principalmente, a corregir los impactos debidamente identificados, que hayan sido causados a los derechos colectivos de la comunidad»* (Sentencias T-652/1998 y T-969/2014). En tales casos, las medidas de reparación o compensación, advirtió, por su parte, este alto tribunal en la Sentencia T-080 lo siguiente:

pueden tener una amplia gama de posibilidades que pueden ir desde la implementación de medidas tanto simbólicas (obras de valor pedagógico y cultural, publicaciones, investigaciones) como pecuniarias (pago de indemnizaciones, compensaciones, creación de fondos especiales de desarrollo) con el objeto de proteger los derechos fundamentales de los pueblos étnicos, en particular, su derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual, que los jueces deben estimar de acuerdo a las características de cada caso. (2017)

• Informada.

En desarrollo de los principios de buena fe, publicidad y transparencia, resulta determinante que se cuente con la información clara y suficiente, la cual ha de ser aportada a los representantes legítimos y legales de las comunidades. Así lo mencionan varias sentencias, entre ellas la T-769 de 2009 en la que la Corte Constitucional, señala que: *«los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales»*.

Así mismo, tal como señala la profesora Gloria Amparo Rodríguez retomando a García (2012: 37):

es necesario proveer un tiempo suficiente para que los pueblos o las comunidades participantes de la consulta procesen la información recibida y por sus mecanismos y procedimientos comunitarios la analicen y formen su opinión sobre las ventajas y riesgos potenciales de la medida propuesta. Esta misma profesora advierte así mismo sobre la importancia de una evaluación independiente por parte de los pueblos indígenas, pues, sostiene, ello permite que se conviertan en interlocutores válidos para el proceso de consulta previa. (2017)

• Libre.

Con esta subregla se garantiza que la participación, deliberaciones, acuerdos y desarrollo de todas las actividades que se realicen en el proceso de consulta previa deben estar exentas de cualquier tipo de presión o condicionante de la voluntad de las comunidades. De acuerdo con esta subregla reiterada en varios fallos de tutela, las relaciones de comunicación y entendimiento entre los pueblos y comunidades étnicas con las autoridades públicas buscan, entre otras, que

(s)e 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. (Sentencia SU-039, 1997)

• Buena fe.

Ha dicho la Corte Constitucional que este principio jurídico se identifica con valores morales como la lealtad y la honestidad, y está consagrado en la Carta del 91 que opera como eje cardinal de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración. De acuerdo con el artículo 83 de la C. P., las actuaciones de particulares y autoridades públicas deben adelantarse de buena fe (Sentencia T-376 de 2012).

Esta puede ser definida como

(...) una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante estas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico. (Galvis y Ramírez, 2017, p. 142)

guez señala que el mismo resulta incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, sea a través de negociaciones con miembros individuales de las comunidades. (2017, p. 33)

•A través de sus representantes legítimos y legales.

Esta subregla guarda estrecha relación con la buena fe; además, es una expresión de los principios de autonomía y libre determinación, y pluralismo jurídico. Uno de los presupuestos centrales del artículo 6° en concordancia con el artículo 18 del Convenio 169 de la OIT consiste en que la consulta se realiza a través de los representantes de las comunidades de los pueblos respectivos. Estos deben ser elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos. Así mismo, deben mantener y desarrollar sus propias instituciones. Los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s).

En la guía para la aplicación del Convenio 169, la OIT²⁸ se señala que, al realizar la consulta previa, el Gobierno debe tener en cuenta adelantar estos procesos con organizaciones institucionales genuinamente representativas que estén habilitadas para tomar decisiones o para hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, no pueden aceptarse las reuniones informales con grupos o segmentos de población, aunque pertenezcan a la comunidad o pueblo.

Los titulares del derecho a la consulta previa son los pueblos o comunidades, según sea el caso. Para ello existen normas que regulan la representación. Por un lado, los cabildos y autoridades indígenas acreditan su existencia y representación con las actas de posesión que reposan en las respectivas alcaldías. El registro que lleva la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del el Ministerio del Interior (DAIRM) es de carácter informativo.

28 OIT: Op. cit.

Así mismo, los consejos comunitarios de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras se acreditan con el acta de posesión que reposan en las alcaldías, siendo el Ministerio del Interior la entidad encargada de llevar el registro de autoridades de las comunidades y certificar la existencia de comunidades para efectos de consulta previa. Así lo dispone el Decreto 2613 de 2013, en concordancia con el Decreto 2893 de 2011.

De manera que el acta de posesión de las autoridades indígenas y de los consejos comunitarios es prueba de la representación legal de las comunidades con las actas que reposan en las alcaldías; y para el caso de las organizaciones de base de las comunidades negras, el certificado de existencia y representación lo expide la Cámara de Comercio o, en su defecto, la Secretaría de Gobierno del respectivo municipio (en aquellos en los cuales no existen dichas cámaras). Debe, sin embargo, aclararse que el registro que lleva el Ministerio del Interior a través de las Direcciones de Comunidades Indígenas, Rom y Minorías, y de Comunidades Negras Raizales y Palenqueras, tiene carácter informativo y de control, mas no de existencia y representación.

Para el caso del pueblo gitano, se acredita la existencia del representante de la Kumpania mediante el registro ante la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM del Ministerio del Interior.

•Mediante mecanismos apropiados.

En desarrollo de los principios de buena fe, transparencia, pluralismo jurídico y diálogo intercultural, los mecanismos apropiados buscan que las comunidades interesadas puedan entender y hacerse entender. Además, a la luz del mismo, estas han de contar con los espacios suficientes para asimilar la información de la decisión objeto de consulta y habrá de garantizarse que puedan analizar razonadamente todos los riesgos e impactos (negativos y positivos) y la posibilidad de generar consensos internos para efectos de fijar sus posiciones y propuestas en la concertación que se haga con las autoridades gubernamentales, empresas o entidades responsables.

Se deben respetar conforme al mismo las formas de organización social y política, las asambleas u otros espacios de deliberación, además de garantizarse la participación de los intérpretes de confianza durante todo el proceso (esta medida garantiza, además, el cumplimiento de la información y transparencia).

•Garantía de financiación.

Esta subregla es una expresión del principio de buena fe y transparencia ya que aporta los medios suficientes para la adecuada participación de las comunidades; en este sentido, el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT ordena expresamente que los Gobiernos (Ministerios y entidades interesadas en la consulta) deben proporcionar los recursos suficientes para garantizar la consulta previa en cada una de las fases. De acuerdo con lo anterior, no puede entenderse como una responsabilidad de las comunidades o pueblos afectados.

Cabe anotar que, para cumplir con el principio de la transparencia, la financiación en conjunto con las reglas de participación, tiempos y costos, debe constar claramente en el acta de cierre de la preconsulta. Bajo ninguna circunstancia es admisible que estos se realicen de manera privada entre las entidades o empresas y algunos líderes por fuera de los acuerdos establecidos en las instancias concertadas con los representantes de las comunidades. Con estos mecanismos informales se corre el riesgo de inclinar la voluntad a favor de la decisión, programa o actividad a realizar y, eventualmente, viciar el proceso.

•Consentimiento libre, previo e informado.

Esta subregla está asociada a los derechos de autonomía y participación, la misma es la expresión de los principios de libre determinación, diálogo intercultural, pluralismo jurídico y buena fe. Este es uno de los elementos que ha suscitado mayor controversia en cuanto al alcance de la consulta previa. En el artículo 19 de la Declaración ONU de 2007 se establece que la fina-

lidad de la consulta es «obtener su consentimiento libre, previo e informado». Se trata de la garantía reforzada del derecho general de participación de las comunidades indígenas y debe producirse al terminar un procedimiento consultivo. Por ello, esta subregla no solamente ha sido adoptada por el sistema jurídico colombiano, también lo ha dispuesto así la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en particular, en la sentencia del pueblo Saramaka contra el Estado de Surinam.

La Corte Constitucional ha efectuado similares consideraciones explicando que, en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad indígena no se agota en la consulta, sino que es precisa la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida (Sentencias T-769/2009 y T-129/2011).

5. Los actores intervinientes en la consulta previa.

La identificación de los actores es determinante para el cumplimiento de las subreglas de representatividad y de los procedimientos apropiados. De acuerdo con el sector que se trate, corresponde al Ministerio del Interior, en su papel de director y coordinador del proceso, coordinar con las empresas y entidades competentes desde la etapa preliminar. Además, vinculará como parte a las comunidades étnicas a través de sus instituciones representativas y con ellas definirá la metodología para que en la participación concurren a su vez los actores comunitarios en los espacios que corresponda. En el siguiente cuadro se da una visión general, de acuerdo con tres categorías: las partes, los garantes y los invitados o coadyuvantes.

Cuadro 3

Actores	Entidades
PARTES: Aquellas que tienen la obligación de dirigir, brindar garantías y capacidad jurídica para ejercer derechos y adquirir compromisos.	Empresa, persona o entidad interesada en desarrollar el proyecto, obra o actividad, a través de sus representantes legales o sus delegados. Las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y rom, a través de representantes legales. La antigua Dirección de Consulta Previa (DCP), hoy tras la expedición del Decreto 2353 de 2019, Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa (DANCP), que tiene como función dirigir, coordinar y otorgar las garantías necesarias; podrán apoyarse en las Direcciones de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías; y de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras. Autoridades Ambientales: ANLA o CAR (con licenciamiento). Las demás entidades según los sectores a los cuales pertenezcan las OPA, de conformidad con sus competencias. Al ICANH le corresponde desarrollar programas de arqueología preventiva en todos los proyectos de infraestructura que requieran licencias ambientales o permisos equivalentes (<i>Ley 397 de 1997, Ley 1185 de 2008, Decreto 833 de 2002, Decreto 763 de 2009</i>).
GARANTES: Son responsables de hacer veeduría o acompañamiento en los diferentes procesos con el fin de proteger y prevenir vulneración de derechos de las comunidades. Entes de Control del Estado (Procuraduría, Defensoría y Personería Municipal).	Organizaciones de los grupos étnicos a las que pertenezcan las comunidades, si estas deciden solicitar su intervención (las asociaciones de autoridades pueden ser parte, según se trate, del alcance de las OPA y la decisión de las propias comunidades de acuerdo con el Derecho Mayor, Ley Natural, Ley de Origen o normas y protocolos comunitarios relativos a consulta previa) Organismos internacionales de derechos humanos u otros invitados por las partes (que por su naturaleza pueden cumplir este papel).
INVITADOS	Autoridades de los municipios y departamentos (oficinas de asuntos indígenas y negras). Es de aclarar que en algunos casos actúan como partes o, en otras, como invitados, dependiendo del ámbito y alcance de la consulta.

