Cuadro 5 97

Territorialidad, consulta previa y diversidad étnica y cultural en el departamento de Bolívar

Desde la Defensoría del Pueblo Regional Bolívar, a octubre de 2016 se habían identificado 59 consejos comunitarios de comunidades negras en el departamento y 21 comunidades Indígenas organizadas en 16 Cabildos Menores, en su mayoría de la etnia zenú.

Si bien la mayoría de las autoridades étnicas identificadas por la Defensoría del Pueblo a través del acompañamiento y defensa de sus derechos fundamentales colectivos no se encuentran inscritos ante los registros del Ministerio del Interior, la Defensoría ha sostenido, en concordancia con lo expuesto por la Corte Constitucional, que el registro no otorga autoridad ni constituye un reconocimiento, pues esos atributos se derivan de las comunidades.

Las organizaciones étnicas de este departamento tienen una historia de ocupación del territorio sobre áreas que han sido denominadas estratégicas para la ejecución de proyectos industriales, portuarios, turísticos, viales y del sector de los hidrocarburos, algunos con intereses nacionales e internacionales. A pesar de ello, se encuentran en situaciones de vulnerabilidad extrema, en la mayoría de ellas no se alcanza el mínimo de satisfacción de sus necesidades básicas tales como alimentación, agua potable, servicios públicos, entre otras.

Se destaca que 30 Consejos Comunitarios y la totalidad de las comunidades indígenas identificadas manifiestan haber sufrido hechos en el marco del conflicto armado que han generado daños colectivos en cuanto a sus derechos territoriales, culturales, sociales y económicos, y que solo hasta noviembre de 2018 se protocolizó el Plan de Reparación colectiva del Consejo Comunitario Makankamaná de Palenque, que es



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

el único Plan de Reparación a sujetos colectivos étnicos aprobado a la fecha en el departamento de Bolívar.

Para el mes de septiembre de 2019, la Defensoría del Pueblo había sido convocada a 15 reuniones de consulta previa, 14 de ellas a realizarse en comunidades negras de la zona rural del Distrito de Cartagena, y 1 en una comunidad negra del municipio de María La Baja, varias de las reuniones de consulta previa coinciden en la fecha 5, de ellas convocadas para el día 17 de septiembre de 2019, 2 para el 18 de septiembre de 2019, 3 para el 19 de septiembre de 2019, haciendo difícil el acompañamiento a la mayoría de las consultas previas.

Casos de consultas previas para destacar en Cartagena y Bolívar.

La consulta previa al Plan Integral de Atención y Reparación al Consejo Comunitario Makankamaná de Palenque, como sujeto colectivo víctima del conflicto armado interno.

La Defensoría del Pueblo desde la Delegada para Grupos Étnicos en la Regional Bolívar acompañó la consulta previa y apoyó al Consejo Comunitario Makankamaná en la concertación de las medidas de reparación protocolizadas

Proyecto «Construcción y Operación del Gasoducto Loop San Mateo Mamonal»

La Defensoría del Pueblo acompañó a las comunidades negras del departamento de Bolívar y el Distrito de Cartagena en la defensa de su derecho a la participación en el marco de este proyecto, además intervino ante la Corte Constitucional en favor de las comunidades étnicas de María La Baja, Arjona y Cartagena de Indias en el marco de la revisión de una acción de tutela presentada por las autoridades étnicas de Pasacaballos, Flamenco y el Níspero.

Por otro lado, la Defensoría ejerció la representación jurídica de los Consejos Comunitarios de Rocha en el municipio de Arjona, y de Correa en el municipio de María La Baja, en favor de quienes presentó una acción de tutela en contra del Ministerio del Interior y la empresa Promigas S.A. por el desconocimiento del derecho fundamental a la participación de estas comunidades negras afectadas por el proyecto, quienes se encuentran actualmente en etapa de seguimiento a los acuerdos concertados.

Tutela 054 de 2019, Caso Aguas de Cartagena - Complejo Lagunar Juan Gómez Bohórquez.

La Defensoría del Pueblo a través de la Delegada para Grupos Étnicos ha venido acompañando a las comunidades negras de Rocha y Puerto Badel en el municipio de Arjona, el consejo Comunitario Lomas de Matunilla en el municipio de Turbana y los Consejos Comunitarios de Leticia y Recreo en el Distrito de Cartagena, con el caso relacionado con los daños ambientales sobre el complejo cenagoso usado por el Distrito de Cartagena para surtir de agua potable a la ciudad.

Los daños ambientales vienen con la afectación de las prácticas económicas, sociales y culturales como comunidades étnicas. En este sentido, se acompañó y asesoró en las reclamaciones administrativas ante las autoridades ambientales, se intervino en la acción de tutela que terminó con el fallo 054 del 12 de agosto de 2019, emitido en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que le concedió el amparo al derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades étnicas señaladas.



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 DCP señala que los procedimientos que realiza

a efectos de determinar las comunidades étnicas titulares del derecho fundamental a la consulta previa no buscan desconocer la existencia per se de una comunidad étnica, en tanto este consiste en la determinación de la presencia o no de dichas comunidades de acuerdo con las posibles afectaciones directas que una intervención o medida pueda generar. (DCP, 2019)

Advirtiendo por lo tanto que, «el propósito de las certificaciones no pretende establecer un «grado de etnicidad» legítima que cumpla con los requisitos de una identidad étnica «apropiada para acceder al derecho fundamental a la consulta previa» (DCP, 2019).

Así mismo, señaló en su misiva la DCP que «los procedimientos adelantados por dicha Dirección, no buscan "validar" la existencia de una comunidad étnica o determinar su condición como sujeto colectivo». De esta manera, luego de exponer dos criterios posibles para establecer la condición de un sujeto colectivo étnico, esto es «el criterio subjetivo (que) corresponde al derecho de autorreconocimiento» y «el criterio objetivo (que) corresponde a los elementos sociales y culturales que definen la cohesión social de un colectivo», advierte en su respuesta esta Dirección que es sobre este último que adelanta sus análisis técnicos y «a efectos de determinar en qué nivel y proporción una medida o intervención puede generar posibles afectaciones directas sobre dichos elementos objetivos» (DCP, 2019).

Sobre el particular debe llamarse la atención acerca de la necesaria coordinación que ha de existir entre las diferentes Direcciones étnicas en el Ministerio del Interior, para efectos de los exámenes de titularidad y procedencia del derecho a la consulta previa. Tales ejercicios, se advierte especialmente, deben adelantarse con arreglo al criterio de la *«autoidentificación colectiva»* de cada comunidad indígena que, tal como lo ha señalado la Corte IDH, es *«un hecho histórico social que hace parte de su autonomía»*, razón por la cual corresponde a estas *«identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica sin que el Estado u otros organismos externos lo hagan o lo controviertan»*, es decir, prosigue

«la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma como esta se autoidentifique».⁵³

Por otra parte, el principio de flexibilidad de los procesos consultivos establece un puente entre la consulta previa, la garantía de la diversidad cultural y de los derechos autonómicos de los pueblos y comunidades étnicas. Señala la DCP sobre el particular que «bajo el principio de flexibilidad de la consulta previa, esta Dirección adapta cada consulta a la comunidad con la cual se va a realizar y por tanto ninguna consulta es igual que la otra»⁵⁴.

En adición a lo anterior, informó la DCP que, atendiendo a este principio, «independientemente de la dinámica que cada consulta previa adquiere, lo que la Dirección de Consulta Previa asegura es el mayor estándar de participación posible, de manera que se garantice el núcleo esencial previsto en el mecanismo de consulta previa». Lo anterior, señala, «(m)áxime que no se cuenta con disposición normativa que imponga términos de duración de la consulta previa, ni número de reuniones». Concluye en su respuesta la DCP que en el caso de este principio «(s)e trata de buscar un equilibrio entre aquellos que se encuentran en una consulta previa y cuyos derechos tienen mismo raigambre constitucional».

Es preciso llamar especialmente la atención sobre el cumplimiento a este principio y criterio propio del deber estatal de adelantar procesos consultivos con los pueblos y comunidades étnicas cuando se prevean medidas susceptibles de afectarles directamente. Sobre el punto resulta pertinente recordar cómo la Corte IDH, en criterio retomado por la Corte Constitucional, ha señalado que los Estados tienen el deber de adelantar consultas, según las costumbres y tradiciones de los pueblos y comunidades y teniendo en cuenta «los métodos tradicionales (...) para la toma de decisiones»⁵⁵, esto es, las consultas han de ser culturalmente adecuadas.

⁵³ Op.cit. Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH (2009), p.11 2. Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

⁵⁴ Dirección de Consulta Previa, Oficio OFI19-30624-DCP-250 (12 de agosto de 2019). Respuesta solicitud de información relativa a la garantía del derecho fundamental de consulta previa.

⁵⁵ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam del de 28 de noviembre de 2007.



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

Lo anterior, en particular, para que en el marco de las fases preliminares o preconsultivas, sean debidamente respetadas las propias instituciones, autoridades, conocimientos y derecho propio del pueblo o comunidad consultada, incluyendo la observancia de los tiempos (calendarios ecológicos o propios) y espacios propios (sagrados, organizativos, etc.). Es en tal sentido y en consideración al asunto o materia, que a juicio de la Defensoría del Pueblo ha de implementarse el principio de la flexibilidad en los procesos consultivos.

En relación con el respeto a este principio, debe señalarse que la Defensoría del Pueblo ha advertido sobre la celeridad con la que se plantean algunos procesos de consulta, tanto de proyectos de obras y actividades como de medidas legislativas, y ello, no pocas veces desconociendo las complejidades culturales y organizativas de los pueblos y comunidades étnicas. En particular, recientemente en el caso de la consulta previa del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, la Defensoría del Pueblo (2019) llamó la atención sobre los tiempos tan restringidos para adelantar el proceso (p. 94). La observancia de este principio no puede implicar de ninguna manera el desconocimiento mismo de los criterios y las fases o momentos mínimos de una consulta previa.

Cuadro 6

Proceso de consulta previa convocado por el Ministerio del Interior para la municipalización de Barrancominas y San Felipe en el departamento del Guainía

Entre los días 7 y 14 de mayo del 2019, la Defensoría del Pueblo a través de su Delegada para los Grupos Étnicos y de la Defensoría Regional del Guainía participó como garante del proceso consultivo convocado por el Ministerio del Interior y con el interés de la Gobernación del departamento del Guainía para el proceso de municipalización de Barrancominas y San Felipe.

En el mismo, la Defensoría del pueblo puso en evidencia irregularidades procedimentales relativas a la ausencia de los elementos constitutivos y sustanciales de una fase preconsultiva, esto es, la concertación sobre una ruta metodológica del proceso, así como la asistencia e intervención en el proceso de personas no indígenas del corregimiento. Así mismo, a petición de las autoridades indígenas titulares del derecho de consulta previa, acompañó y orientó el espacio autónomo solicitado por estos para considerar ciertos aspectos y efectos del proceso y la medida administrativa propuesta.

En el marco de este espacio y de conformidad a sus funciones, la entidad advirtió igualmente al Ministerio del Interior como coordinador del proceso y garante de los derechos de los pueblos indígenas, la importancia de orientar con claridad a las Autoridades Indígenas y a la Gobernación sobre las reglas y subreglas de la consulta previa. Igualmente, se solicitó al funcionario representante del Ministerio que se abstuviera de calificar la existencia o inexistencia de la afectación, puesto que ello hace parte del proceso consultivo en el cual debe participar la comunidad y que hace parte de una ruta metodológica concertada posterior a la fase de preconsulta. Asimismo, se reiteró al Ministerio del Interior no desvincularse de su rol en el proceso y brindar información objetiva, toda vez que siendo la Asamblea Departamental parte en el proceso de consulta, se le delegó la explicación del Decreto 632 de 2018 a un diputado asistente.