Legalmente se ha establecido que la coordinación y dirección de todo el proceso corresponde al Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa; podrán ser apoyados por las Direcciones de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías, y la de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras (Decretos 2893/2011, 2613/2013).

6. La magistratura moral y el derecho a la consulta previa

La magistratura moral, entendida como la acción imparcial e independiente de los poderes públicos que ejerce la Defensoría del Pueblo, emana de la Asamblea Nacional Constituyente, en la cual se dispuso crear unos contrapesos del poder ejercido por el Estado frente al ciudadano. Para tales efectos, se instituyó el Ministerio Público cuya función principal es la defensa de los derechos humanos puesto que se convierte en un dique de contención contra los abusos del Estado. En ese sentido, la Defensoría del Pueblo se convierte en un defensor de la ciudadanía en los términos en que lo definen la Ley 24 de 1992 y el Decreto Ley 025 de 2014, es decir, es el ejercicio de una autoridad moral frente al abuso del poder o de la autoridad legalmente concebida.²⁹

• Principales instrumentos para la acción de que dispone la Defensoría.

De acuerdo con la función misional de la Defensoría del Pueblo, a esta le corresponde prevenir, divulgar, promover y proteger los derechos de la ciudadanía y las comunidades. Los principales instrumentos para su ejercicio son la asesoría, instrucción, y mediación. Para el ejercicio de sus funciones puede proceder a petición de parte (por medio de solicitudes de intervención o quejas), o de oficio (por iniciativa propia). El cuadro n.º 4 muestra las modalidades de actuación en materia de consulta previa, según las circunstancias de cada caso que la Defensoría del Pueblo puede adelantar.

²⁹ De acuerdo con la Cartilla Metodológica para la realización y seguimiento de audiencias Defensoriales, «la Magistratura está basada en el conocimiento de la realidad, la aplicación del derecho y la interpretación de la doctrina de los derechos humanos en situaciones específicas de vulneración. Por esta razón se apoya formalmente en la investigación (...). La magistratura se ejerce ante los medios de comunicación, ante instancias legales como el Congreso o la Corte Constitucional y ante autoridades locales y nacionales. Pero sobre todo está dirigida a la sociedad, las organizaciones y las comunidades, pues su propósito no es solamente calificar situaciones con base en su conocimiento e investigación, sino dotar a los ciudadanos para que tomen parte activa en la realización de sus derechos (...).»

Cuadro 4. Gestión de la Defensoría y consulta previa.

Tipos de Gestión	
Gestión Defensorial	Documentación de casos; identificación del contenido y alcance del derecho vulnerado; calificación de la conducta vulneratoria; determinación de los presuntos responsables actuación ante funcionarios renuentes; remisión de casos e información ante autoridades judiciales u otros órganos en caso de presunta comisión de delitos, faltas disciplinarias, detrimento patrimonial u otras según el caso.
Litigio Defensorial	Acción de tutela, de nulidad de normas o actos administrativos, medidas cautelares (para la protección de territorios o personas) y acciones populares. Derivar los casos de presunta comisión de delitos a la fiscalía para su investigación.
La mediación	Si las circunstancias lo aconsejan, la Defensoría puede proponer fórmulas que contribuyan al diálogo respetuoso entre las partes y contribuir a la finalidad de la consulta; de igual modo, al cumplimiento de la misión institucional en el sentido de que se respeten tanto los derechos colectivos como individuales de las comunidades y de otros sectores de la sociedad.
Conminación a funcionarios renuentes o particulares	Para prevenir la vulneración de derechos en caso de tener información sobre posibles riesgos para las comunidades.
Sistema de alertas tempranas.	Este tiene un carácter eminentemente preventivo frente a riesgos o vulneración de derechos por el conflicto armado. Es aplicable a la consulta previa en las medidas que puede incidir negativamente en el cumplimiento de la subregla de consentimiento y participación libre en los procesos. Además, puede contribuir a identificar factores subyacentes y vinculados al conflicto que puedan incidir negativamente en los procesos de consulta previa. Este sistema produce los siguientes tipos de informes: Alertas Tempranas coyunturales y de inminencia.
Otras actuaciones	Informes defensoriales, Resoluciones Defensoriales, comunicados de prensa, capacitación, investigaciones coordinadas entre la Delegada para los Grupos Étnicos y la Delegada para Derechos Colectivos y del Medio Ambiente. También, apoyo técnico por parte de la Delegada de Derechos Colectivos y del Medio Ambiente para casos de consulta previa relacionados con minería, exploración, aprovechamiento de recursos naturales y otros temas referidos a los derechos territoriales comprometidos en los procesos de consulta previa.

Cuadro 5

Fases de la consulta previa y actuaciones de la Defensoría del Pueblo.

Procedencia

- **Actuaciones para el cumplimiento del derecho.**
Identificación de la afectación directa.

- **Actuaciones de la Defensoría del Pueblo.**

Medidas de control para advertir omisiones en el deber de identificación de la posible afectación directa de un pueblo o comunidad étnica. Solicitud de información o requerimientos; en caso de duda sobre presencia de comunidades, intervención directa en campo; interposición de acciones de tutela, entre otras. Verificación de garantías para el ejercicio del derecho.

Preconsulta

- **Actuaciones para el cumplimiento del derecho:**
acercamiento y acuerdos metodológicos.
- **Actuación Defensorial.**

Verificación del cumplimiento al carácter concertado de la ruta metodológica; del respeto a la autonomía, las autoridades, instituciones, normas y protocolos propios de los pueblos y comunidades étnicas; así como de la observancia a los criterios de flexibilidad y adecuación cultural. Verificación capacidad y competencia delegados de las entidades.

Consulta

- **Actuaciones para el cumplimiento del derecho.**
Instalación, talleres o reuniones de consulta (identificación y valoración de impactos) y protocolización.
- **Actuación Defensorial.**

Verificación del cumplimiento de la ruta acordada y del deber de buscar acuerdos u obtener el consentimiento libre, previo e informado. Verificación de la garantía a la participación efectiva, oportuna e informada; la adopción de medidas de mitigación, reparación y compensación, así como la participación en los beneficios, según el caso.

Seguimiento

- **Actuaciones para el cumplimiento del derecho.**
Cumplimiento de acuerdos y cierre del proceso consultivo.
- **Actuación Defensorial.**

Verificación del cumplimiento de los acuerdos logrados: solicitud de información, participación en reuniones de seguimiento, realización de visitas administrativas, entre otras.

Capítulo II

Garantía y Ejercicio del Derecho a la Consulta Previa en Colombia

1. Panorama actual del derecho a la consulta previa.

Si algo resulta evidente a escasos dos años de cumplirse la tercera década tras la adopción del Convenio 169 de la OIT, es que la consulta previa se constituyó y se ha consolidado en el país como un derecho protagónico en el marco de la exigibilidad de los derechos de los pueblos y comunidades étnicas y, en general, en su relacionamiento con el Estado. Este derecho fundamental encuentra hoy, así mismo, un lugar central en el debate público, las agendas gubernamentales, las organizaciones étnicas y de derechos humanos, así como en los organismos internacionales, entre otros actores. Lo anterior no es para menos pues, entre otras razones, a este mecanismo se le ha encargado el complejo y estructural desafío de ser el «instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultu-

ral (...) y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social», así como, en el caso de la explotación de los recursos naturales en territorios étnicos, el de armonizar dos intereses generales:

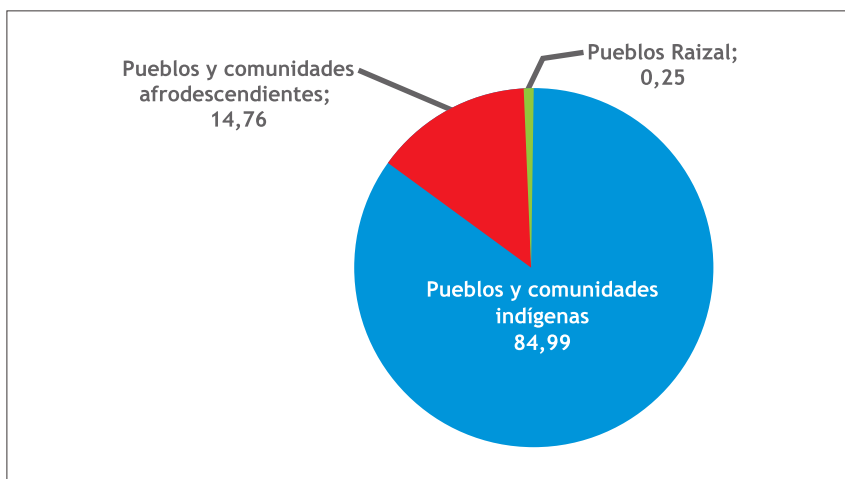
la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80, C. P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios. (Sentencia SU-039, 1997)

En la práctica, esta ha sido una tarea con las complejidades propias de la protección a una diversidad étnica y cultural que en los territorios está imbricada con la biológica, y ello en el marco de la implementación de un modelo económico que desde los años noventa y con un fuerte impulso en los últimos veinte años, se viene proyectando sobre la base del uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

Una mirada a la información oficial muestra, sin embargo, un panorama en el que los procedimientos de consulta previa han venido siendo masiva y operativamente incorporados en las decisiones gubernamentales sobre el territorio y sus recursos naturales.

De acuerdo con la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa (DANCP)³⁰, hasta el 30 de marzo del año 2020 se habían adelantado en el país 14 242 consultas previas de 1838 proyectos, 12 104 de estos procesos consultivos fueron a pueblos indígenas en 1428 proyectos, 2102 a afrodescendientes en 380 proyectos, y 36 a raizales en 30 proyectos.

Gráfico 1. Procesos de consulta previa a pueblos y comunidades étnicas en Colombia con corte al 30 de marzo de 2020.