Fuente: Defensoría Delegada para los Grupos Étnicos (2019)

Ahora, en relación con el derecho a la autodeterminación y su vínculo con el de consulta y CLPI, debe traerse a colación el reciente informe presentado al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General de la ONU por la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, en el cual este organismo identificó tres elementos transversales para el ejercicio de la autonomía o el autogobierno de los pueblos indígenas.



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

El primero de ellos, el control sobre las tierras, los territorios y los recursos naturales. Señala la Relatoría que «(...) la posibilidad de que los pueblos indígenas disfruten de sus derechos a sus tierras, territorios y recursos naturales constituye la condición más crucial para que puedan ejercer su autonomía o autogobierno»⁵⁶ (ONU, 2019, p.9). Otros dos elementos que identificó son, por un lado, las autoridades e instituciones propias a través las cuales los pueblos y comunidades étnicas ejercen sus derechos de autonomía y autogobierno, y cuyo relacionamiento con el Estado en su conjunto, señala este informe, «debe articularse en el marco de los acuerdos interculturales que establezcan los Estados y los pueblos indígenas». El otro lo identifica, por su parte, en los medios para financiar las funciones autónomas, pues, tal como allí se sostiene, «la capacidad de los pueblos indígenas para decidir y controlar sus propias vías de desarrollo es un elemento esencial para el funcionamiento de las sociedades autónomas» (ONU, 2019, pp. 9, 10).

Conviene preguntarse, entonces, desde esta perspectiva del derecho a la autonomía y el autogobierno, por la garantía y el ejercicio del derecho de los pueblos y comunidades étnicas en Colombia a ser consultados previamente a través de procedimientos adecuados y sus autoridades propias, cada vez que se prevean medidas que puedan afectarlos directamente, dos derechos, como ya se ha señalado, que se encuentran estrechamente vinculados.

A juicio de la Defensoría del Pueblo y en línea con lo señalado por la Relatoría Especial en su informe, es prioritario el fortalecimiento de las autoridades e instituciones indígenas y establecer con estas canales de relacionamiento, cooperación y coordinación, más propias del lugar que ocupan en la estructura orgánica del Estado. Tal como se concluye en el informe, «(l) a plena efectividad del derecho de los pueblos indígenas a la autonomía o el autogobierno implica cambios profundos en la configuración jurídica y estructural del Estado» (ONU, 2019, p.23).

Al respecto, señalaba en la Sentencia T-236 de 2012 la Corte Constitucional lo siguiente:

i) con base en el pluralismo jurídico que establece el artículo 1º de

⁵⁶ En el nivel nacional se encuentran el Espacio Nacional de Consulta Previa de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras (Decreto 1372 de 2018), la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas (Decreto 1397 de 1996) y la Comisión Nacional de Diálogo con el pueblo ROM, (Decreto 2957 de 2010).

la Constitución, deben ser reconocidas la existencia y eficacia de los sistema normativos indígenas y ser creados mecanismos de coordinación entre autoridades indígenas y demás autoridades; ii) los mecanismos reales de coordinación o las reglas concretas de definición de las competencias para ejercer jurisdicción ambiental adecuadamente, por parte de las autoridades que la Constitución, la ley y las normas internacionales aprobadas por Colombia disponen, están pendientes de regulación en nuestro ordenamiento jurídico. Pero resulta innegable que dentro de dichas autoridades se encuentran las de los pueblos indígenas.

Si bien en el país se han dado recientemente pasos importantes en dicho sentido, como por ejemplo la expedición de los Decretos 1953 de 2014 y 632 de 2018, la falta de conformación al día de hoy de las Entidades Territoriales Indígenas, así como la inexistencia de mecanismos de coordinación más acordes con la presencia histórica en el territorio y a su papel en la protección y manejo del ambiente y los recursos naturales, no son por lo pronto factores ajenos al estado actual de garantía y ejercicio del derecho a la consulta previa.

Por el contrario, el masificado trámite de procedimientos consultivos sobre únicos corredores bioculturales, territorios tradicionales y/o ancestrales y su conectividad ecosistémica, espiritual y cultural, pueden terminar por desconocer el carácter integral de los mismos, así como el derecho de estos pueblos y comunidades a determinar sus propias prioridades de desarrollo (art. 7, Convenio 169 OIT, 1989) e incluso su participación misma en las decisiones que los afectan, pues dicha afectación no estaría siendo en ella valorada conforme a sus verdaderos alcances en la integridad de su territorio. Al respecto, habría de tenerse en cuenta tal como advierte la Relatoría de la ONU en su informe que «las medidas que dan lugar a la fragmentación territorial y a la limitación de la jurisdicción obstaculizan el ejercicio de la autonomía o el autogobierno» (ONU, 2019, p. 23).

En cuanto al vínculo entre la diversidad, la autonomía y la participación, es preciso reparar finalmente, por un lado, en lo señalado por la Corte Consti-



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

tucional en la Sentencia T-063 de 2019. De acuerdo a lo considerado en esta providencia, las asociaciones y organizaciones de pueblos indígenas «no se encuentran legitimadas para renunciar a sus derechos fundamentales, ni desistir de velar por su protección cuando estos se encuentran potencialmente comprometidos», razón por la cual, bajo este marco, la pertenencia de una comunidad a una de ellas «no impone una barrera contra sus derechos fundamentales a la autonomía y a la autodeterminación, en ejercicio de los cuales debe y puede velar por sus intereses».

Por su parte, debe hacerse mención del Decreto 1232 de 2018⁵⁷, cuya expedición, según indica la propia norma, se produjo tras proceso consultivo conforme a una ruta metodológica acordada en la MPC. Esta norma, que aplica «en todo el territorio nacional y respecto de toda persona, grupo y/o comunidad perteneciente a los Pueblos Indígenas en Aislamiento o aquellos que en ejercicio de su autodeterminación decidan aislarse», incluye dentro de sus estrategias y medidas de prevención de estos pueblos, que «en concordancia con los principios de autodeterminación y no contacto e intangibilidad territorial»⁵⁸, el derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas en Aislamiento (PIA)

debe interpretarse teniendo en cuenta su decisión de mantenerse en aislamiento y la necesidad de otorgar mayor protección a dichos pueblos dada su situación de vulnerabilidad, por lo que no se recurrirá a este tipo de mecanismos de participación y consulta.⁵⁹

2.3 Consentimiento libre, previo e informado.

De conformidad con el artículo 6. ° del Convenio 169 de la OIT, la finalidad de toda consulta previa es la de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos y comunidades étnicas respecto de cualquier medida administrativa o legislativa susceptible de afectarles directamente. Lo anterior, ha señalado la Corte Constitucional,

^{57 «}Por el cual se adiciona el Capítulo 2, del Título 2, de la Parte 5, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, para establecer medidas especiales de prevención y protección de los derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento o Estado Natural y se crea y organiza el Sistema Nacional de Prevención y Protección de los derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento o Estado Natural.

⁵⁸ La norma señala que «(I)os demás pueblos indígenas, las autoridades públicas nacionales y territoriales, así como los particulares son responsables de su ejecución de acuerdo con el principio de corresponsabilidad».

exige que los pueblos consultados conozcan todos los aspectos de la propuesta y sus implicaciones, y que a su vez puedan recibirla, analizarla, difundirla, discutirla y responderla utilizando canales apropiados de persuasión, con miras a que sus intereses, prevenciones y recomendaciones sean considerados y valorados por sus interlocutores. (Sentencias SU-383/2003, C-461/2008)

Según lo indicado en la primera parte de este documento, la Corte Constitucional ha señalado así mismo que «en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad» (Sentencias T-693/2011, T-129/2011, SU-097/2017). Al respecto, este alto tribunal señaló en la Sentencia SU-123 de 2018 lo siguiente:

(...) existen otras reglas cuando no se alcanza un consenso en el marco de la consulta. En esos eventos, el Estado tiene la posibilidad de establecer los términos de la medida siempre y cuando su decisión: i) esté desprovista de arbitrariedad; ii) esté basada en criterios de 'razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación; iii) tome en consideración, hasta donde sea posible, las posiciones expresadas por las partes y, en especial, aquellas del pueblo étnico, durante la consulta; iv) respete los derechos sustantivos de los pueblos reconocidos en la Constitución y específicamente en el Convenio 169 OIT; y v) prevea mecanismos ajustados para la atenuación de los efectos desfavorables que seguramente traiga consigo o pueda producir la medida a ser adoptada en la comunidad, sus miembros y su lugar de asentamiento.

De acuerdo con lo expresado por la DCP,

la Directiva Presidencial 10 de 2013 estableció un mecanismo de garantía de los pueblos étnicos que tiene por finalidad determinar los impactos y fijar las medidas de manejo a favor de las comunidades étnicas afectadas directamente por el desarrollo de proyectos, obras o actividades en sus territorios.



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

Se refiere la Dirección al test de proporcionalidad⁶⁰ que señala «resulta procedente cuando no es posible clausurar la consulta previa con un acuerdo con la comunidad».⁶¹

Dando cuenta del fundamento, la naturaleza jurídica, procedencia e intervinientes en el llamado test de proporcionalidad con apego a los apartes de una comunicación enviada por la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República que transcribió en su respuesta⁶², informó la DCP igualmente cómo de la Directiva 10 de 2013 puede interpretarse la «necesidad de elaborar el test de proporcionalidad cuando las comunidades étnicas deciden no participar (SIC) o no justifican su falta de participación en los procesos de trámite, preparación y preconsulta de la consulta previa», es decir, «ante la falta de participación de las comunidades en la celebración de la consulta previa, la Directiva obliga a la elaboración de un test de proporcionalidad que pondere los intereses involucrados en la obra, proyecto o actividad».

Lo anterior conforme a la Directiva en comento, en virtud de la cual, señaló, corresponde a la DCP «convocar a las reuniones contempladas en las etapas de preconsulta y consulta, a los representantes o autoridades tradicionales de las comunidades étnicas, al ejecutor del proyecto, al Ministerio Público y otras entidades según se requiera» pero que,

si una vez realizada la convocatoria en tres oportunidades en la etapa de preconsulta y dos en la etapa de consulta las comunidades no comparecen o asumen conductas dilatorias del procedimiento, la Dirección podrá dar por finalizado el proceso consultivo, y procederá a convocar a una reunión con el Ministerio Público, ICAHN y las demás entidades competentes en el ámbito del proyecto donde se advertían sus posibles impactos para facilitar a la autoridad competente la construcción del test de proporcionalidad⁶³ que soportará su

⁶⁰ Según concepto de la oficina jurídica de la Presidencia de la República, el test de proporcionalidad es un método de técnica jurídica que se aplica con el fin de determinar la legitimidad de la restricción de un derecho. (...) La ponderación de los principios y valores constitucionales que ofrece el test busca establecer, en cada caso, la legitimidad de una medida legislativa o administrativa que restringe o limita ciertos derechos.

⁶¹ Op. cit. Dirección de Consulta Previa, Oficio OFI19-30624-DCP-250 (12 de agosto de 2019).

⁶² Secretaría Jurídica de Presidencia de la República. Comunicación OFI14-00016727 del 27 de febrero de 2014 (Citado por Oficio OFI19-30624-DCP-250 de la DCP. Respuesta solicitud de información relativa a la garantía del derecho fundamental de consulta previa del 12 de agosto de 2019).

⁶³ Este test, de acuerdo con el concepto juridico de la secretaría de presidencia cuyo contenido acoge la DCP, es un «método de técnica constitucional» y obraramienta retórica discursiva» «que permite ponderar, en casos concretos, conflictos entre principios y valores constitucionales, con el fin de determinar la legitimidad de la restricción de un derecho", y no es «una orden específica, que cree, modifique o extinga una situación jurídica».

decisión final.⁶⁴ 109

La finalidad de esta medida es clara: frente a la frustración de no poder contar con la participación directa de la comunidad y de no conocer de primera mano sus puntos de vista sobre la viabilidad e impacto de la obra, proyecto o actividad, participación que permita ponderar desde la misma fuente los intereses en conflicto, la directiva propone elaborar un test de proporcionalidad que legitime racionalmente la decisión de seguir adelante con la obra.

De la información recibida por la Autoridad Nacional de Consulta Previa⁶⁵ se puede extraer que de los 14 242 procesos consultivos adelantados en Colombia al 30 de marzo de 2020, 66 de ellos, según informó esta autoridad, habían sido *«objeto de la aplicación del Test de Proporcionalidad»*. De estos procesos, 36 habían sido ya protocolizados a través del mismo, 28 se encontraban activos y dos se encontraban cerrados.

Pues bien, sobre el particular, desde la Defensoría del Pueblo se quieren señalar al menos dos aspectos. En primera medida, llama la atención cuándo y bajo qué criterios se considera configurada la imposibilidad de lograr acuerdos y, por ende, en los términos de la Directiva, la habilitación para la realización del test. Lo anterior en tanto que, a juicio de este ente garante de los derechos humanos, en la práctica la aplicación del Test de Proporcionalidad supone un riesgo de desconocimiento del derecho a la participación y a la autonomía a cualquier pueblo o comunidad que a través de sus autoridades exprese y oponga diferencias con una determinada medida administrativa o legislativa objeto de consulta.

El cumplimiento del deber estatal de buscar el consentimiento libre, previo e informado de un pueblo o comunidad étnica que pueda verse afectado por una determinada medida debe corresponderse con lo señalado en la jurisprudencia constitucional. Sobre el particular, en la reciente Sentencia de unificación SU-123 de 2018, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:



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

Entre otras, en las Sentencias T-129 de 2011, C-389 de 2016, SU-133 de 2017, SU- 217 de 2017, T-298 de 2017 y T-103 de 2018, esta Corte ha explicado que el objetivo de la consulta es intentar genuinamente lograr un acuerdo con las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten directamente (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.). Así mismo, se ha decantado que el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto, para la eficacia de la consulta y que por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Sobre este tópico la jurisprudencia ha explicado que el significado de la participación activa es que no pueda admitirse como tal a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas. Que esa participación sea efectiva significa que el punto de vista de los pueblos debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas.

Por otro lado, resulta pertinente igualmente llamar la atención respecto a las inquietudes que generan a este organismo los criterios a la luz de los cuales puede considerarse que un pueblo o comunidad ha resuelto no participar en una decisión que le afecta y cuáles son aquellos para concluir que, en los casos en que una determinada razón esgrimida por estas para no asistir a determinado proceso o fase del mismo, es o no una justificación válida y por ende con la entidad de hacer improcedente la realización del test.

En el fondo, quiere la Defensoría del Pueblo llamar la atención acerca de si resulta ajustado a la constitución, a la diversidad étnica, la autonomía y a la finalidad misma de la consulta previa que a la misma se le circunscriba en una concepción de la participación como deber, y uno al cual es imperativo atender indistintamente y sin consideración a la *«índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente»* (Artículo 5, Convenio 169 OIT, 1989) un pueblo o comunidad, como aquellas relativas, por ejemplo, a su relación con el territorio y sus recursos naturales, o a la circunstancia de encontrarse en condición de peligro de extinción física y cultural.

Esta Directiva, concebida como «herramienta de coordinación interinstitucional para el logro de la eficiencia administrativa y las prácticas de buen gobierno en los procesos de consulta previa a las comunidades étnicas para desarrollo de proyectos, como obras o actividades», concibe la garantía de este derecho, más bien, bajo los principios de eficacia, economía y celeridad. En adición a ello, conviene advertir cómo no puede tampoco considerarse del todo desprovisto de arbitrariedad un mecanismo que se implementa con arreglo a una normativa que, como la Directiva Presidencial 10 de 2013, no fue concertada ni consultada con los pueblos y comunidades étnicas titulares del derecho en cuyo cumplimiento esta busca lograr eficiencia y buenas prácticas.

Es, por tanto, función de la Defensoría del Pueblo alertar sobre los riesgos de aplicar el test de proporcionalidad en los términos establecidos en la Directiva de 10 de 2013. Lo anterior para efectos de evitar que un mecanismo de garantía de derechos como este se confunda con una herramienta de procedimiento que se concibió en el marco de la necesidad de regular la coordinación interna de las entidades públicas involucradas en procesos de consulta previa y como mecanismo que, tal como señalara la Secretaría Jurídica de Presidencia en su concepto, permita legitimar «racionalmente la decisión de seguir adelante con la obra»⁶⁶.

En estricto sentido, debe advertirse que, en todas las obras, proyectos y actividades susceptibles de afectar a las comunidades étnicas deben cumplirse las reglas y subreglas de consulta previa definidas legal y jurisprudencialmente, con la finalidad de llegar a acuerdos, pues, tal como se ha señalado, es la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado del pueblo o comunidad a quien se consulta una medida, la finalidad misma de este derecho fundamental. Es entonces en ese sentido que la Defensoría del Pueblo quiere llamar la atención sobre el carácter excepcional de los eventos en los que resultaría dable acudir a este método de análisis jurídico y para la ponderación de derechos y en aquellos casos, con arreglo a las particularidades propias de la medida propuesta, como en consideración a las particularidades culturales y la *«índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente».* 67



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

Ahora bien, la DCP señaló en respuesta a la información solicitada que «(l) a elaboración del test de proporcionalidad es responsabilidad de la entidad encargada de tomar la decisión de seguir adelante con la obra, proyecto o actividad». ⁶⁸ De acuerdo con lo informado por la DCP, «no es solo al ejecutor del proyecto al que le compete elaborar el test, sino a la entidad pública que lo acompaña en la decisión», de manera que «la elaboración del test de proporcionalidad, en los términos previstos por la Directiva (...) es responsabilidad de la autoridad o la entidad o la persona que, tras el fracaso de la consulta (...) decide continuar con la obra, proyecto o actividad que iba a ser consultada» ⁶⁹.

Sobre el particular, es de advertir que de la respuesta obtenida no resulta del todo evidente para la Defensoría del Pueblo si de esta se sigue con claridad cuál es, a la luz de los deberes legales e internacionales que en la materia tiene el Gobierno Nacional, su papel en este procedimiento. A juicio de la Defensoría, es preciso tener claridad que es de este último, y no de los particulares, de quien en derecho pueden esperarse y ser exigibles decisiones desprovistas de arbitrariedad y adoptadas a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Debe finalmente llamarse la atención sobre la importancia de atender a los casos en los cuales la jurisprudencia constitucional ha señalado resulta obligatorio obtener el consentimiento libre, previo e informado de un determinado pueblo o comunidad étnica, esto es cuando la intervención i) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades, ii) esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas, y iii) represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica que conlleve poner en riesgo la existencia de la misma. Sobre esta última en particular, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-129 de 2011:

(...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no solo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado

y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.

Pues bien, en la determinación de dicha escala y de los mayores impactos en los territorios étnicos, no debe perderse de vista la integridad del territorio, su mirada holística y el carácter de la relación que los pueblos y comunidades mantienen con el mismo. Al respecto resulta pertinente reiterar lo expresado por la Procuraduría Delegada Para Asuntos Agrarios y de Restitución de Tierras en concepto citado anteriormente, de acuerdo con la cual

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.⁷⁰

2.4 Conflicto, reparación integral y consulta previa.

Tal como fue señalado previamente, de acuerdo con la Relatoría especial de la ONU, «(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. 9). Tal situación ha sido denunciada en el país por las organizaciones étnicas, quienes han exigido «garantías de protección y respeto de la vida para nuestros líderes y lideresas, quienes en defensa del territorio han sido amenazados, perseguidos y asesinados».⁷¹



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

Hace ya una década la Corte Constitucional comenzaba a identificar algunos rasgos que vinculan el conflicto armado, la victimización desproporcionada que con ocasión del mismo padecen los pueblos indígenas y afrodescendientes, y el ejercicio de sus derechos territoriales, de autonomía y participación. En efecto, desde la expedición de los Autos 004 y 005 de 2009 sobre el seguimiento diferencial al estado de cosas inconstitucional en materia de atención a la población desplazada, este alto tribunal advirtió cómo en el primer caso «el interés de los actores no indígenas sobre la tierra se deriva de varios factores: por recursos naturales, por su valor militarmente estratégico, por su valor económico, y por la distancia de centros urbanos», agregando que «(l)as partes interesadas pueden ser actores armados o no armados, legales e ilegales, y a menudo se entrelazan».

Para el caso de las comunidades afrocolombianas advertía, por su parte, el alto tribunal en el segundo de estos autos de seguimiento sobre la existencia de un «riesgo agravado de afectación del derecho a la participación y de debilitamiento de las organizaciones comunitarias afrocolombianas y del mecanismo de consulta previa» señalando cómo la «imposibilidad de desarrollar una vida común en el territorio que los identifica como colectividad también debilita sus estructuras sociales y políticas y les impide ejercer su derecho a la consulta previa como mecanismo para la protección de sus derechos colectivos» (Auto 005, 2009).

Recientemente, este mismo alto tribunal reiteró la persistencia de esta situación mediante el Auto 266 de 2017. Respecto de los pueblos indígenas señaló que «continúan siendo víctimas de riesgos similares a aquellos identificados en el Auto 004 de 2009», advirtiendo de la siguiente manera los riesgos y afectaciones que el contexto del conflicto armado en sus territorios y la prolongada situación de vulnerabilidad y desatención de las comunidades desplazadas han exacerbado:

(i) no ha logrado mitigar la situación de exposición y amenaza permanente que afrontan las autoridades, líderes y miembros prominentes de las comunidades indígenas, lo cual ha afectado especialmente los procesos de participación y consulta previa. De igual forma, tampoco

ha logrado superar aquellos problemas que inciden en sus formas de autogobierno y autodeterminación al interior de los pueblos, tales como (ii) la proliferación de espacios de interlocución y concertación; (iii) el reemplazo de figuras o autoridades tradicionales; o (iv) la débil capacidad organizativa de algunos pueblos.

Así mismo, tras mostrar en el Auto 266 de 2017 la manera en que comunidades afrodescendientes, especialmente del pacífico colombiano, «(e) l derecho a la consulta previa también se ha visto afectado por los riesgos a la vida y la seguridad personal de los líderes de estas minorías étnicas (...)», este alto tribunal advirtió sobre los siguientes «factores que ponen en riesgo su derecho a la autonomía»:

(i) riesgos y afectaciones relacionados con conflictos por la representación de las comunidades; (ii) conformación de organizaciones o esquemas paralelos, excluyentes e incompatibles con los Consejos Comunitarios; (iii) una situación de exposición y amenaza permanente de los líderes y lideresas de las comunidades; (iv) vacíos en materia de reconocimiento de las comunidades y, por ende de sus representantes, ubicadas en aquellas zonas que no hacen parte del Pacífico colombiano, en el marco de la implementación de la Ley 70 de 1993; y, finalmente, (v) la persistencia de fallas en la garantía constitucional de consulta previa.