Fuente: elaboración propia con información de la Autoridad Nacional de Consulta Previa (2020).

De estos procesos consultivos,³¹ 10 569 se encontraban activos para esta fecha y 3673 cerrados. Dentro de los primeros, 5497 estaban en etapas previas a la protocolización, 3618 ya habían sido protocolizados y 1454 se encontraban en seguimiento. Dentro de los segundos, señala, por su parte, la autoridad administrativa en la materia que 9 fueron anulaciones, 1 respondió a la realización de un test de cierre, 102 fueron desistimientos por parte de los interesados y obligados a adelantar la consulta previa, mientras que 512 de estos, es decir un 86,66 %, se corresponden con un cierre del proceso consultivo, «una vez cumplido el total de lo acordado y previa la realización del seguimiento». (DANCP, 2020)

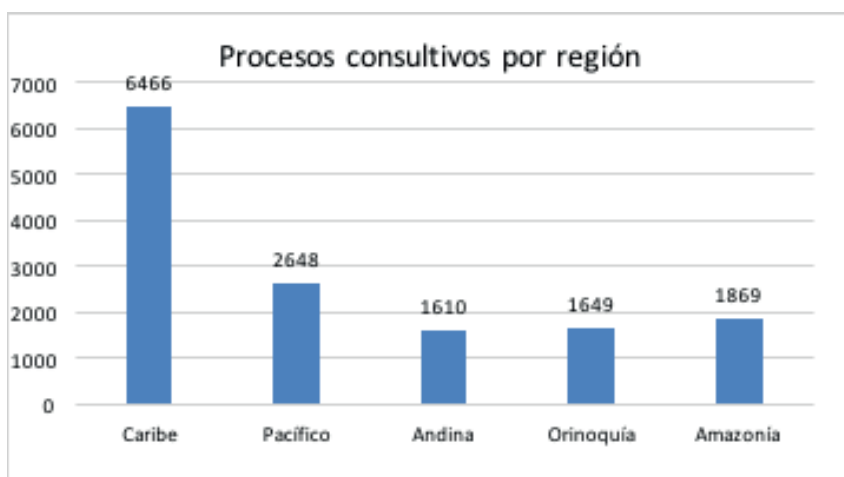
Por su parte, vistas estas cifras por regiones, como muestra el gráfico n.º 3, se aprecia cómo, con un 45,4 %, la región del Caribe colombiano es en donde se ha concentrado de manera importante la realización de procesos

³¹ Información suministrada con corte al 21 de abril de 2020 y de acuerdo al reporte del Sistema de Información de Consulta Previa (SICOP), según precisa el oficio allegado por la Autoridad Nacional de Consulta Previa,

de consulta previa. A esta le siguen en orden las regiones Pacífica con el 18,59 % de procesos consultivos, Orinoquía con el 11,58 %, Amazonía con el 13,18 % y Andina con el 11,3 %.

Gráfico 2

Consultas previas en Colombia por región 1995-2020 (21 de abril de 2020)



Fuente: elaboración propia con información de la Autoridad Nacional de Consulta Previa (2020)

Esta importante diferencia que muestra la región Caribe respecto al número de consultas previas adelantadas por regiones, obedece, en particular, a la igualmente extraordinaria diferencia que La Guajira mantiene frente a los demás departamentos del país. Este departamento sobresale, por mucho, con 4745 procesos consultivos para 229 proyectos, correspondiendo los primeros a más del 73 % de los adelantados en esta región y a cerca del 33 % de los surtidos en el país, y los segundos a cerca del 13 % de los 1838 que se informaron como total nacional.

Gráfico 3
Consultas previas en Colombia
1995-2020 (30 de marzo de 2020)



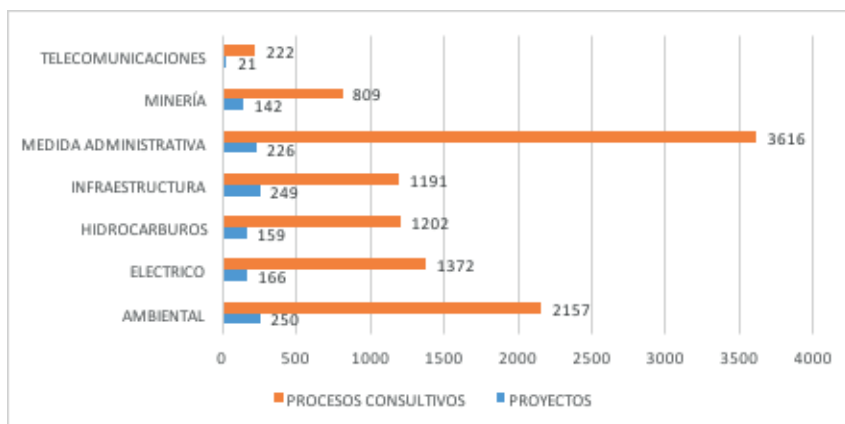
Fuente: elaboración propia con información de la Autoridad Nacional de Consulta Previa (2020).

Lo anterior muestra una realidad que debe señalarse, compromete en particular al pueblo Wayúu, en quien se concentra más del 90 % de las consultas previas adelantadas en La Guajira, lo cual tiene que ver, entre otras razones, con el importante número de proyectos que afectan su territorio -buena parte del sector minero-energético- así como con la interpretación y el cumplimiento administrativo de este derecho en el marco de la realidad que plantea las formas organizativas propias de este pueblo indígena, el más numeroso del país.

Por su parte, una mirada por sector de los 10 569 procesos activos reportados por la Autoridad Nacional de Consulta Previa arroja que 1202 de los mismos corresponden al sector de hidrocarburos, 1372 al eléctrico, 1191 al de infraestructura; así mismo, 3616 se reportan como «medidas administrativas», 2157 como sector «ambiental», 809 como «minería» y 222 a telecomunicaciones (ver. gráfico n.º 4).

Gráfico 4

Distribución de Proyectos y procesos consultivos activos por sector.



Fuente: Autoridad Nacional de Consulta Previa. (1995-2020, 30 de marzo de 2020).^{32 *}

Respecto de la consulta previa de medidas legislativas y administrativas a nivel nacional³³ y de acuerdo con lo informado por la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior (DAIRM)³⁴, hasta agosto de 2020 habían sido efectuadas las siguientes:

- Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Ley 1450 de 2011. Responsable: DNP.
- Decreto Ley 4633 de 2011 *«por medio de los cuales se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas»*. Responsable: Ministerio de Justicia.
- Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Responsable: DNP.
- Censo Nacional Agropecuario. Responsable: DANE.

³² De acuerdo con la información suministrada por la Dirección de Consulta Previa en 2019 en respuesta al oficio OFI19-39416-DCP del total de 13 452 consultas entonces reportadas, un 4,13 % correspondía a medidas del sector catalogado como «etnoeducación» y un 0,28 % a investigación. Sin embargo, estas categorías no fueron reportadas en 2020.

³³ No fue allegada la respuesta de la Dirección de Comunidades Negras del Ministerio del Interior a esta solicitud de información.

³⁴ Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías Oficios Nos. OFI19-27006-DAI-2200 (23 de julio de 2019) y OFI2020-25768-DAI-2200 (3 de agosto de 2020). Si bien en la información suministrada no se evidencian, se tiene conocimiento de otros procesos consultivos que han sido surtidos para medidas administrativas como el caso de la municipalización en el departamento del Guainía o del decreto por el cual se redefine el territorio tradicional y ancestral de la Línea Negra.

- Política Pública diferencial en materia de salud para el Departamento de Guainía. Decreto 2561 de 2014. Responsable: Ministerio de Salud.
- Decreto 1953 de 2014 *«por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política»*. Responsable: DNP.
- XVIII Censo Nacional de población y VII de Vivienda. Responsable: DANE.
- Decreto Ley 870 de 2017 *«por el cual se establece el Pago por Servicios Ambientales y otros incentivos a la conservación»*. Responsable: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- Proyecto de acto legislativo *«por medio del cual se crean 16 Circunscripciones Especiales de Paz para la Cámara de Representantes en los periodos 2018-2022 y 2022-2026»*. Proceso finalizado sin acuerdos. Responsable: Ministerio del Interior.
- Proyecto de Ley *«por el cual se regula el Sistema Nacional Catastral Multipropósito»*. Responsable: DNP.
- Decreto Ley 893 *«por el cual se crean los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET)»*. Responsables: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y Agencia de Renovación del Territorio.
- Decreto Ley 902 de 2017 *«por el cual se adoptan medidas para facilitar la implementación de la Reforma Rural Integral contemplada en el Acuerdo Final en materia de tierras, específicamente el procedimiento para el acceso y formalización y el Fondo de Tierras»*. Responsables: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural – Agencia Nacional de Tierras.
- Ley 1922 de 2019 «Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz». Responsable: Ministerio del Interior y Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Proyecto de Ley *«Por medio del cual se modifica la Ley 160 de 1994 y se dictan otras disposiciones»*. Proceso finalizado sin acuerdos. Responsables: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y Agencia Nacional de Tierras.
- Normas e instrumentos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición SIVJRNR. Responsable: Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación y No Repetición (SIVJRNR).

- Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 *«Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad»*. Responsable: DNP.
- Proyecto de Ley sobre el funcionamiento y organización del Sistema General de Regalías. Responsables: Ministerio de Minas y Energías, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y DNP.

En adición³⁵ a las anteriores, la DAIRM detalló en la información suministrada inicialmente sobre tres procesos consultivos de proyectos que se encuentran suspendidos sobre este tipo de medidas: el Proyecto de Reforma de la Ley 99 de 1993 sobre Corporaciones Autónomas Regionales, el Proyecto de Ley de Tierras y Desarrollo Rural y el proyecto de ley sobre Entidades Territoriales Indígenas (ETIS) según la Ley 1454 de 2011 (art. 37 parágrafo 2).