Hoy, tras la firma del Acuerdo de Paz con las FARC-EP, tal como lo señalara la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Implementación del Decreto Ley 4633 de 2011,

los territorios indígenas siguen inmersos en escenarios de riesgo asociados a las actividades de otros grupos armados tales como el Ejército de Liberación Nacional (ELN), el Ejército Popular de Liberación (EPL), las Autodefensas Gaitanistas de Colombia (AGC) y las antiguas estructuras del Bloque Oriental de las FARC-EP que no se acogieron al Proceso de Paz y, de una forma particular, en la región del Catatumbo en acción conjunta el ELN y el EPL, Caparrapos, Pachencas y Pelusos. (p.93)

De allí que esta Comisión señale que

las afectaciones a estos pueblos por cuenta de la confluencia de los



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

factores subyacentes siguen siendo parte de las causas de los asesinatos, amenazas en contra de los líderes y lideresas indígenas, de sus territorios y sus comunidades, situación agravada por el uso de patrones sistemáticos de violencia. (p.93)

Sobre el particular, debe señalarse que la Defensoría del Pueblo está llamada a cumplir un papel garante del derecho a la consulta previa también a través de la información que documenta en el marco de su tarea de vigilancia sobre la garantía y goce efectivo de los derechos humanos. Es preciso reparar al respecto en el hecho de el Sistema de las Naciones Unidas en el año 2010 propusiera en su momento la adopción de

medidas cautelares especiales para proteger la integridad y el derecho a la vida de los líderes indígenas que participen en consultas sobre proyectos económicos y defiendan el territorio indígena en los casos de procesos de consulta con comunidades en municipios para los cuales el Sistema de Alertas Tempranas (SAT) de la Defensoría del Pueblo ha identificado un riesgo de violencia elevado.⁷²

De acuerdo con lo que informara el Estado colombiano respecto a las consultas previas sobre proyectos con comunidades en municipios en donde existan alertas tempranas y fuera recogido entonces por la CIDH en su informe anual del año 2010,

el grupo de consulta previa del Ministerio del Interior y de Justicia tiene identificados aquellos proyectos con el fin de cumplir el papel de garantes del derecho fundamental a la consulta previa y en la misma vía realizar un trabajo interinstitucional coordinado de garantía y protección de los derechos a la vida, libertad, seguridad e integridad de los grupos étnicos asentados en esas zonas.

Para esta entidad encargada de velar por los derechos humanos, en el marco del cumplimiento a su deber de adelantar consultas a los pueblos y comunidades étnicas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas y de garantizar su vida e integridad étnica y cultural, el Estado colombia-

^{72 (}Sistema de Naciones Unidas en Colombia, comunicado de prensa «Día internacional de los pueblos indígenas, retos para la protección de su vida e integridad» 2010-08-09, disponible en https://www.hchr.org.co/index.php/informacion-publica/comunicados-de-prensa/ano-2010/1162-dia-internacional-de-los-pueblos-indígenas-retos-para-la-proteccion-de-su-vida-e-integridad)

no debe atender y acatar de manera coordinada los riesgos advertidos, así como considerar el riesgo de extinción física y cultural que hoy se mantiene sobre una parte importante de estos pueblos y comunidades.

Debe, finalmente, recordarse el cumplimiento al deber de garantizar el derecho a la consulta previa, en el marco de la reparación integral de los pueblos y comunidades étnicas de conformidad con lo ordenado en la normatividad transicional diferencial recogida en los Decretos Leyes 4633, 4634 y 4635 de 2011. Sobre el particular, se reitera lo recomendado a la Unidad para las Víctimas por la Comisión de Seguimiento a estos Decretos con fuerza de ley en su informe del año 2019, en el sentido de requerir a esa entidad para, en el marco de

la definición y concertación de los PIRCPCI correspondientes a los SCE étnicos, continuar avanzando en el diseño e implementación de estrategias que permitan imprimir a estos procesos una mayor agilidad y eficacia en materia de goce efectivo de derechos, sin que las mismas impliquen un desconocimiento del derecho fundamental a la consulta previa que respalda el derecho a la reparación colectiva étnica.⁷³

En particular, debe anotarse lo advertido allí respecto a la Resolución n.º 03143 de 2018⁷⁴ y los ajustes técnicos y operativos que la misma incorpora y que, donde se indicó,

en cierta medida podrían implicar la restricción o limitación de algunos de los derechos que fueron reconocidos a la población étnica a través de los Decretos Leyes 4633, 4634 y 4635 de 2011. Además, podrían constituir el incumplimiento de competencias de coordinación del SNARIV por parte de la UARIV.

Conviene mencionar al respecto dos cuestiones. Por un lado, frente a lo contemplado en el artículo 2.º de la misma, según el cual

(...) para la implementación del Programa de Reparación Colectiva, la Uni-

⁷³ Comisión de seguimiento y monitoreo de los entes de control, Informe de seguimiento y monitoreo a la implementación del Decreto Ley 4633 de 2011 para pueblos y comunidades indígenas víctimas del conflicto armado, Bogotá, Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo 2019, p. 112.

^{74 «}Por la cual se adopta el modelo operativo de reparación colectiva de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas».



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

dad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas verificará que los sujetos de reparación colectiva hayan sufrido afectaciones o impactos negativos como consecuencia del conflicto armado sobre alguno o la totalidad de los siguientes atributos: 1) Autorreconocimiento y/o reconocimiento por parte de terceros (...). 2) Proyecto colectivo (...). 3) Prácticas colectivas (...). 4) Formas de organización y relacionamiento (...). 5) Territorio (...).

Al respecto, de acuerdo con lo señalado en dichos informes de la CSMDL: las comunidades conformadas por población étnica son víctimas del conflicto armado en tanto la colectividad como tal o sus integrantes individualmente considerados hayan sufrido daños como consecuencia de la violación grave de los derechos humanos, derechos fundamentales o colectivos que les han sido reconocidos, o sufran crímenes de lesa humanidad o infracciones al derecho internacional humanitario; es decir, que la victimización está ligada a la violación de los derechos humanos, fundamentales y colectivos, y nada tiene que ver con los atributos recién creados por la Resolución en comento, por más que se advierta que los mismos se «armonizan» con los derechos colectivos de los grupos étnicos.

Por su parte, un segundo aspecto es el derivado del parágrafo cuarto del artículo 11, de acuerdo con el cual

(...) Los Planes Integrales de Reparación Colectiva deberán contener las medidas de reparación de acuerdo con los daños colectivos identificados, los productos priorizados, costos, tiempos, las entidades responsables de las mismas (...) en el marco de su proceso de concertación, de tal manera que sea posible hacer seguimiento a su implementación (...).

Frente a ello, y luego de referenciar lo dispuesto en el artículo 159 de la Ley 1448 de 2011 que creó el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas

(...) constituido por el conjunto de entidades públicas del nivel gubernamental y estatal en los órdenes nacional y territoriales y las demás organizaciones públicas o privadas encargadas de formular o

ejecutar los planes, programas, proyectos y acciones específicas, tendientes a la atención y reparación integral de las víctimas de que trata la presente ley (...).

La CSMDL advirtió lo siguiente:

es importante señalar que el hecho de excluir del proceso de consulta previa de los PIRC las acciones reparadoras contempladas en los Decretos Leyes Étnicos que son competencia de otras entidades del SNARIV significa, en primer lugar, dejar la concertación de estas acciones por fuera de la protección y exigibilidad que brinda un proceso de consulta previa, y ubicar tales acciones en el marco de gestiones individuales a cargo de cada entidad; en segundo lugar, también se estaría incumpliendo la competencia de la UARIV sobre la coordinación de las entidades que integran el SNARIV de cara a la garantía del derecho a la reparación colectiva.

2.5 Institucionalidad y proceso de consulta previa.

La garantía del derecho fundamental de los pueblos y comunidades étnicas a la consulta previa requiere de una institucionalidad fuerte, técnica e independiente que acate los estándares normativos y jurisprudenciales existentes en la materia. En esta sección quiere hacerse referencia a ciertos aspectos relativos a la implementación orgánica y procedimental de este derecho por parte del gobierno colombiano.

En cuanto a lo primero, debe comenzar por precisarse que es el Estado colombiano, y no los particulares y actores empresariales, está obligado por el derecho internacional a cumplir con el deber de consultar a los pueblos y comunidades étnicas sobre las medidas previstas que puedan afectarlos directamente. Sobre el particular la CIDH ha advertido que «no deben confundirse los procesos de "socialización" y "entendimiento" que realizan las empresas interesadas o terceros con los pueblos indígenas sobre proyectos determinados con los procesos de consulta que deben de ser realizados por los Estados»⁷⁵. Recuerda este organismo

⁷⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, 2015, p. 95.



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

así mismo que la Corte IDH ha sido clara al indicar que

la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta.⁷⁶

Con arreglo a tal claridad jurídica, quiere hacerse mención a lo dispuesto en el artículo 161 de la Ley 1955 de 2019 aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2018-2022 «Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad».

En dicha norma fue creada una «tasa por los servicios de coordinación para la realización de la consulta previa y por el uso y acceso a la información sobre presencia de comunidades» a cargo del «interesado en que se adelante una consulta previa», cuyos recursos, según dispone la norma, ingresarán al «Fondo de la Dirección de Consulta Previa», para efectos de su uso en gastos propios a varias de las funciones de esa Dirección.

La Defensoría del Pueblo quiere expresar sus reservas frente a esta norma en dos sentidos. Por un lado, debido a que la misma no fue objeto de la debida consulta previa con los pueblos étnicos y a través de sus instancias representativas, toda vez que, si bien se surtió el proceso consultivo respecto de las bases del actual Plan Nacional de Desarrollo, lo propio no sucedió con esta disposición normativa que en sí misma constituye un desarrollo del Convenio 169 de la OIT.

Por otro lado, preocupan a esta entidad sus posibles implicaciones en la concepción y garantía mismas del derecho a la consulta previa. Lo anterior, concretamente, debido a la particular interpretación de este derecho fundamental que subyace a una visión como la establecida en dicho artículo 161 de la Ley 1955, a la luz de la cual, se considera, puede terminar por circunscribirse el cumplimiento de los deberes estatales de garantía y protección de este derecho fundamental, a la configuración de una relación prestacional

de servicios, individualizable y retributiva, en donde no se concibe a los pueblos indígenas, como señala el Convenio 169 de la OIT, sino más bien a terceros, como aquellos *«interesado(s) en que se adelante una consulta previa»* que han pagado con antelación la tasa⁷⁷ correspondiente, de acuerdo a sus etapas de liquidación o fases consultivas.⁷⁸

Para esta entidad de los derechos humanos es claro que no resulta ajena a este cumplimiento de los deberes del Estado frente a la garantía y protección del derecho a la consulta previa establecidos en el mencionado convenio internacional, la decisión sobre la naturaleza y el carácter del vínculo que para ese objeto la administración establece con el interesado en la medida —persona natural o jurídica, pública o privada— que afecta directamente los derechos de los pueblos étnicos y, sobre todo, si se consideran los intereses y las responsabilidades con las cuales Estado e *«interesado»* concurren a la garantía y el respeto de este derecho. De acuerdo con ello, a juicio de esta entidad, concebir la consulta previa como un servicio que la administración presta y le remuneran mediante una tasa, implica necesariamente disponer sobre las garantías y condiciones de independencia y autonomía para el cumplimiento de este derecho por parte del Estado.

Preocupa en particular a la Defensoría del Pueblo de esta concepción del derecho fundamental a la consulta previa, sus consecuencias para la garantía y cumplimiento del mismo, cuando con ella se le sustrae a su carácter de derecho cuyo goce efectivo materializa, además, principios y mandatos constitucionales de interés general como la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Llaman la atención a este organismo del Ministerio Público en particular las implicaciones que ello pueda imprimirle a la garantía del derecho, de la mano de una concepción que sitúa al particular o empresa interesada en condición de usuario(a) de un servicio cuya prestación espera eficiente y efectivo, y de qué manera esto pueda impactar los criterios

⁷⁷ Su proyecto de reglamentación fue publicado en la página web del Ministerio del Interior en octubre del año 2019 Por el cual se adicionan los capítulos 3 y 4 al Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, sobre la tasa por la realización de la consulta previa y el Fondo de la Dirección de Consulta Previa.

⁷⁸ De acuerdo con el artículo 161 de la Ley 1955 de 2019, la tarifa se liquida en dos etapas. Una, en la que se determina el valor de los costos correspondientes a los honorarios, viáticos y gastos de viaje de traslado de los profesionales necesarios «para realizar la ruta metodológica y la preconsulta» que se pagará «antes del inicio del trámite», y otra, correspondiente a los mismos costos respecto «de los profesionales necesarios para el desarrollo del procedimiento de consulta previa», como por el «uso y acceso a la información sobre presencia de comunidades», que se liquida «dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al acuerdo de la ruta metodológica».



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

de la administración al momento de evaluar su cumplimiento, por ejemplo, a la finalidad de toda consulta, esto es, buscar genuinamente lograr acuerdos y obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos consultados (Sentencias SU-383 de 2003 y SU-123 de 2018).

Lo anterior no implica, por supuesto, como lo ha señalado la Corte Constitucional, que los particulares y las empresas, carezcan de deberes frente al cumplimiento de este derecho fundamental. De acuerdo con este alto tribunal, ello

deriva no solo del efecto frente a terceros que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano, sino también en el 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. (Sentencia SU-123, 2018)

En particular sobre el estándar y *«criterio hermenéutico relevante»* de la debida diligencia, el alto tribunal sostuvo en este mismo fallo de unificación posibilita la determinación de una vulneración al derecho a la consulta previa y la adecuación de las actuaciones de las autoridades y los particulares:

Para la Sala Plena, al utilizar el estándar de debida diligencia de las empresas en relación con el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas es posible determinar si se vulneró el derecho a la consulta previa de una comunidad étnicamente diferenciada para, posteriormente, valorar la posibilidad de ordenar el remedio judicial correspondiente. Los parámetros de debida diligencia permiten, además, adecuar las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares a los principios constitucionales de buena fe (artículo 83 C.P.) y confianza legítima, pues otorgan estabilidad a los actores involucrados en relación con los lineamientos y criterios que deben seguir para cumplir con los mandatos de la consulta previa.

Tampoco puede dejar de advertirse sobre las problemáticas y deficiencias que viene aquejando a la institucionalidad de la consulta previa en el país, en gran medida consecuencia del incremento vertiginoso de estos procedimientos en los últimos diez años

El Ministerio del Interior, de forma reactiva, debió ir mejorando su capacidad institucional para responder a las crecientes exigencias provenientes de decisiones judiciales, de varios sectores económicos que no querían verse expuestos a litigios por la eventual omisión de la Consulta, y por algunos funcionarios que advertían la necesidad de desarrollar herramientas y procedimientos acordes a las circunstancias. (Ruiz, 2019)

Cuadro 7

Sentencia T-080 de 2017 Defensoría del Pueblo como directora de un proceso consultivo y etnorreparador

En el año 2017 la Corte Constitucional otorgó amparo constitucional al pueblo carijona del municipio de Puerto Nare por encontrar que el proceso de consulta previa realizado en el marco de la política pública para las aspersiones aéreas, a cargo del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos (PECIG), no cumplió con los principios, reglas y subreglas definidas por la Corte Constitucional para la garantía de los derechos fundamentales colectivos e integrales de los pueblos indígenas.

La dirección de este proceso consultivo orientado a la adopción de «medidas de etnorreparación y compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de sus territorios por el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato, que garanticen su supervivencia física, cultural, espiritual y económica», dispuso por su parte el alto tribunal en su providencia, estará a cargo de la Defensoría del Pueblo.

El direccionamiento del proceso de consulta previa ordenado se ha adelantado en dos vías: i. construcción de ruta de trabajo institucional y ii. desarrollo del proceso de consulta previa para la construcción del Plan de Etnorreparación. En cuanto a la primera, la construcción de la ruta de trabajo institucional tuvo como punto de partida acordar los mecanismos de diálogo institucional para el avance del proceso de consulta



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

previa. Para lograr este objetivo, la Defensoría del Pueblo llevó a cabo cinco reuniones institucionales que consistieron en el análisis jurídico del contenido y alcance del fallo; la identificación de roles y responsabilidades frente al desarrollo del proceso de consulta previa para la construcción del Plan de Etnorreparación; y la construcción de la ruta de trabajo para la coordinación institucional del proceso de consulta.

Por su parte, en relación con el desarrollo del proceso de consulta previa para la construcción del Plan de Etnorreparación, la Defensoría del Pueblo consideró que, con anterioridad al desarrollo de la consulta previa, era fundamental generar acciones de acercamiento con las autoridades del Resguardo que permitieran generar confianza entre las entidades y las autoridades indígenas. Por ello, la entidad gestionó los recursos para el desarrollo de este espacio en el año 2017.

Es preciso anotar que la Defensoría del Pueblo viene direccionando este proceso en observancia de los principios, criterios y subreglas que, de conformidad con las normas internacionales y la jurisprudencia constitucional, son orientadores de la garantía de este derecho, esto es, por un lado, que el mismo se adelante de buena fe con la finalidad de alcanzar el consentimiento libre, previo e informado asegurando una participación activa y efectiva y de manera adecuada a su diversidad étnica y cultural. Así mismo, este proceso se viene direccionando de conformidad con el carácter previo, posterior y reparador determinado en la misma Sentencia T-080 de 2017, definiendo concertadamente la manera de realizarlo y a través de las instituciones propias y representativas de sus titulares.

Fuente: Defensoría Delegada para los Grupos Étnicos, 2019.

Fue así como para el año 2011, con la expedición del Decreto 2893, la institucionalidad de la consulta previa se vio fortalecida burocrática y presupuestalmente, principalmente por cuenta de la constitución de una Dirección incrustada funcionalmente dentro de la estructura del Ministerio del Interior, al tiempo que se estableció que la consulta de actos legislativos

sería coordinada por las direcciones de Asuntos Indígenas o de Asunto de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras dependiendo de las etnias involucradas (Ruiz, 2019).

A pesar de esto, tanto la práctica como los controles judiciales se encargaron luego de mostrar la persistencia del déficit en las capacidades institucionales del Estado para cumplir con la garantía efectiva del derecho a la consulta previa, una situación que ha evidenciado en sí misma comprometer la autonomía técnica, financiera y administrativa necesaria para esa tarea, pues, por ejemplo, siendo la entidad encargada de promover el aprovechamiento de los recursos hidrocarburíferos y, por ende, buena parte de las medidas que afectan directamente a pueblos y comunidades étnicas, la Agencia Nacional de Hidrocarburos hizo aportes mediante convenios interadministrativos correspondientes a una suma cercana a los 3.5 MUSD para el período octubre 2012 a diciembre 2014, y una cifra similar para los meses comprendidos entre diciembre de 2014 y octubre de 2015 (ANH, 2015: 20-21).

Cuadro 8

Razones de la baja capacidad institucional de la entidad encargada de garantizar la consulta Previa

El desbalance entre funcionarios de planta o carrera y el número de contratistas, que si bien es generalizada en todo el Estado en la Dirección de Consulta Previa estaría muy por debajo del índice general. La relación puede ser 80:20.

La significativa rotación de contratistas.

Cualificación insuficiente del personal en asuntos que lo haga competente para lidiar asertivamente con las múltiples situaciones dilemáticas que plantea la diversidad étnica.

El déficit de personal respecto a la demanda de proyectos que requieren consulta previa.

Déficit en la adecuación de principios generales a la singularidad de los



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

casos que plantea la diversidad étnica del país, aprestamiento comunitario, agotamiento de oportunidades de la consulta, ponderación de ámbitos territoriales, ejercicios posconsultivos, etc.

El déficit de presupuesto respecto al volumen de personal necesario y de actividades que ordinariamente se requieren adelantar.

Fuente: Ruiz, 2018.

La propia Corte Constitucional advirtió en la Sentencia SU-123 de 2018 sobre las debilidades institucionales mencionadas, señalando que «la primera dificultad radica en la debilidad administrativa y financiera y la precaria independencia técnica de esa dirección que le impide muchas veces realizar adecuadamente sus funciones (...)» y advirtiendo también que «con el fin de eliminar la inseguridad jurídica en esta materia, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior debe interpretar su competencia conforme a los principios constitucionales relativos al derecho a la consulta previa de los pueblos étnicos» (SU-123, 2018).

A partir de allí, en esta sentencia este alto tribunal exhortó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República a que «adopten las medidas pertinentes para regular lo relacionado con los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas, que hagan efectivo el derecho a la consulta previa, en los términos del Convenio 169 de la OIT» y que «se realicen los ajustes para que la institución encargada de otorgar los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas cuente con la autonomía e independencia administrativa y financiera necesarias para ejercer adecuadamente su función» (Sentencia SU-123, 2018).

Considerando lo exhortado por la Corte Constitucional en la citada Sentencia SU-123 de 2018, el Gobierno Nacional expidió en diciembre del año 2019 el Decreto 2353 «por el cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y se determinan las funciones de algunas dependencias». Respecto del contenido de esta norma, quiere centrar la Defensoría del Pueblo su atención en cuatro cuestiones que pasan a señalarse.

Por un lado, se observa cómo, si bien la reforma estructural de dicha cartera

incorpora modificaciones funcionales que no podrían desconocerse, estas son propias a las facultades constitucionales del Presidente de la República y a la autonomía de la administración, para «variar, transformar o renovar la organización» o estructuras de sus entidades y organismos (Ley 489, art. 54, 1998). No por ello en todos los casos resultan ajenas a los derechos de los pueblos étnicos, ni tampoco están siempre exentas de afectarlos, pues tales decisiones lo son también sobre la manera en que el Estado asume el cumplimiento de los deberes que los mismos le imponen.

La reforma orgánica y funcional que establece en particular este Decreto no solo renombra y otorga autonomía administrativa y financiera a la otrora Dirección de Consulta Previa, sino que la misma, se considera, afecta en este caso también aspectos que son medulares a la finalidad y concepción jurídica, política y administrativa de la institucionalidad étnica en el país, cuya operatividad y consolidación en el tiempo ha hecho del derecho de los pueblos y comunidades étnicas a la participación en los asuntos del Estado un verdadero camino de progresividad que se expresa, entre otras, en la creación y funcionamiento de oficinas, mesas, instancias y otros canales o mecanismos de diálogo y concertación. Un camino que también ha sido de avances y siempre latentes retrocesos en cuanto a un abordaje estatal más integral de los derechos humanos de los pueblos y comunidades étnicas, y acorde con su interdependencia.

Lo anterior se advierte en concreto en las reformas funcionales que en los artículos 2º y 4º de esta norma se introducen tanto al determinar aquellas propias de la nueva Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, como al modificar al menos una de las correspondientes a la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y minorías (DAIRM). Ello es así porque las mismas centralizan en la nueva autoridad la determinación de lineamientos vinculantes y porque, además, incluyen la eliminación del deber que hasta la expedición de esta norma tenía a su cargo la entonces Dirección de Consulta Previa, consistente en coordinar con la DAIRM y la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras «la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas del Gobierno Nacional en materia de consulta previa y determinar su procedencia». Lo anterior en virtud de



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

que, con el Decreto 2353 de 2019, dejó de ser un mandato al cual se sujeta esta función de la ahora Dirección de la nueva autoridad.

De acuerdo con ello, se estima que tales reformas no conducen a consolidar la coordinación entre estas dependencias llamadas a liderar desde su particular misionalidad, saber, la competencia, la naturaleza jurídica y orgánica, la garantía de los derechos de los pueblos y comunidades étnicas, bajo una visión integral e interdependiente del derecho a la consulta previa con otros derechos fundamentales como la autonomía (política, organizativa, etc.) y la integridad étnica o el territorio.

Por el contrario, se observa cómo las mismas se sitúan más cerca de una concepción atomizada de los derechos, pues con ellas es claro que no se repara en la importancia que tiene para su garantía y protección integral el hecho de que la autoridad en consulta previa discuta y articule criterios para la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas en la materia, con las dependencias del Estado que tienen a su cargo, entre otras, la coordinación interinstitucional y el diálogo político con los pueblos indígenas y rom, las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras; la promoción de la participación de las organizaciones y autoridades que los representen (Decreto 2893, arts. 13 y 14, 2011) y el fortalecimiento de dichos procesos organizativos.

Una segunda cuestión que preocupa a la Defensoría del Pueblo sobre el Decreto 2353 de 2019 se concentra en otra de las funciones específicas que la norma establece en cabeza de la mencionada Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa. Se trata de aquella prevista en el numeral 3 del artículo 13, conforme a la cual corresponde a esta Dirección «(d)efinir la ruta metodológica y término de duración de la consulta previa, en los eventos en que las partes no logren un acuerdo sobre los mismos».