Existen por otra parte una serie de proyectos que debiendo ser consultados no lo han sido o que habiendo iniciado el proceso de consulta no culminaron por diferentes razones, como son:

- El Decreto de Conocimiento Tradicional y Accesos a Recursos Genéticos. Algunas discrepancias entre las organizaciones indígenas nacionales respecto al tema, el directo compromiso del tema con la Amazonía colombiana y el hecho que el presupuesto reservado debió ser repartido con la consulta de la reforma de la Ley 99 de 1993 impidieron continuar con el proceso.
- La Ley de Regalías de la Nación. La Ley 1530 de 2011 finalmente fue expedida sin consulta previa debido a que las organizaciones indígenas nacionales decidieron no participar en la misma.
- Tercer Censo Nacional Agropecuario.
- Política Pública diferencial en materia de salud para el Departamento del Guainía. Decreto 2561 de 2014.
- Política Pública diferencial en materia de salud para el Departamento del Guainía. Decreto 2561 de 2014.
- El Código de Minas. Si bien medió la sentencia de la Corte Constitucional, que de hecho estableció unos términos precisos, no fue consultado debido a la alta politización del tema de la minería en el país, que pasó

por la consideración de algunas organizaciones étnicas de no participar en la consulta de llegar a convocarse.

- El Decreto *«por el cual se establecen y reconocen competencias a las autoridades de los territorios indígenas respecto de la administración, protección y preservación de los recursos naturales y del ambiente, conforme lo dispuesto en el artículo 330 de la Constitución Política y el artículo 15 de la Ley 21 de 1991, que no fue finalmente expedido por el Gobierno Nacional del momento»*.

Así, las anteriores cifras ponen, pues, de presente el hecho de que se ha tornado un carácter estructural al Estado de este derecho y mecanismo de participación de los pueblos y comunidades étnicas. Esta proliferación de procedimientos de consulta previa para normas, proyectos, obras y actividades a pueblos y comunidades étnicas, no se ha traducido, sin embargo, necesariamente en una verdadera prevención de la conflictividad jurídica, económica, ambiental, social y cultural, en el marco de la adopción e implementación de medidas que los afectan en forma directa.

No es ajeno a ello que la consulta previa sea un derecho que ha debido ser llevado masivamente ante los jueces, principalmente de la jurisdicción constitucional, a instancias de quienes caso a caso se ha venido dotando de sendos contenidos y alcances. Esta judicialización del derecho a la consulta previa se hace evidente solamente en las más de un centenar de sentencias de tutela y constitucionalidad que, al día de hoy, han sido emitidas por este alto tribunal respecto del ejercicio de este derecho frente a medidas tanto administrativas como legislativas.

Tal carácter litigioso del derecho a la consulta previa pone de presente un histórico de prácticas y falencias administrativas en su garantía y cumplimiento, así como algunas problemáticas y desafíos que hoy se advierten para garantizar su cumplimiento efectivo. El efecto de lo anterior ha sido en la práctica, a pesar de la existencia de criterios y subreglas claras, el de la inseguridad jurídica tanto para los interesados en las medidas administrativas o legislativas, incluido el sector privado, como para los propios pueblos étnicos.

Debe advertirse cómo hoy existen, por otro lado, variadas percepciones sobre este derecho en el país. Algunos pueblos y organizaciones indígenas y afrodescendientes, por ejemplo, si bien han identificado en el mismo *«una herramienta determinante para que los grupos étnicos puedan proteger sus territorios y con ello un ambiente sano para sí y para la humanidad»*³⁶, y en general se le valora como una *«garantía para la materialización del goce efectivo de los derechos»*³⁷, también la ONIC ha advertido que la consulta previa ha de ser utilizada para buscar resolver sus problemáticas, *«y no como mecanismo para legitimar por parte del Estado colombiano, proyectos, planes y programas susceptibles de afectarnos»*.

Justamente la CIDH identificaba ya en 2013 en el informe citado, cómo dentro de los desafíos del derecho a la consulta previa en Colombia se encuentran las reiteradas quejas públicas de los pueblos indígenas en el sentido de que el Gobierno Nacional visualiza las consultas previas como meros trámites formales que se deben agotar para efectos de adelantar proyectos de inversión o desarrollo, o de otorgar concesiones extractivas de los recursos naturales, dentro de los territorios ancestrales sin prestar una consideración sustancial a la postura de los pueblos y comunidades afectados, incluso si estos manifiestan su oposición al proyecto consultado.

38

En la *«Declaración de Bogotá de los Pueblos Indígenas de Colombia sobre el Derecho Fundamental a la Consulta Previa»* que los pueblos, organizaciones y autoridades indígenas de Colombia suscribieron tras el *«Encuentro Nacional de Consulta Previa de la Organización Nacional Indígena de Colombia»* celebrado en Bogotá el 28 y 29 de noviembre de 2019, estos han exigido al Gobierno Nacional, a los organismos de control y de carácter internacional, que deben *«(c)esar los discursos y prácticas gubernamentales que estigmatizan la consulta previa y las movilizaciones y denuncias realizadas para asumir su defensa y la de nuestros territorios»*, y hacen un llamado al *«diálogo respetuoso; intercultural; haciendo un esfuerzo por la comprensión de formas distintas de vivir y de entender la naturaleza y el mundo»*.

36 ONIC, PCN & AFRODES, Comunicado de los pueblos indígenas y comunidades negras al Gobierno de Colombia y a la opinión pública nacional e internacional, 2012. Disponible en <https://www.onic-colombia.org/portal/organizaciones-indigenas-y-afro-denuncian-violacion-del-gobierno-a-procesos-de-consulta-previa/>. Consultado el 30 de septiembre de 2019.

37 MPC, posicionamiento político de los pueblos, organizaciones y autoridades indígenas de Colombia, participantes en el Foro Internacional sobre el Derecho Fundamental a la Consulta y el Consentimiento Previo, Libre e Informado, 2017.

38 Op. cit. Comisión de Derechos Humanos, 2013.

Junto con ello, en los últimos años en no pocas ocasiones, diferentes actores empresariales y dignatarios del Estado han señalado la existencia de excesos en el ejercicio de este derecho, argumentado retrasos e incertidumbres en proyectos, obras y actividades, así como sostenido la necesidad de una reglamentación en la materia. Tampoco desvinculado de ello y con arreglo, entre otros, a objetivos de racionalización de trámites, ha sido evidente en nuestro país una tendencia bien marcada desde inicios de los dos mil, a la reforma del régimen normativo de los procedimientos de licenciamiento ambiental.³⁹

Se trata de una concepción que ha hecho tránsito incluso a documentos de política pública, como es el caso de aquellos objetivos de racionalización y optimización de procesos y procedimientos que recomendara el Documento CONPES 3762 de 2013 sobre *«lineamientos de política para el desarrollo de proyectos de interés nacional estratégicos PINES»*. En dicho documento fue considerada la consulta previa como uno de los «principales cuellos de botella que afectan la agilidad y viabilidad del desarrollo de los proyectos» en infraestructura, hidrocarburos, minería y energía considerados PINES, junto a la adquisición de predios, 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.

De esta manera, por lo menos como un resultado de lo anterior, se tiene que ha hecho carrera una preocupante visión que señala la consulta previa como un «obstáculo» para la agenda legislativa, los proyectos y en general para el desarrollo, llegando en ocasiones a ser la misma desacreditada y tergiversada, como socavada incluso su legitimidad ante parte importante de la sociedad, y ello en ocasiones con consecuencias en la seguridad misma de líderes y comunidades étnicas en contexto de conflicto y para las garantías de su participación en las medidas que los puedan afectar.

En efecto, una mirada a las problemáticas y los desafíos para la garantía y el ejercicio del derecho consulta previa en Colombia, tampoco puede dejar de considerar, como bien lo ha señalado recientemente la Relatoría especial

³⁹ Entre estos los Decretos 1753 de 1994, 1728 de 2002, 1180 de 2003, 1220 de 2005, 2820 de 2010 y el Decreto 2041 de 2014.

sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU, que en la actualidad «(l)a mayoría de las violaciones de los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, en particular a la vida y a la seguridad, guardan relación con el acceso a los recursos naturales en sus territorios y la explotación de dichos recursos» (ONU, 2019, p.56).

Por otra parte, ha sido también la expedición y aplicación de normas por el ejecutivo relativas a la garantía y cumplimiento del derecho a la consulta previa otro de los factores que a juicio de la Defensoría del Pueblo han contribuido a la conflictividad. Lo anterior no únicamente debido a que tales normativas no solo no han sabido incorporar los estándares que actualmente rigen este derecho, sino que además adolecen de un vicio original consistente precisamente en su carácter inconsulto.

En adición a lo anterior, es preciso mencionar cómo la emergencia sanitaria generada por la COVID-19 muestra una situación en la que, al momento de la culminación de este informe defensorial, se hacían ya evidentes sus implicaciones en la garantía y el ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades étnicas. Lo anterior no solamente por su vulnerabilidad ante el incremento de los contagios, como el dramático ocurrido en los pueblos indígenas que para mayo de este año ascendía ya a cerca de los dos centenares, sino también por su vulnerabilidad frente a las consecuencias de esta situación en sus derechos humanos.⁴⁰

Tal como reconoció la CIDH en su Resolución n.º 1/2020 sobre «Pandemia y Derechos Humanos en las Américas»⁴¹:

la pandemia genera impactos diferenciados e interseccionales sobre la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) para ciertos colectivos y poblaciones en especial situación de vulnerabilidad, por lo que se torna esencial la adopción de políticas para prevenir eficazmente el contagio, así como de me-

40 Son «13 acciones clave para contribuir a la reactivación y repotenciación económica» las que informaba el pasado 22 de julio de 2020 la Presidencia de la República en su página web, las que integran la estrategia «Adelante con Confianza», con impactos según señala, en «el comercio exterior, la inversión extranjera, el desarrollo empresarial y el turismo».
<https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2020/Gobierno-lanzo-estrategia-para-impulsar-reactivacion-economica-del-sector-comercio-industria-y-turismo-200722.aspx>

41 Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020.

didadas de seguridad social y el acceso a sistemas de salud pública que faciliten el diagnóstico y tratamiento oportuno y asequible.

Para este mismo organismo, «las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención de la pandemia deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos» y esto implica *«brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos»*, como es el caso de los pueblos y las comunidades étnicas.