Al respecto, ha de señalarse cómo esta función no solo incorpora una regla inconsulta sobre el ejercicio del derecho a la consulta previa, sino que la autorización que establece esta regla, desconoce lo establecido en el artículo 6.º del Convenio 169 de la OIT, conforme al cual corresponde al Estado

colombiano el deber de adelantar las consultas previstas en el mismo, «de buena fe y (...) con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas».

Atendiendo a ello, es preciso señalar, finalmente, al respecto que para la Defensoría del Pueblo es claro que la consulta previa no consiste en una relación negocial regida por la autonomía de la voluntad, asociada esta a la manera de las prestaciones privadas o comerciales, y en donde los pueblos y comunidades afectados representan una parte con un interés particular específico y el interesado en la medida administrativa o legislativa, la otra en igual condición. De la misma manera, y por ser ello contrario a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y a la jurisprudencia constitucional, tampoco le resulta admisible a este ente de derechos humanos que el papel del Estado en la consulta previa, y concretamente en su fase preconsultiva, se entienda limitado, como se considera que de esta función se sigue, a ser subsidiario además de solo habilitado para valorar y resolver discrecionalmente sobre la configuración de la imposibilidad de esas «partes» para lograr un acuerdo de voluntades respecto de cómo hacer la consulta previa.

Las otras dos cuestiones adicionales que se observan en este Decreto y sobre las cuales quiere llamarse la atención se evidencian en la función de la llamada Subdirección Técnica de Consulta Previa, establecida en el numeral 1 del sustituido artículo 16A del Decreto 2893 de 2011.⁷⁹ De acuerdo con la misma, corresponde a esta Subdirección

(d)eterminar la procedencia y oportunidad de la consulta previa para la adopción de medidas administrativas y legislativas y la ejecución de los proyectos, obras, o actividades, de acuerdo con el criterio de afectación directa y con fundamento en los estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran.

Al respecto llama la atención, por un lado, la distinción que esta función establece entre la procedencia y la oportunidad, pues no le resulta claro cómo es que la primera puede no comprender la segunda. Lo anterior, teniendo en cuenta que es propio de la naturaleza de este derecho fundamental que la

⁷⁹ Previamente modificado por el artículo 8º del Decreto 1140 del 2018.



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

oportunidad para su ejercicio no sea otra que previa a la medida que pueda afectar directamente a los pueblos o comunidades étnicas.

Tal como fue señalado en la primera parte de este documento, la Corte Constitucional lo ha expresado advirtiendo que la consulta previa debe garantizarse «con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada la misma, 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, 2011). Es por ello que la distinción establecida en esta función, al entender de esta entidad, deja abierto el interrogante sobre si la procedencia de la consulta previa en los términos de la jurisprudencia constitucional, de una medida que afecta directamente a un pueblo o comunidad étnica, pueda acaso juzgarse sin embargo inoportuna.

El segundo aspecto de esta misma función sobre el cual quiere llamarse la atención está referido a los «estudios jurídicos, cartográficos, geográficos o espaciales que se requieran», con arreglo a los cuales dicha Subdirección, acorde con el concepto de «afectación directa», fundamentará la determinación de las mencionadas procedencia y oportunidad de la consulta previa. Lo anterior por cuanto se observa que la concepción de los mismos, no incorpora el estándar contemplado al respecto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-123 de 2018 para el «estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa».

Al respecto, quiere hacerse particular referencia sobre la ausencia que se advierte en ello de una concepción dialógica y participativa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT tal como es el llamado de este alto tribunal en su sentencia, cuando de establecer las prácticas culturales, ancestrales, espirituales o económicas de la comunidad en un territorio étnico amplio se trata. De acuerdo con ello, se llama la atención sobre la necesidad que advierte el alto tribunal y comparte la Defensoría del Pueblo, de concebir «estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medioambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos», cuyos resultados deben ser criterios fundamentales para su ejecución.

Siguiendo esta disposición y lo expresado por la Corte Constitucional, la determinación misma de la afectación directa es un aspecto que no puede estar sustraído a la participación de los titulares del derecho a la consulta previa y que, además, debería incorporar desde una perspectiva interdependiente de los derechos humanos de los pueblos y comunidades étnicas, una evaluación diferencial, integral, biocultural y con apego al pluralismo jurídico, sobre dicha *«incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medioambiente»* de las medidas que puedan afectarles.

Es de adicionar al respecto que en relación con el papel que está llamado a cumplir el Ministerio Público para estos efectos, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia SU-123 de 2018 lo siguiente:

(...) el Ministerio Público, conforme a sus atribuciones legales y constitucionales, tiene responsabilidades en el procedimiento de expedición de certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas. La Corte entiende entonces que la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en el trámite de certificación de presencia, estarán habilitados para advertir y adelantar, con base en las medidas de control que les corresponde, las eventuales omisiones en el deber de identificación de la posible afectación directa de una determinada comunidad étnica.

Sobre este particular quiere anotarse cómo las dificultades institucionales para el cumplimiento estatal del deber de consulta previa a los pueblos y comunidades étnicas se hacen palpable igualmente en la institucionalidad dispuesta para la vigilancia de su garantía. Si bien en el año 2018 la Defensoría del Pueblo hizo seguimiento y acompañamiento a 143 procesos de consulta previa⁸⁰ y en lo corrido del 2019 (hasta agosto) la Defensoría Delegada para los Grupos Étnicos había acompañado 72 consultas previas, lo cierto es que, a pesar de lo ordenado al respecto en la Sentencia T-129 de 2011, no resulta institucional y financieramente viable al día de hoy acompañar de principio a fin la totalidad de los procesos consultivos en el país.

⁸⁰ Defensoría del Pueblo, Situación de derechos humanos y derecho internacional humanitario en Colombia periodo: enero 2018- diciembre 2018 Informe ejecutivo, Bogotá, 2019.



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

Cuadro 9

Proceso de consulta previa acompañados por la Delegada para Grupos Étnicos de la Defensoría del Pueblo (2018) 15 Medidas legislativas Exploración, explotación y aprovechamiento de recursos naturales renovables y no renovables 6 Utilización de sus tierras y territorios para actividades militares, y fumigación de cultivos ilícitos 4 Decisiones sobre el espacio público 2 Planes de desarrollo nacionales y regionales 2 Programas educativos, seguridad social y salud 2. Adopción de menores 2. Otros

Fuente: Defensoría Delegada para los Grupos Étnicos, 2019.

Ahora bien, como un último aspecto relativo a la institucionalidad y los procesos de consulta previa, quiere hacerse referencia a una cuestión sobre la cual, durante el primer semestre de 2020, por naturales motivos, se han centrado buena parte de las denuncias y preocupaciones de organizaciones e instancias representativas de los pueblos étnicos, así como los debates, las miradas y tensiones en torno a la garantía y el ejercicio de su derecho a la consulta previa en el país.

Se trata del interés que con ocasión del estado de emergencia económica, social y ecológica, y argumentando la prevención y el control a la propagación de la COVID-19, hizo explícito el Gobierno Nacional mediante la Circular externa CIR2020-29-DMI-1000, para que fueran habilitadas *«herramientas tecnológicas y canales virtuales»*, con el objeto de adelantar procesos de consulta previa a proyectos, obras y actividades, así como a medidas legislativas.

Si bien esta decisión fue revocada por parte del Ministerio del Interior previa intervención de la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo invita a tener en cuenta las disposiciones ampliamente descritas en este informe, en el sentido que cualquier proyecto obra o actividad, medida legislativa o administrativa que afecte a los pueblos y comunidades étnicas, como en el caso de esta circular, debe ser consultado previamente a través de las instituciones representativas de los pueblos.

Por otro lado, es importante tener en cuenta las dificultades que puede acarrear una propuesta de esta naturaleza teniendo en cuenta principios como la interculturalidad que son fundamentales en el ejercicio de la consulta previa.

En ese sentido se considera que las herramientas tecnológicas para el cumplimiento de los deberes del Estado frente al derecho de los pueblos y comunidades étnicas a la consulta previa resultan inviables cuando quiera que ello no contribuya a materializar, sino más bien a desconocer los principios, criterios y las subreglas que determinan la naturaleza, el contenido y los alcances de este derecho fundamental; incluido el respeto a sus propias instituciones, autoridades, formas deliberativas, conocimientos y derecho propio del pueblo o comunidad consultada, así como la observancia de los tiempos (calendarios ecológicos o propios) y espacios propios (sagrados, organizativos, etc.).

En adición a lo anterior, se considera al respecto pertinente que en el marco de la emergencia sean atendidas las recomendaciones emitidas por la CIDH en su Resolución n.º 1/2020 sobre «Pandemia y Derechos Humanos en las Américas», pero de manera especial que

(l)as medidas que los Estados adopten, en particular aquellas que resulten en restricciones de derechos o garantías, deben ajustarse a los principios «pro persona» de proporcionalidad, temporalidad, y deben tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral así como la relativa al mante-



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

nimiento de los canales y espacios de participación, para la coordinación y el diálogo con sus autoridades, con el objeto de hacer frente a la situación de emergencia.

3. Normas legales o reglamentarias, guías o protocolos sobre la garantía y el ejercicio del derecho a la consulta previa.

3.1 Deber de consultar las normas sobre la consulta.

La Corte Constitucional ha señalado que, entre otros, se configura una afectación directa y por ende la obligación de consultar en aquellos casos en los que la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT (Sentencia T-080, 2017). A pesar de ello, en el país han sido expedidas normativas orientadas al cumplimiento de este deber del Estado que no han sido consultadas con los pueblos y comunidades étnicas.

Por un lado, el Decreto 1320 de 1998 a través del cual se buscó reglamentar la consulta previa para los casos de la explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas y afrodescendientes, es una norma que viene aún hoy siendo aplicada a pesar de que la Corte Constitucional señaló como contraria a la Constitución y a las normas del Convenio 169 de la OIT y, por ende, ha ordenado su inaplicación en más de una ocasión⁸¹. Tal criterio se encuentra en sintonía, además, con lo señalado en un informe adoptado por el Consejo de Administración de la OIT en el que a este se le recomienda solicitar «al Gobierno que modifique el Decreto 1320 de 1998 para ponerlo de conformidad con el Convenio, en consultación y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia» (OIT, 2009), lo cual, no se ha producido al día de hoy.

Con posterioridad han sido expedidas tres normas, las directivas presidenciales 01 de 2010 sobre la «Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales» y 10 de 2013 o «Guía para la realización de la consulta previa», y el Decreto 2613, «por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa».

En relación con las Directivas en comento es preciso despejar toda duda sobre sus alcances. Debe aclararse entonces que, en acatamiento a la juris-prudencia del Consejo de Estado, las directivas presidenciales tienen carácter de acto administrativo con carácter de orientación, más no tienen carácter de norma reglamentaria. Se trata de directrices que orientan a los subalternos para interpretar y aplicar una norma. En este mismo sentido, se manifestó la Procuraduría General de la Nación mediante el Concepto 244 de diciembre 10 de 2009 (Valencia, 2016). Allí se reitera su carácter de orientación intragubernamental⁸²:

Como ya se ha dicho de modo reiterado, una Directiva Presidencial es pronunciamiento que debe acatarse como norma de conducta, podría decirse, pero en ningún caso puede tener el alcance de una ley, ni mucho menos el de suspender las disposiciones legales o modificarlas. Se trata de orientaciones, de recomendaciones, de consideraciones sobre determinado aspecto social o político del Gobierno que la expide, pero nunca puede tener el efecto, verbigracia, de enervar la facultad discrecional de los funcionarios administrativos si esta cuenta con suficiente auspicio legal⁸³.

El resultado de la reglamentación inconstitucional del derecho a la consulta previa que denotan estas normas inconsultas, aunque con efectos prácticos en la garantía del derecho, es el de contribuir a la judicialización del derecho. De la mano de estos instrumentos, se considera, ha sido instrumentalizado y operativizado este derecho en el país con arreglo a marcos que no siempre atienden a los estándares jurídicos nacionales e internacionales existentes.

⁸² Op. cit, Valencia, María 2016.

⁸³ Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 1988, Radicación 2808. Reiterada, entre otras, en Sentencia del 5 de agosto de 1993. Radicación 5991.



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

3.2 Proyectos de ley estatutaria.

La reglamentación del derecho a la consulta previa viene siendo un debate continental. En Colombia recientemente han sido formulados dos proyectos de reglamentación sobre el derecho fundamental a la consulta previa, y en ambos casos ha salido a relucir la pugnacidad en torno a esta iniciativa.

El primero de ellos, por el cual «se adopta el procedimiento administrativo de consulta previa, se ordena la creación de la Unidad de Consulta Previa en el Ministerio del Interior y se dictan otras disposiciones» fue radicado por el Gobierno Nacional en agosto del año 2017 ante los espacios de concertación nacional con las organizaciones representativas de los pueblos étnicos y el segundo (Proyecto de Ley n.º 134 de 2018) «Por medio del cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones», ante el Congreso de la República por parte del partido Cambio Radical.

Frente al primero, las organizaciones representativas de los pueblos indígenas sentaron en su momento su posicionamiento exigiendo «que cualquier desarrollo normativo respecto de los derechos de los Pueblos Indígenas se fundamente en el principio de la progresividad», advirtiendo que «(e)n ningún caso se podrá ir en detrimento de los derechos conquistados y de los avances jurisprudenciales, normativos y estándares internacionales» y exigiendo «la suspensión inmediata de las consultas previas que estén en curso, hasta que existan las garantías plenas y el cumplimiento de los criterios jurisprudenciales, normativos y estándares internacionales, sobre la Consulta y el Consentimiento Previo, Libre e Informado» (MPC, 2017).

En relación con el segundo, en su informe anual del año 2018, la CIDH expresó tres preocupaciones:

Primero, con respecto al requisito de certificación para el reconocimiento de las comunidades que estarían habilitadas al goce de este derecho. Segundo, en relación con la amplitud del ámbito de la consulta solamente aplicable, según el proyecto de ley, a tierras tituladas, habitadas y explotadas. Desde esta interpretación no serían susceptibles de protección, a partir de una decisión colectiva de las comu-

nidades y pueblos tradicionales, los territorios ancestrales de carácter espiritual de estos grupos. Tercero, sobre el carácter no vinculante de la decisión en que resulte la consulta a las comunidades afectadas por un determinado proyecto, obra o actividades. En este sentido, se atribuiría al Estado la posibilidad de seguir con la medida legislativa o administrativa nociva a las comunidades afectadas.

En adición a ello, la CIDH destacó allí que

de acuerdo a los estándares interamericanos, la ejecución de obras proyectos y actividades que afecten los pueblos tradicionales deben contar con su participación efectiva desde las primeras etapas, en los procesos de diseño, ejecución y evaluación de los proyectos de desarrollo que se llevan a cabo en sus tierras y territorios ancestrales. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018)

Sobre este mismo proyecto, emitió concepto la Defensoría del Pueblo en el que concluyó, por un lado, que «(l)a elaboración de un proyecto de ley estatutaria que regule el derecho fundamental a la consulta previa debe ser consultado con todos los grupos étnicos del país», llamando la atención sobre

la necesidad de crear una comisión integrada por distintos actores como los pueblos étnicos, la academia, los sectores público y privado, que analice la materia con detenimiento, construya sobre las lecciones aprendidas y supere las dificultades derivadas de la aplicación del Decreto 1320 de 1998.

Lo anterior tras advertir cómo el proyecto en mención «se centra en los eventuales excesos, tiempos y circunstancias que puedan afectar los proyectos de desarrollo o a las políticas públicas del gobierno», señalando la importancia de priorizar la protección de la integridad étnica y cultural de los grupos étnicos.

Tal como se ha señalado, la necesidad o no de reglamentar este derecho de los pueblos y comunidades indígenas y tribales es un debate de carácter continental.

(S)e pueden diferenciar tres escenarios en la implementación legal del

derecho a la consulta y consentimiento (en América Latina): (i) los que cuentan con un cuerpo jurídico específico, como es el caso de Chile, Costa Rica y Perú, (ii) los que están en un proceso de aprobación de una ley específica, y (iii) los que, como México, no cuentan con una ley o que han hecho intentos fallidos por adoptarla. (OXFAM, UE & DPLF, 2018)

El siguiente cuadro ilustra sobre ciertos aspectos de los mismos, de acuerdo a cada país.

Cuadro 10

País	Situación frente a la reglamentación
Argentina	«() desde diversas organizaciones de la sociedad civil se viene sosteniendo que, tanto a nivel federal como provincial, predominan prácticas discrecionales para elegir en qué casos y bajo qué modalidades se activa la obligación de realizar consulta y CPLI. Como consecuencia de ello algunas comunidades han elaborado sus propios protocolos de consulta previa». () «En julio de 2014, ENOTPO presentó un anteproyecto de ley sobre consulta y CPLI ante legisladores del Congreso de la Nación. Sin embargo, dicho proyecto aún no ha ingresado formalmente para su tratamiento legislativo en el Congreso».

Bolivia «No conta pre

«No cuenta hasta el momento con una ley general de consulta previa, aunque existe un anteproyecto ante la Asamblea Legislativa Plurinacional. En el 2012, el Ministerio de Gobierno y la Comisión Nacional para la elaboración de la Ley Marco de Consulta elaboraron una propuesta de Anteproyecto de Ley Marco del Derecho a la Consulta. En el 2013, el Estado realizó una serie de encuentros con las orga-

consulta se transforma en un proceso meramente formal y sumario que valida las decisiones estatales sin considerar las prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas, contrariando los estándares internacionales». «Paralelamente, los pueblos organizados han elaborado sus propios proyectos de ley marco» (p.16).

nizaciones y pueblos indígenas para consensuar el anteproyecto (...). Sin embargo, el cuestionamiento central es que la

Brasil

«A raíz de las dificultades para la regulación centralizada de la consulta previa, varias comunidades y pueblos indígenas han empezado a elaborar sus propios protocolos de consulta en Brasil».

«Hasta la fecha se han elaborado trece protocolos de autoconsulta indígena en Brasil, algunas de ellas con la participación del Ministerio Público Federal» (p.18).

Chile

«En el 2011, el gobierno chileno elaboró una nueva propuesta de decreto para reglamentar el Convenio 169 de la OIT e inició un proceso de consulta que fue cuestionado de forma prácticamente unánime por las organizaciones indígenas». «Desde marzo de 2014, el derecho de consulta está supeditado a dos reglamentos en Chile: el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto Supremo 40) y el Reglamento que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena (Decreto Supremo 66). Son varias las críticas realizadas tanto al proceso que conllevó a la adopción de tales decretos como a su contenido» (p.19)





Ecuador

«Aunque el país no cuenta con una ley general sobre la consulta, hay una serie de leyes y reglamentos sectoriales que mencionan expresamente el referido derecho» (p.30).

«En adición a las mencionadas normas sectoriales, desde marzo de 2010 la Corte Constitucional de Ecuador ha establecido algunos criterios que deben ser observados en los procesos de consulta».

«(...) las iniciativas del Estado ecuatoriano de reglamentar los procesos de consulta, en particular en el sector de hidrocarburos, se dio en un contexto de criminalización de organizaciones indígenas y ambientalistas, y de una fuerte objeción a la reglamentación y a la concesión de varios proyectos de extracción en territorios indígenas».

Perú

«Un contexto político favorable, sumado al trabajo de varias organizaciones indígenas y de la sociedad civil realizado durante varios años, condujo a que en el año 2011 fuera aprobada la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, Ley No 29785, publicada en septiembre de 2011» (p.40).

«El texto finalmente aprobado fue objeto de una serie de críticas por parte de organizaciones indígenas y de la sociedad civil. Los principales aspectos cuestionados se referían a que debía considerar como fuente de derechos no solo el Convenio 169 de la OIT, sino también la Declaración de la ONU; debía considerar pueblos indígenas a los descendientes de los pueblos preexistentes a la colonización y no limitarse a los descendientes «directos» y que conserven «todos» los elementos culturales; debía incorporar todos los supuestos en que se exige el consentimiento y no solo la consulta según los estándares internacionales; no debía

excluir de su aplicación todos los actos previos a su publicación considerando que el Convenio 169 de la OIT se encuentra vigente para el Perú desde 1995; entre otros. Además de tomar nota de estos cuestionamientos, cabe también advertir que el Reglamento de la Ley de Consulta Previa presenta aspectos que pueden considerarse positivos, como, por ejemplo, contiene varios elementos que apuntan hacia la incorporación de un enfoque de género en la implementación de los procesos de consulta» (pp. 41, 42).

«Ante la fallida implementación de los procesos de consulta en México, el movimiento indígena en general y los pueblos afectados por proyectos extractivos de manera particular, han rechazado la posibilidad de avanzar en la discusión de una Ley de Consulta Indígena. Lo anterior, pues se considera que una reglamentación general del derecho a la consulta, sin atenderse previamente otras demandas, únicamente servirían para flexibilizar aún más la concesión de actividades económicas en sus territorios» (p.62).

Fuente: Elaboración propia con información de Oxfam, UE & DPLF, 2018.

En criterio de la DCP resulta «necesaria la reglamentación del mecanismo que garantice el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa». A juicio de dicha Dirección, este mecanismo «hoy día carece de una regulación que fije reglas claras (SIC) de aplicación para las comunidades étnicas y para los ejecutores de los proyectos, obras o actividades» y ello «generando incertidumbre e inseguridad jurídica» (DCP, 2019).

Señaló así mismo la DCP que «este gobierno decidió impulsar un proyecto ley (SIC) de consulta previa que haga eficiente el mecanismo de consulta previa y, con ello, se asegure una eficaz garantía del Derecho para la protección del bien jurídico tutelado por el derecho a la consulta previa, el cual es la diversidad étnica y cultural». Informa la DCP que el objetivo principal del proyecto es el de





elevar el estándar de participación de las comunidades, fijar reglas claras de juego en el procedimiento de consulta, y eliminar aquellos incentivos negativos que distorsionan el espíritu participativo de la consulta previa, convirtiéndolo en muchos casos, en un escenario netamente económico y transaccional. (DCP, 2019)

Más recientemente, tras solicitud de actualización de información enviada desde la Delegada para los Grupos Étnicos, la hoy DANCP del Ministerio del interior señaló al respecto que

El proyecto de Ley Estatutaria de Consulta Previa, que actualmente construye el Ministerio del Interior, se encuentra en construcción, incorporando los comentarios que han realizado otros ministerios y entidades del orden nacional. Aun no se cuenta con un documento definitivo para ser consultado ante las tres instancias consultivas de las comunidades étnicas. (DANCP, 2020)

En relación con ello, la Defensoría del Pueblo advierte sobre la necesidad, por un lado, de adelantar frente a cualquier proyecto de ley sobre este derecho fundamental, el respectivo proceso de consulta previa con plenas garantías para los pueblos y comunidades étnicas. Así mismo, llama la atención este organismo de derechos humanos sobre el deber del Gobierno Nacional de observar en el mismo los principios, criterios y subreglas que establecen la naturaleza y contenido de este derecho y que hoy precisan el estándar para su garantía y cumplimiento.

3.3 Mandatos, normas y protocolos propios de los 143 pueblos étnicos.

De acuerdo con lo recomendado por la Relatora especial de la ONU, en informe del año 2019 «conviene destacar que los propios pueblos indígenas han tomado medidas para disfrutar de su derecho a la autonomía y el autogobierno y han formulado propuestas sustantivas al respecto. Los Estados deberían priorizar el apoyo a esas propuestas» (ONU, 2019, p. 25).