Dentro de sus recomendaciones la CIDH, incluyó la adopción *«de manera inmediata e interseccional»*, de un *«enfoque de derechos humanos en toda estrategia, política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia de la COVID-19 y sus consecuencias, incluyendo los planes para la recuperación social y económica que se formulen»*, las cuales, agrega, *«deben estar apegadas al respeto irrestricto de los estándares interamericanos e internacionales en materia de derechos humanos, en el marco de su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y transversalidad, particularmente de los DESCAs»*. Así mismo, este organismo cuasi judicial del ámbito interamericano llama en esta Resolución a *«garantizar que las medidas adoptadas para enfrentar las pandemias y sus consecuencias incorporen de manera prioritaria el contenido del derecho humano a la salud y sus determinantes básicos y sociales, los cuales se relacionan con el contenido de otros derechos humanos, como la vida e integridad personal y de otros DESCAs (...) así como respuestas para la prevención y atención de las violencias»*.

Es entonces a partir de estos criterios y recomendaciones que la Defensoría del Pueblo llama a comprender el papel del Estado y sus autoridades en la garantía de los derechos humanos de los pueblos étnicos en un escenario como el que presenta la COVID-19. Fue también bajo esta perspectiva que el pasado mes de abril de 2020 la Defensoría Delegada para los Grupos Étnicos de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría Delegada para los Asuntos Étnicos de la Procuraduría General de la Nación oficiaron a la sra. Ministra del Interior y a su viceministro de Participación e Igualdad de Derechos, recomendando medidas de emergencia diferenciales para pueblos y comunidades étnicas y sus organizaciones, relativas a la capacidad

para la celebración de contratos y convenios con entidades del Estado; el mantenimiento de los canales de diálogo y la coordinación con las organizaciones representativas de los pueblos y comunidades étnicas, así como para la adopción concertada de medidas urgentes encaminadas a dotar de mayor efectividad y celeridad el acceso de los pueblos y comunidades étnicas a los recursos a que tienen derecho por mandato constitucional y legal.

Este escenario de emergencia ha mostrado también su potencialidad para intensificar las tensiones en torno a la garantía y al ejercicio del derecho a la consulta previa conforme a sus estándares constitucionales e interamericanos. De ello dio cuenta recientemente la carta que más de una veintena de empresarios hicieron llegar al Presidente de la República, en la que, tras señalarle que *«(l)os sectores productivos que más se están viendo impactados con la medida del aislamiento responden por el 70 % del PIB aproximadamente»*, le propusieron a este

aprobar procedimientos abreviados para temas que hoy violan el desarrollo como son trámites de regalías, de consulta previa y licencias ambientales en los que, sin vulnerar el ordenamiento jurídico, se simplifique su aplicación, para aumentar y acelerar la productividad en los sectores estratégicos de desarrollo económico del país.

Para la Defensoría del Pueblo, la estrategia que en este marco el Gobierno Nacional ha presentado para la reactivación económica, no puede pasar por alto el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación y el deber del Estado de protegerla. Este último tiene la obligación constitucional de proteger la vida e integridad de los pueblos indígenas, afrocolombianos, raizales y palenqueros, así como la de garantizar, cuando sea del caso, el derecho a la consulta previa, respetando la autonomía y acorde con un principio de flexibilidad orientado a maximizar los derechos de los pueblos y comunidades étnicas y no a restringirlos.

En este sentido, todas las actividades, programas o proyectos que en virtud de tal estrategia económica se impulsen, deben observar con especial atención la garantía de los derechos humanos de los pueblos y las comunidades

étnicas, acorde a los principios de interdependencia, indivisibilidad y transversalidad.

De esta forma, a continuación, se propone identificar y subrayar la atención sobre algunos elementos relativos al cumplimiento a este deber del Estado en los términos de su finalidad y con arreglo a su carácter interdependiente con otros derechos de los pueblos y comunidades étnicas.

2. Desafíos para la garantía y el ejercicio del derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades étnicas

Los desafíos a los cuales ha de hacer frente el Estado colombiano actualmente para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la consulta previa y el CLPI han de incorporarse desde una mirada integral del mismo, esto es, retomando lo expresado por la Relatora de las Naciones Unidas en el informe de julio de 2017 sobre los derechos de los pueblos indígenas, que *«(l)os derechos de consulta y consentimiento no deben considerarse derechos independientes, ya que están estrechamente vinculados a otros, como el derecho a la libre determinación, a las tierras, territorios y recursos y al desarrollo»*, siendo en ese sentido adecuado comprender, tal como agregó la Relatoría en su informe, que *«la observancia adecuada del deber del Estado de consultar y obtener consentimiento ha de garantizar la realización de esos derechos fundamentales»*.

Lo anterior se corresponde así mismo con el criterio expresado por la Corte IDH⁴² y retomado por la Corte Constitucional, conforme al cual, *«la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas o tribales es un principio de derecho internacional público»* y que, así mismo, *«estas consultas con las comunidades indígenas y tribales tiene una relación directa con el artículo 1.1 (de la Convención Americana de Derechos Humanos — CADH) que establece la obligación general de garantizar el libre pleno ejercicio de los derechos conocidos en la Convención»* (Sentencia SU-123, 2018).

42 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Caso Yamata contra Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005.

Es desde tal perspectiva integral e interdependiente del derecho a la consulta previa que en esta sección se propone un abordaje de estos desafíos y su carácter a través de cinco tipos o categorías: i) territorialidad étnica y consulta previa; ii) consulta previa, autonomía y diversidad étnica y cultural; iii) consentimiento libre, previo e informado; iv) conflicto, reparación integral y consulta previa; y un último relativo a la v) institucionalidad y ciertos aspectos procedimentales de la consulta previa.

2.1 Territorialidad étnica y consulta previa.

El Convenio 169 de la OIT impone al Estado colombiano en el artículo 13 *«respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera»*. Este mismo instrumento dispone que los Estados parte deben reconocer a estos pueblos sus derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, así como adoptar las medidas necesarias para salvaguardar sus derechos al uso de tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

Para este Convenio, la utilización del término *«tierras»* comprende el concepto de *«territorio»* como «lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de una u otra manera», estableciendo de esta manera una diferencia clave entre dos conceptos que en principio podrían pensarse iguales. De esta manera, el Convenio buscó ampliar el alcance del primero de los términos al desvincularlo del ejercicio del clásico derecho real de propiedad que establece una relación entre una persona y un bien, en este caso, perfectamente delimitado en su espacialidad, lo cual se queda corto ante la realidad cultural de los pueblos indígenas. En suma, este reconocimiento del derecho internacional se corresponde con el carácter vital y esencial que tiene el territorio como derecho humano de carácter colectivo para los pueblos étnicos.

La Corte Constitucional ha insistido también en la importancia de los territorios colectivos de los pueblos y comunidades étnicas *«dentro del esquema constitucional, pues resulta ser esencial para la preservación de las culturas y valores espirituales de los pueblos que dentro de ellos se han asentado durante siglos»* (Sentencia T-129, 2011). Este mismo alto tribunal señaló en la Sentencia T-009 de 2013 que el derecho de los pueblos indígenas al territorio comprende:

- (i) El derecho a la constitución de resguardos en territorios que las comunidades indígenas han ocupado tradicionalmente; (ii) El derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos; (iii) El derecho a disponer y administrar sus territorios; (iv) El derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables existentes en el territorio; (v) el derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica; y (vi) el derecho a ejercer la autodeterminación y autogobierno.

Por estas y otras razones, ha precisado este mismo alto tribunal que el territorio *«se encuentra vinculado al concepto de afectación directa y en consecuencia a la aplicación de la consulta previa»* (Sentencia SU-123 de 2018).

De acuerdo con ello, el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos y comunidades étnicas, conforme a su estándar de protección, su contenido y alcances, tiene implicaciones determinantes para la certificación de la presencia, la identificación y valoración de afectaciones directas y de impactos y, por ende, para la procedencia⁴³ y el ejercicio mismo del derecho a la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado.

Lo anterior se corresponde con lo expresado por la CIDH (2009), de acuerdo con la cual (l)os Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales.

El cuadro n.º 3 muestra algunas de las problemáticas y riesgos que al respecto han sido identificados.

⁴³ Tras la expedición del Decreto 2353 de 2019, la Subdirección técnica de Consulta Previa de la Autoridad Nacional de Consulta Previa que el mismo crea, tiene a su cargo la determinación de la «procedencia» de la consulta previa.

Cuadro 3

Cuestionamientos hechos por las organizaciones étnicas y otros actores	Riesgos de vulneración del derecho fundamental a la consulta previa
Existe una tendencia a certificar comunidades en los polígonos o áreas georreferenciadas sobre las cuales se realizarán obras directas de las obras, actividades o proyectos	Se pueden generar impactos derivados de tales obras, actividades o proyectos en comunidades aledañas o cercanas, que estén por fuera de los polígonos y, que por tal razón, deban ser consultadas.
Se ha observado una mala práctica de acuerdo con la cual se consultan solamente a las comunidades con territorios titulados o en proceso de titulación y que estén habitados de manera permanente.	Se excluiría a comunidades afectadas cuyos territorios no están titulados, o no han iniciado el proceso formal de titulación; de otro lado, se excluyen de la consulta territorios ancestrales que por diferentes razones no fueron incluidos en los resguardos u otros títulos colectivos, también áreas con las cuales se mantiene una relación cultural, sin que signifique una ocupación permanente en términos de la cultura occidental (por ej. sitios sagrados, áreas de conservación o destinadas a otras prácticas culturales). Se excluiría a comunidades afectadas cuyas áreas de uso cultural se encuentran por fuera de sus territorios de habitación permanente.
Una mala práctica ha sido la de desconocer áreas de uso cultural que se encuentran por fuera de los territorios titulados.	Este riesgo comprende los usos e interpretaciones que la Dirección de Consulta Previa, en coordinación con otras entidades, pueda dar a los criterios de «intensidad», «permanencia» y «grado de exclusividad», establecidos en la Sentencia SU-123 de 2018.
No se generan las debidas condiciones para la identificación y participación de comunidades desplazadas por el conflicto armado.	Este es uno de los factores subyacentes y vinculados al conflicto armado por el riesgo de no realizar la consulta o adelantarla sin la participación plena de comunidades afectadas.
Las tierras de resguardos coloniales no se han tomado en debida consideración a la hora de certificar comunidades.	Se están excluyendo comunidades indígenas ancestrales en tierras de resguardos coloniales cuyos títulos han sido ignorados por las entidades.

La falta de notificación del acto administrativo que declara la no presencia de comunidades no es conocida por las autoridades étnicas, sus organizaciones y órganos de control.	La inaplicación del principio de publicidad es una vulneración del derecho a la consulta, ya que desde esta etapa preliminar las comunidades afectadas quedan excluidas. En el mejor de los casos se enteran extemporáneamente y, si tienen la fuerza organizativa para dar a conocer su caso, tienen que acudir a mecanismos judiciales como la acción de tutela para defender sus derechos⁴⁴
---	--

El desconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos y comunidades étnicas y, en especial, a través de la vía de la no certificación de presencia, ha sido en el país un factor determinante y reiterativo en los conflictos en torno a la garantía, el cumplimiento y ejercicio del derecho a la consulta previa. Sobre los *«problemas prácticos derivados de las certificaciones expedidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior»* (Sentencia SU-123, 2018), la Corte Constitucional ha reparado en más de una ocasión, como es el caso de las Sentencias T-693 de 2011, T-298 de 2017 y la reciente SU-123 de 2018.

Con ocasión de ello, en este último fallo de unificación jurisprudencial, el territorio, señaló este alto tribunal, debe entenderse como una noción que *«va más allá de un espacio físico formalmente demarcado, como un resguardo, y se vincula a elementos culturales, ancestrales así como espirituales»*, es decir que, de acuerdo con la jurisprudencia interamericana que el alto tribunal trae a sus razones de decisión, se tiene que la titularidad del derecho al territorio ha de entenderse que *«surge de la ocupación de un espacio determinado por parte de la minoría étnica y no de la formalización del derecho de propiedad que reconoce la administración, verbigracia un registro»*.

A partir de allí, expuso el alto tribunal, se identifican dos conceptos de territorio: uno *«geográfico»*, que comprende el espacio reconocido legalmente bajo la figura del resguardo, territorios colectivos de las comunidades

⁴⁴ Las comunidades afectadas se ven obligadas a acreditar la subsistencia y se invierte la carga de la prueba en cuanto a tener que ser ellas las que demuestren el daño o afectación, en desconocimiento a los principios de precaución y prevención.

afrodescendientes, y otras figuras semejantes. Por otro lado, señala, está el concepto «*amplio*» de territorio, que incluye las zonas que habitualmente ha ocupado el pueblo o comunidad indígena, al igual que los lugares en donde tradicionalmente han desarrollado sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales (Sentencia SU-123, 2018).

De acuerdo con ello y en atención a las posibles complejidades en territorios amplios, advirtió la Corte Constitucional en esta providencia que, para determinar en cada caso el alcance de los mismos y con ello la procedencia de la consulta previa como un efecto de su eventual afectación directa por una determinada medida, las autoridades deben *«tomar en consideración en el caso concreto los elementos económicos, culturales, ancestrales, espirituales que vinculan a un pueblo étnico a un determinado espacio como soporte material de su existencia y diversidad cultural»*.

Así mismo, entendiendo que *«no toda medida que pueda tener algún impacto en el territorio amplio de un pueblo étnico implica automáticamente que exista una afectación directa que haga exigible la consulta previa»*, la Corte Constitucional señala en esta sentencia que para efectos de determinar si existe o no tal tipo de afectación, las autoridades competentes pueden, en virtud del principio de proporcionalidad, considerar

la intensidad y permanencia efectiva con la cual un pueblo étnico ha ocupado o no un determinado espacio específico, el grado de exclusividad con el cual ha ocupado esas porciones territoriales, al igual que sus particularidades culturales y económicas como pueblo nómada o sedentario, o en vía de extinción.

Así mismo, entendiendo que *«no toda medida que pueda tener algún impacto en el territorio amplio de un pueblo étnico implica automáticamente que exista una afectación directa que haga exigible la consulta previa»*, la Corte Constitucional señala en esta sentencia que para efectos de determinar si existe o no tal tipo de afectación, las autoridades competentes pueden, en virtud del principio de proporcionalidad, considerar

la intensidad y permanencia efectiva con la cual un pueblo étnico ha ocupado o no un determinado espacio específico, el grado de exclusi-

vidad con el cual ha ocupado esas porciones territoriales, al igual que sus particularidades culturales y económicas como pueblo nómada o sedentario, o en vía de extinción.

Cuadro 4

Derechos territoriales y a la consulta previa de las Asociaciones de Capitanes Indígenas del Mirití, Amazonas (ACIMA) y de indígenas de Pedrera Amazonas (AIPEA).

Mediante Auto Interlocutorio n.º 080 de 2017 y con arreglo a lo establecido en los artículos 151 y 152 del Decreto Ley 4633 de 2011, el Juzgado Civil Especializado en Restitución de Tierras del Distrito Judicial de Cundinamarca concedió la medida cautelar solicitada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (UAEGRTD), a favor de la Asociación de Capitanes Indígenas del Mirití, Amazonas (ACIMA) y de la Asociación de Autoridades Indígenas de La Pedrera, Amazonas (AIPEA), con jurisdicción en el corregimiento departamental de La Pedrera, Amazonas.

Esta providencia judicial incorpora en sus disposiciones, por un lado, buscando la «formalización de las áreas de ocupación ancestral», aquella dirigida a la Agencia Nacional de Tierras (ANT) para efectos de dar cumplimiento a la solicitud de ampliación de los resguardos Comeyafú y Puerto Córdoba.

Así mismo, dos órdenes adicionales del juez de conocimiento que se encaminaron también allí a la protección de este territorio indígena y sus recursos naturales, son las dirigidas a la Unidad Nacional de Protección (UNP), para quien este dispuso que debe, «*con la supervisión de la Defensoría del Pueblo, formular y ejecutar un Plan de Protección Colectivo, que considere la*

construcción de un mapa de riesgo» y para efectos de «proteger el territorio colectivo y garantizar la vida y la integridad de las autoridades y personas indígenas miembros de las Asociaciones ACIMA y AIPEA».

Por su parte, ordenó el juez de restitución a la Autoridad Nacional de Licencia Ambientales (ANLA) y a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía (CORPOAMAZONIA), suspender *«el estudio y trámite de cualquier solicitud de licencia ambiental para la explotación minera en el territorio indígena»* de ambas asociaciones e *«incluyendo las dos áreas sin formalizar de ocupación ancestral referidas»* y hasta que la ANT *«culmine el procedimiento administrativo de ampliación de resguardo indígena».*

En este marco y atendiendo a las recomendaciones emitidas por el Comité de Evaluación de Riesgo y Recomendación de Medidas (CERREM) Colectivo y adoptadas mediante la Resolución 2430 de 2018, en el marco de la formulación y ejecución del Plan de Protección Colectivo para garantizar la vida e integridad de las autoridades y personas indígenas miembros de las Asociaciones ACIMA y AIPEA, correspondió a la Defensoría Delegada para los Grupos Étnicos realizar *«en articulación con la Procuraduría Delegada Preventiva en Materia de Asuntos Étnicos, con apoyo de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) y apoyo metodológico de la Secretaría Técnica del CIPRUNNA»*, documentar y sistematizar los casos y/o denuncias existentes en el territorio, respecto a la vulneración de derechos humanos de las que hayan sido objeto los miembros de estas asociaciones.

Lo anterior, según se recoge en el mismo acto administrativo, teniendo en cuenta que *«de acuerdo con al concepto de Macro-Territorio (...) la medida incluye a las AATI de la cuenca media y baja del río Caquetá»* (nota 1) y que *«esta medida deberá ser coordinada con cada una de las autoridades indígenas»* (nota 4).

Así mismo, se recomendó en dicho CERREM colectivo que la Defensoría Delegada para los Grupos Étnicos, en articulación con la Procuraduría Delegada Preventiva de Asuntos Étnicos, *«en el marco del ejercicio de documentación inicial, procedan a realizar la identificación de casos y/o denuncias existentes en el territorio, con respecto a la vulneración de derechos fundamentales y derechos humanos de los cuales son objeto los miembros de las asociaciones de ACI-MA y AIPEA»*.

Lo anterior, teniendo en cuenta, como se lee en el acto administrativo mencionado, que *«de acuerdo con el concepto de Macroterritorio (...) la medida incluya a las AATI de la cuenca media y baja del río Caquetá, con especial atención de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario»* (nota1), así como *«los procesos localizados de: Aeródromo del Mirití, instalación de antenas para el proyecto de AndiRed y solicitud de constitución de Reserva Minera Indígena de Aduche»* (nota 2).

De acuerdo con lo anterior, para efectos de cumplir con lo recomendado, la Delegada para los Grupos Étnicos ha venido requiriendo y documentando la información relativa al licenciamiento ambiental de Proyectos, Obras y Actividades, incluidos aquellos que se precisan en la Resolución 2430 de 2018, así como frente a la garantía del derecho fundamental de consulta previa de las Asociaciones titulares de las medidas allí recomendadas, para efectos de la identificación y sistematización mencionadas.

Fuente: Defensoría Delegada para los Grupos Étnicos, oficio n.º 40120-102, 2019.

Es importante reparar en que, para la Corte Constitucional, esta valoración de la afectación directa debe tener un enfoque étnicamente diferenciado y, en consideración al que señala como criterio relevante, esto es, en aplicación del artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT, y por ende sustentarse la misma en estudios cooperados con los pueblos y comunidades étnicas, sobre la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medioambiente resultado de la medida, cuyos resultados deben ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las mismas. La Defensoría del Pueblo

quiere llamar la atención sobre la relevancia de atender a este criterio.

Lo anterior ocurre en la medida en que se considera que su implementación no solo se corresponde con la finalidad del artículo 7.º del Convenio 169 de la OIT en comento, la cual no se circunscribe exclusivamente a la participación de los pueblos y comunidades frente a los estudios ambientales propios de los proyectos, obras o actividades que son objeto de procesos de consulta previa, sino que, a juicio de este organismo encargado de velar por el ejercicio de los derechos humanos, con mayor razón ha de entenderse que comprende aquellos necesarios para resolver sobre su participación en tales procesos, esto es, los realizados para determinar la existencia y carácter de su propia afectación directa. La aplicación de tal criterio se corresponde, además, con la maximización de la autonomía de los pueblos y comunidades étnicas y la minimización de sus restricciones.

Consultada sobre la interpretación e implementación que, en el marco de su función de determinar la existencia de afectaciones directas a comunidades étnicas, viene dando a los mencionados criterios de intensidad, permanencia y grado de exclusividad, la DCP (2019) parte por exponer que *«el concepto de territorio, como lo ha manifestado la Corte Constitucional, no se suscribe a una concepción física perimetral, sino a las prácticas sociales y culturales y su nivel de intensidad y permanencia efectiva constitutivas de la concepción territorial de una comunidad étnica»* y ello *«independientemente de la condición legal o formal de dicho territorio»*.

En este mismo sentido aclaró en su comunicación que el análisis técnico de presencia o no de comunidades étnicas que adelanta «tiene por objeto evidenciar tales prácticas sociales y culturales y, en consecuencia, determinar las posibles afectaciones directas sobre comunidades étnicas frente al desarrollo de proyectos, obras o actividades».

A partir de allí, señaló la DCP del Ministerio del Interior que ha venido instrumentalizando los criterios de intensidad, permanencia y grado de exclusividad en el marco de las visitas técnicas de verificación y de los respectivos conceptos técnicos de presencia o no de comunidades étnicas.

Así, respecto al criterio de la *«permanencia»*, señaló venir implementándolo en el marco de los procedimientos establecidos en el protocolo de visitas de verificación, con arreglo a la noción de *«(p)ermanencia de la zona de asentamiento»* conforme a la cual se identifica el carácter nómada, seminómada o sedentario de una determinada comunidad. Al respecto, señaló que, conforme a tal protocolo, *«la permanencia se encuentra suscrita a las dinámicas de poblamiento y ocupación territorial que una comunidad étnica ejerce»*. Sobre este mismo criterio, explicó esta Dirección en su comunicación que

dichas formas de permanencia territorial son independientes de si se encuentran en un área territorial legalmente reconocida (como ocurre en el caso de los resguardos, títulos colectivos y reservas) o no, teniendo en cuenta que la legitimidad territorial de una comunidad étnica no está sujeta exclusivamente al reconocimiento jurídico de dichos territorios. Lo anterior, acogiendo los parámetros jurisprudenciales y lineamientos establecido en el Convenio 169 de la OIT. (DCP, 2019)

Por su parte, en relación con los criterios de intensidad y grado de exclusividad, aclaró la DCP en su comunicación que, conforme a sus parámetros, estos consisten en *«las prácticas sociales y culturales constitutivas de cohesión social de un colectivo o comunidad étnica las que determinan su ámbito territorial»*, razón por la cual precisó:

los análisis de afectación directa a la territorialidad de una comunidad étnica no se establecen a partir de traslapes cartográficos o exclusivamente en análisis geográficos, en tanto son las prácticas sociales, culturales, económicas, espirituales y ambientales las que configuran la territoriales (SIC) de una comunidad étnica, independientemente de si se realizan en un área legalmente reconocida para dichas comunidades o no. (DCP, 2019)

Tal análisis valora, además, señala la DCP,

el grado de intensidad con que estas son desarrolladas, teniendo en cuenta dimensiones como el nivel de proporción, tiempos, relevancia, entre otras, que en suma pretenden evidenciar el nivel de cohesión social que existe a partir del desarrollo de las mencionadas prácticas, tomando en consideración su nivel de dependencia de estas para su subsistencia o aseguran

su desarrollo como colectivo étnico y que los diferencia de la sociedad mayoritaria. (2019)

Pues bien, sobre el particular no resulta claro para la Defensoría del Pueblo, por un lado, si una consecuencia de la interpretación de la DCP es la de hacer extensivos los razonamientos presentados por la Corte Constitucional para el «*territorio amplio*» a aquel que expresa la noción geográfica de territorio, esto es, incluidas las tierras sobre las cuales los pueblos y comunidades étnicas ejercen sus derechos de propiedad y posesión de manera colectiva.

De ser ese este el caso, se estaría dando, a juicio de la Defensoría del Pueblo, una interpretación regresiva en la garantía y protección de los derechos territoriales de los pueblos étnicos y de contera de su previa participación en las medidas que puedan afectarlos, pues, atendiendo la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional, para esta entidad garante de los derechos humanos es claro que la existencia de tales derechos sobre un territorio no dan lugar a duda para concluir que la afectación directa del pueblo o comunidad titular de los mismos y por ende su derecho a participar mediante consulta previa cuando una medida prevea intervenirlo afectándolo, bien sea negativa o positivamente.

De manera que cuando los estándares en la materia advierten que el territorio no se define exclusivamente en términos geográficos, no se está desconociendo que su demarcación y titulación juegan un papel vital para su adecuada protección jurídica y administrativa, ni tampoco puede perderse de vista que el efecto de tal afirmación es expansivo y para efectos de comprender lugares de significación religiosa o cultural, y no para desdibujar dicha protección de la propiedad colectiva.⁴⁵

Al respecto, quiere llamarse especialmente la atención sobre lo señalado por la CIDH, en el sentido de afirmar que «*el derecho a ser consultado es fundamental para el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras*

⁴⁵ Ver también, Sentencia T-525 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-698 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), decisión en que la Sala Novena expresó: «El fallo (T-235 de 2011) precisó que el derecho fundamental al territorio colectivo o a la propiedad colectiva del territorio se deriva del Convenio 169 de la OIT y del artículo 329 Superior, en armonía con los artículos 58 y 63 de la Carta Política que ordenan proteger todas las formas de propiedad y le atribuyen a los territorios indígenas las cualidades de inembargables, inalienables e imprescriptibles, respectivamente. || Esas tres características y el reconocimiento de la ancestralidad como título de propiedad (al respecto, ver las prevenciones planteadas en la Sentencia T-282 de 2012 sobre el uso figurado del concepto “título” en estos contextos, por tratarse de una categoría de derecho civil, no necesariamente compatible con el derecho propio de los pueblos indígenas) son, por ende, las notas definitorias del derecho fundamental al territorio colectivo (...).»

que han usado y ocupado tradicionalmente». Este mismo organismo ha advertido que

uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales. (2009)

Es preciso señalar que el cumplimiento a este deber de reconocimiento, respeto y protección de los derechos territoriales étnicos por parte del Estado, ha de incorporar tanto la comprensión del derecho a la propiedad colectiva como un derecho que surge, en principio, de la posesión ancestral y los usos consuetudinarios no teniendo, por tanto, el reconocimiento formal a través del proceso de titulación un carácter constitutivo sino declarativo del derecho de dominio, como para facilitar su protección jurídica; como el respeto a las formas de apropiación cultural, uso, manejo y distribución de la tierra. De la misma manera expansiva de los derechos, se considera que ha de entenderse la distinción elaborada por el juez constitucional entre las nociones de afectación directa y área de influencia directa.⁴⁶

(E)l concepto de afectación directa difiere del de área de influencia de un proyecto. Este último concepto se refiere a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos, en tanto la afectación directa, como se indicó, es un concepto esencial para determinar cuándo se activa la consulta previa y se identifican los impactos que se ocasionan a las comunidades étnicas tanto en su territorio, como en su ambiente, salud y estructuras sociales y culturales. (Sentencia SU-123, 2018)

A juicio de la Defensoría del Pueblo, tal distinción constitucional conduce a la posible existencia en casos concretos de afectaciones directas generadas en un territorio étnico con ocasión de proyectos, obras o actividades, en áreas del mismo que pueden llegar a desbordar el área de influencia directa de un POA. No podría, por otro lado, inferirse sin desconocer la

⁴⁶ Sentencia SU-123 de 2018.

propia jurisprudencia constitucional y el principio de la progresividad y no regresividad en la garantía de los derechos, que, a pesar de la existencia de traslapes entre un área de influencia directa y territorios étnicos, pudiera no producirse una afectación directa sobre los derechos de sus titulares.

Lo anterior, en particular, tal como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, debido a que

(...) un proceso de licenciamiento ambiental en el que se encuentren involucrados grupos étnicos supone el desarrollo de consulta previa, por la propia naturaleza del mismo. Dicho de otra forma, la necesidad legal de una licencia ambiental bajo los parámetros de la Ley 99 de 1993 demuestra que los impactos de la actividad licenciada constituyen una afectación directa. (Sentencia T-236, 2017).

La Corte Constitucional ha señalado además que la ausencia de reconocimiento no implica la inexistencia del derecho y agregado que la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituye en sí misma, una violación al derecho.^{47 48} Al respecto, ha de señalarse que, al momento de ser publicado este documento, la ausencia de una norma concertada con las organizaciones indígenas que fije las reglas para la clarificación de la vigencia legal de los títulos de resguardos de origen colonial constituye una inobservancia del Gobierno colombiano al numeral 3 del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, de acuerdo con el cual *«deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados»*, la cual se traduce, además, en la negación de su derecho a participar en las decisiones que afectan su derechos sobre tales territorios.

Debe advertirse, por otro lado, respecto al deber de precaución existente frente a los territorios pendientes de ser delimitados, demarcados o titulados, y que se expresa en el derecho a la protección provisional que, de

47 Sentencias de la Corte Constitucional T-693/11 y T-698/11. En el primer fallo, la Corte otorgó el amparo a la consulta previa en virtud de la solicitud elevada por una comunidad indígena sobre la afectación que la instalación de un tramo de oleoducto suponía para la comunidad indígena de Achagua, porque atravesaba un lugar de importancia cultural que, sin embargo, no hacía parte del territorio colectivo. En el segundo caso, la Corte consideró procedente la consulta, previa la instalación de una antena de telefonía celular, en un lugar cuya propiedad se hallaba en disputa entre una comunidad indígena y un particular.

48 Op. cit, Valencia, María, 2016.

acuerdo a lo señalado, por un lado, a instancias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, supone que los Estados deben abstenerse de realizar, hasta tanto no se realice (la) (...) delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la comunidad.⁴⁹

Tal regla, ha sido aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien, en informe de 2004 sobre las comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo en Belice, señaló que los Estados desconocen el artículo XXIII de la Declaración Americana y el artículo 21 de la Convención Americana si no se abstienen de

otorgar concesiones madereras y petroleras a terceros para utilizar los bienes y recursos que podrían quedar comprendidos por las tierras que deben demarcar, delimitar y titular o aclarar y proteger por otra vía, en ausencia de consultas efectivas y de consentimiento informado del pueblo.⁵⁰

Tal protección ya ha venido siendo además incorporada por los jueces en el país. Al respecto, fue mencionada en la primera sección de este texto lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-530 de 2016, en donde, invocando un deber de precaución, el alto tribunal amparó los derechos del Resguardo Indígena de origen colonial Cañamomo Lomapieta sobre su territorio frente a las actividades de explotación de sus recursos naturales, hasta tanto el mismo no sea delimitado, advirtiendo al tiempo que *«abstenerse de otorgar licencias en un territorio que está siendo objeto de delimitación y titulación para beneficio de una comunidad étnica es una obligación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos»*.

No puede entonces dejar de señalarse la debida protección que se demanda del Estado para aquellos territorios que cuentan con títulos o reconoci-

49 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua

50 Op.Cit. Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH (2009), p.51 CIDH, Informe n.º 40/04, Caso 12 053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr.194.

mientos jurídicos de otra índole que, como en el caso de los resguardos (coloniales y republicanos), las reservas y los territorios colectivos, han sido justamente las relaciones jurídicas, económicas, sociales, culturales y ambientales con el territorio, los fundamentos que han dado lugar a los mismos. Tal podría ser igualmente el caso de territorios que, aunque amplios, en tanto van más allá de los resguardos, cuentan con una protección jurídica previamente justificada y fundamentada con arreglo a dichas prácticas culturales, ambientales y espirituales, como puede ser el caso del Decreto 1500 de 2018 y el territorio tradicional y ancestral que demarca la Línea Negra en la Sierra Nevada de Santa Marta.

Por otro lado, debe advertirse cómo no se observan con claridad cuáles son los parámetros o las consideraciones que son adoptados por la DCP para efectos de determinar las dinámicas de ocupación territorial ejercidas por una comunidad. Tal determinación habría de considerar necesariamente la diversidad de usos y manejos propios del territorio. Ello mismo se aprecia en relación con la determinación de los grados de exclusividad e intensidad propios al análisis de las mencionadas prácticas, y en especial, cuando, como se señala, debe acudir a dimensiones como el *«nivel de proporción»*, los *«tiempos»*, la *«relevancia»*, o el *«nivel de dependencia»* de estas para la subsistencia.

Para este organismo de derechos humanos del Estado, ello debería acompañarse con la formulación de una clara política sobre espacios sagrados de valor cultural y ambiental en la que se articulen la protección del patrimonio inmaterial con la de la biodiversidad y los derechos territoriales y de autonomía de los pueblos étnicos y se establezcan los mecanismos para garantizar el cuidado de estos espacios, como el acceso a los mismos por parte de los miembros y autoridades de los pueblos y comunidades, de acuerdo con sus prácticas.

Sobre este punto, debe señalarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵¹ ha destacado que los pueblos y comunidades étnicas mantienen una relación espiritual con sus territorios colectivos, relación entre cultura

⁵¹ Ver, principalmente, caso Mayagna, fundador de la línea de la Corte Interamericana sobre los derechos a la propiedad colectiva del territorio y la consulta previa, y la decisión Saramaka vs. Surinam. (Caso de la Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tingni vs. Nicaragua. 31 de agosto de 2001 y Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007)

y territorio que, aunada a su importancia para el ejercicio de los derechos de autonomía de la comunidad, llevó a la Corte Constitucional a expresar desde el fallo T-188 de 1993 que el territorio colectivo es un derecho fundamental de las comunidades étnicas.

El derecho de los pueblos y comunidades étnicas a sus territorios y recursos naturales comprende, entonces, una dimensión espiritual que no puede ser desconocida cuando se le afecta directamente. En efecto, de acuerdo con su propia visión del mundo, muchos pueblos mantienen una relación espiritual con el territorio que debe ser respetada, como quiera que es parte de su integridad cultural. Ejemplo de esta relación son el sistema de espacios sagrados en la Sierra Nevada de Santa Marta; los Kalu y los Piria, lugares sagrados de los Tule o Guna Dule; igualmente los Jaidé de los Embera; son de alto valor espiritual los sitios de origen para las culturas amazónicas, o los lugares para el desarrollo de prácticas rituales o curativas. Las comunidades afrodescendientes también realizan prácticas culturales asociadas al uso, manejo apropiación territorial y de los recursos naturales.

Las consideraciones presentadas por la Corte Constitucional en las Sentencias SU-383 de 2003 y T-849 de 2014 expresan la incorporación de esta dimensión al amparo de los derechos territoriales y de participación de los pueblos y comunidades étnicas. En la primera de estas señaló que:

(...) la concepción territorial de los pueblos indígenas y tribales no concuerda con la visión de ordenamiento espacial que maneja el resto de la nación colombiana, porque para el indígena, la territorialidad no se limita únicamente a una ocupación y apropiación del bosque y sus recursos, pues la trama de las relaciones sociales trasciende el nivel empírico y lleva a que las técnicas y estrategias de manejo del medioambiente no se puedan entender sin los aspectos simbólicos a los que están asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce.

Por su parte, en la Sentencia T-849 de 2014, este mismo tribunal advirtió que el territorio tradicional y ancestral de los pueblos kogui, wiwa, arhuaco y kankuamo expresado en la denominada ‘Línea Negra’, *«es una zona de*

especial protección, debido al valor espiritual y cultural que tiene para los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta». Bajo ese entendido la Corte Constitucional advirtió en dicha providencia que

el compromiso asumido por el Estado colombiano no se limita a la garantía de protección de algunos sitios al interior de la denominada Línea Negra, sino a la totalidad del territorio que incorpora a la misma toda vez que corresponde a un espacio georreferencial delimitado por un polígono que recrea un espacio determinado y no un conjunto de lugares sin conexión alguna en lugares aislados.

Es claro, entonces, que el derecho al territorio de los pueblos y comunidades étnicas ha de ser reconocido y protegido conforme a sus alcances y, como un elemento fundamental para el ejercicio de los pueblos y comunidades étnicas, a participar de las decisiones que los afectan o puedan afectar directamente. Estos alcances son también bioculturales, según lo ha precisado ya esa misma alta corporación en sentencias como la T-622 de 2016 y en atención a que el derecho al territorio incorpora, de acuerdo con el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, el deber de los Estados consistente en la protección de los derechos de los pueblos y comunidades étnicas sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, los cuales comprenden participar en su uso, administración y conservación.

Al respecto, ha de señalarse cómo el carácter y contenido de los derechos territoriales de los pueblos y comunidades étnicas han de considerar igualmente lo previsto en la Ley 164 de 1995 aprobatoria del «*Convenio sobre la Diversidad Biológica*» que reconoce

la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica, y la utilización sostenible de sus componentes.

derecho al territorio de los pueblos y comunidades étnicas que es al tiempo elemento esencial de la garantía y pleno ejercicio de su derecho a participar a través del mecanismo de la consulta previa en las decisiones que los afecten o puedan afectar, es el relativo a los estudios que valoran la afectación e impactos sobre dicho territorio.

Informa al respecto la DCP, y en particular sobre la incorporación en sus procedimientos de certificación, de los estudios particulares y expresos sobre la posible afectación directa que pueda causar el proyecto, obra o actividad, con independencia de la limitación del área de influencia directa, que le ordenó la Corte Constitucional en su Sentencia SU-123 de 2018, que tales procedimientos son un ejercicio técnico soportado en dos escenarios: i) «cuando existe información suficiente en la base de datos disponible en la Dirección del Consulta Previa»⁵² y ii) cuando la información sobre las comunidades identificadas, tras la consulta a la base de datos, es insuficiente o existen dudas sobre la presencia o no de comunidades étnicas, caso en el cual se adelanta un procedimiento de visita de verificación.

Quiere, al respecto, insistirse en llamar la atención sobre la necesidad de articular a los procesos de certificación que adelanta la DCP y lo previsto en el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT respecto de la realización de estudios en cooperación con los pueblos interesados para evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medioambiente, que puedan recaer ante las actividades que se desarrollen. Esta no puede ser una tarea técnica sustraída al contenido participativo de la consulta previa.

2.4 Consulta previa, autonomía y diversidad étnica y cultural.

La Corte Constitucional ha señalado que

(l)a consulta previa se desprende de que Colombia se constituye

52 Dicha base, señala la DCP, comprende «información sobre antecedentes históricos de visitas de verificación realizadas, información cartográfica disponible a la fecha sobre resguardos indígenas, reservas indígenas, títulos colectivos de consejos comunitarios, cabildos indígenas, parcialidades indígenas y consejos comunitarios (Bases de Datos de la Agencia Nacional de Tierras, Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y conceptos y visitas técnicas realizadas por la Dirección de Consulta Previa».

como una república democrática, participativa y pluralista (art. 1 C. P.), que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional (arts. 7 y 70, C. P.) y que las comunidades étnicas gozan de plenos derechos constitucionales fundamentales. Además, la Constitución reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas en sus territorios (art. 330, C. P.), por lo cual Colombia es un Estado multicultural y multiétnico, y la consulta previa es un instrumento y un derecho fundamental para amparar esos principios constitucionales. (Sentencia SU-123 de 2018)

El reconocimiento y respeto a la diversidad étnica y cultural y del derecho a la autodeterminación de los pueblos y comunidades se constituyen en elementos centrales a la garantía y cumplimiento del deber de garantizar su participación a través de la consulta previa frente a las eventuales medidas que puedan afectarlos directamente. Es clara su incidencia, por un lado, en el reconocimiento mismo de la titularidad del derecho a ser consultado conforme al Convenio 169 de la OIT y, por otro, en el contenido y carácter del proceso consultivo mismo.

Sobre lo primero, es de señalar que se han identificado dentro de los cuestionamientos hechos por las organizaciones étnicas y otros actores que *«existe la tendencia a certificar únicamente comunidades, cuyas autoridades están registradas en el Ministerio del Interior»*, lo cual supone un riesgo de vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, pues existen numerosas comunidades que no han registrado sus autoridades ante las alcaldías o, aunque habiéndolo hecho, no cuentan con registro ante el Ministerio del Interior; por lo tanto, son invisibilizadas (Valencia, 2016).