Previo a ello, en su informe anual del año 2018, la CIDH señaló cómo en respuesta a los problemas identificados por la sociedad civil relacionados con la gran cantidad de proyectos de inversión y extracción que estarían llevando a cabo en territorios indígenas sin la debida consulta, o bien, a través de procesos consultivos que no se adecuarían a lo establecido por el estándar internacional, (...) diversas organizaciones indígenas, han comenzado a generar protocolos indígenas de autoconsulta, sensibles y respetuosos de sus propias epistemes culturales.

En Colombia, de acuerdo con la DCP del Ministerio del Interior, «a la fecha se están construyendo dos protocolos con las comunidades (i) Motilón Barí y (ii) los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta»⁸⁴. En el caso de la primera, indicó que se encuentra en la tercera fase relativa a la «definición del protocolo que se tendrá en cuenta para adelantar las consultas previas en la región del Catatumbo». Por su parte, respecto a los segundos, informó que

los documentos entregados durante la fase 1 y 2 son generados internamente por los cuatro cabildos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y son propuestas que deberán ser objeto de revisión y concertación por parte del Ministerio del Interior y entidades nacionales interesadas/involucradas en los procesos de consulta previa dentro del territorio ancestral de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta. (ONU, 2019, p. 25).



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

Al respecto, quiere llamarse la atención sobre el hecho de no ser en realidad estos los únicos protocolos propios para el ejercicio y cumplimiento hoy existentes en el país. La Defensoría Pueblo tiene conocimiento de diversos ejercicios de los pueblos étnicos que se han traducido en la formulación o expedición de protocolos, mandatos y normas propias en las que se establecen, desde su autonomía y diversidad, las reglas, tiempos, criterios, autoridades, espacios, entre otros muchos aspectos que particularizan, conforme al principio de la flexibilidad, los procesos consultivos.

Como ejemplo de ello puede señalarse el caso de la Resolución n.º 048 de 2012 «por medio de la cual se establecen y reglamentan los protocolos propios de consulta y consentimiento previo, libre e informado» expedida por las autoridades del Resguardo Indígena Cañamomo Lomaprieta, con ocasión de la cual la Corte Constitucional ordenó al Ministerio del Interior en la Sentencia T-530 de 2016 que

durante la realización de consultas previas con las comunidades étnicas asentadas en inmediaciones de los municipios de Riosucio y Supía se asegure que se respeten los protocolos y procedimientos tradicionales indígenas para la toma de decisiones al interior de las mismas comunidades, sin perjuicio de la necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado en los casos que ha definido la jurisprudencia constitucional.

Junto a ello, recientemente los resguardos Cerrodeo del pueblo Wayúu en La Guajira, Agua Negra en el Caquetá, Ñambi Piedra Verde en Nariño Sáliba de Santa Rosalía en el Casanare, La Chonará Huena y el cabildo KWE'SX YU KIWE del pueblo nasa en el Valle del Cauca y la comunidad de Santa Rita del Pueblo Pijao en el Tolima, presentaron el pasado 29 de noviembre del 2019 en las instalaciones de la Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de Colombia (ONIC), sus protocolos propios para la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado.

En la ya previamente mencionada «Declaración de Bogotá de los Pueblos Indígenas de Colombia sobre el Derecho Fundamental a la Consulta Previa» de noviembre de 2019, estos pueblos solicitaron al Gobierno Nacional, a los organismos de

control y de carácter internacional «(g)arantizar consultas respetuosas de nuestros tiempos, Leyes de Origen, Planes de Vida y Salvaguarda, así como de nuestras Asambleas, Protocolos de Consulta Previa y Biodiversidad ante cualquier iniciativa que pueda afectar nuestros territorios y modo de vida».

Es claro para la Defensoría del Pueblo entonces que estos instrumentos que son el resultado de verdaderos ejercicios de autonomía y jurisdicción no deben su legitimidad y obligatoriedad a procedimientos de concertación y validación ulterior por parte de las autoridades administrativas del Gobierno Nacional. En tal sentido, se pregunta este organismo del Ministerio Público hasta qué punto la exigencia de lo anterior para la incorporación de estos instrumentos-protocolos, normas o mandatos en la práctica de la administración esté siendo aplicada como una suerte de requisito para la «validación» de la autonomía y la diversidad étnica, y si ello resulta adecuado a la Carta Política.

Expresa entonces finalmente sobre el particular la Defensoría del Pueblo su adhesión al saludo que ha hecho la CIDH a este tipo de iniciativas en su informe anual, sobre las cuales destacó, son la

manifestación de los procesos autonómicos de las entidades representativas de los pueblos indígenas, y coincide con lo establecido por la Corte Interamericana al sostener que las consultas indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, de conformidad con sus propias tradiciones. (CIDH, 2018)

De acuerdo con ello, este organismo del Ministerio Público exhorta al Gobierno Nacional y estará vigilante de ello para que incorpore en sus funciones de coordinación de los procesos consultivos, la debida consideración a las normas, los protocolos y mandatos propios de los pueblos étnicos, como una medida adecuada a la diversidad étnica y cultural y respetuosa de su autonomía.



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

Conclusiones y Recomendaciones

Una mirada panorámica a la experiencia de implementación del derecho de los pueblos y comunidades étnicas a la consulta previa en el país deja ver, por un lado, la que ha sido una masiva incorporación de este derecho y mecanismo en las decisiones gubernamentales sobre el territorio y los recursos naturales, que podría sostenerse, ha llegado incluso a tornarlo estructural al Estado. Lo anterior considerando la proliferación de normas, proyectos, obras y actividades que los afectan o pueden afectarlos, y de allí el incremento en los procesos consultivos que, sin embargo, no se han traducido necesariamente en mayor prevención de la conflictividad económica, ambiental, social y cultural generada con ocasión de la adopción e implementación de tales medidas.

Una parte de estos conflictos se ha tornado judicial. Más de un centenar de sentencias de tutela y constitucionalidad que han sido emitidas al día de hoy por la Corte Constitucional evidencian el desarrollo litigioso de este derecho y, al tiempo, una administración cuyas prácticas no ha sabido del todo adecuar a los alcances y el contenido del derecho a la consulta previa con las debidas consecuencias para su cumplimiento, garantía y protección.

Tales contenidos y alcances son el resultado principalmente de las sentencias de la Corte Constitucional, que ha ido caso a caso consolidando y adecuando al día de hoy todo un conjunto de principios, criterios y subreglas, relativo a su garantía, cumplimiento y ejercicio. Esto último se ha producido con arreglo a la interpretación que ha hecho este alto tribunal del bloque de constitucionalidad al cual se integra el Convenio 169 de la OIT y también, en algunos de estos casos, bajo el entendido conforme al cual las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana constituyen un criterio de relevante para interpretarlo.

Hoy, la garantía, el cumplimiento y ejercicio del derecho de los pueblos y comunidades indígenas, afrodescendientes y del pueblo Rom a la consulta previa requiere entonces, ante todo, dar sistemática interpretación y estricto

cumplimiento de las normativas y reglas judiciales que determinan su naturaleza, contenido y alcances. Es con arreglo a tal premisa y a sus deberes constitucionales y legales que la Defensoría del Pueblo orienta y ejerce la magistratura moral en cada una de las fases consultivas (procedencia o certificación, preconsulta, consulta y seguimiento) en las que interviene, y con arreglo a la cual se presentan las reflexiones, advertencias y recomendaciones recogidas en este informe defensorial.

Así, atendiendo a una necesaria perspectiva de interdependencia entre los derechos de los pueblos y las comunidades étnicas a la consulta previa y el CLPI con otros de sus derechos humanos, en especial aquellos a la integridad cultural, la libre determinación y sobre sus territorios, este informe identificó, por lo menos, los actuales desafíos del Estado colombiano para cumplir con sus deberes de garantía y protección:

El reconocimiento y la protección de los derechos territoriales de los pueblos y comunidades étnicas tiene implicaciones determinantes en el ejercicio del derecho a la consulta previa. El informe repara en aquellas frente a su ejercicio y contenido en el marco de la certificación de presencia, la identificación y valoración de afectaciones directas y de los impactos generados por las medidas administrativas o legislativas que sean objeto de la misma.

Cinco desafíos que al respecto se advierten son los relativos a: i) la necesaria correspondencia entre las certificaciones sobre la afectación directa que emite el Ministerio del Interior y el estándar de protección de los derechos territoriales incluidos aquellos de propiedad, posesión y a los usos consuetudinarios y bioculturales; ii) la necesidad de que tales certificaciones sean el resultado de una valoración cooperada con el pueblo o comunidad interesada y sea ello regido por un enfoque étnicamente diferenciado; iii) que sean evaluadas y replanteadas las dinámicas masificadas de procedimientos consultivos sobre únicos corredores bioculturales, territorios tradicionales y/o ancestrales y su conectividad ecosistémica, espiritual y cultural, para efectos de evitar que las mismas terminen por desconocer el carácter integral de aquellos, así como el derecho de estos pueblos y comunidades



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

a determinar sus propias prioridades de desarrollo; iv) la observancia del deber de precaución que ha señalado la CIDH y la Corte Constitucional es debida frente a los territorios pendientes de ser delimitados, demarcados o titulados, y que se expresa en el derecho a su protección provisional frente a actos que, entre tanto, puedan afectar su existencia, valor, uso o goce; y v) la necesidad de contar con una política sobre espacios sagrados de valor cultural y ambiental, en la que se articulen la protección del patrimonio inmaterial con la de la biodiversidad, los derechos territoriales y de autonomía de los pueblos y comunidades étnicas.

La garantía de la autonomía y la diversidad étnica y cultural tienen igualmente una relación de estrecha incidencia con la del derecho a la consulta previa. En tres aspectos y desafíos para su cumplimiento y ejercicio que fueron identificados se detuyo este informe.

Por un lado, en el reconocimiento mismo de la titularidad del derecho a ser consultado conforme al Convenio 169 de la OIT, pues no solo ha existido la práctica de certificar únicamente comunidades con autoridades registradas en el Ministerio del Interior, sino que tampoco se ha materializado la necesaria coordinación entre las diferentes Direcciones étnicas de este mismo Ministerio, para efectos de los exámenes de titularidad y procedencia del derecho a la consulta previa y con arreglo al criterio de la autoidentificación colectiva.

Por otro lado, el informe identifica un desafío en la estricta observancia al principio de la flexibilidad de las consultas previas, en particular, para que en el marco de las fases preliminares o preconsultivas, sean debidamente respetadas las propias instituciones, autoridades, conocimientos y derecho propio del pueblo o comunidad consultada, incluyendo la observancia de los tiempos (calendarios ecológicos o propios) y espacios propios (sagrados, organizativos, etc.). Por el contrario, la flexibilidad no puede nunca ser entendida como una excusa para omitir los principios mismos de la consulta previa y desconocer su contenido y alcances.

Así mismo, desde la perspectiva del derecho a la autonomía y el autogobierno, el informe concluye que hoy la garantía y el ejercicio del derecho de los pueblos y comunidades étnicas a la consulta previa requiere reconocer y fortalecer las autoridades e instituciones étnicas y avanzar con estas hacia canales de relacionamiento fundados no solo en la participación, sino en verdaderos mecanismos de cooperación y coordinación entre autoridades y jurisdicciones que respondan mejor al lugar que ocupan las autoridades étnicas en la estructura orgánica de un Estado plural, participativo, descentralizado, con autonomía de sus entidades territoriales y diverso étnica y culturalmente, como lo es el colombiano. En este mismo marco se hace necesaria una consideración especial a las normas, los protocolos y mandatos propios de los pueblos étnicos, como una medida adecuada a la diversidad étnica y cultural y respetuosa de su autonomía.

Atendiendo a que la finalidad de toda consulta previa es la de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos y comunidades étnicas respecto de cualquier medida administrativa o legislativa susceptible de afectarles directamente, el informe advierte respecto a la aplicación del denominado test de proporcionalidad previsto en la Directiva 10 de 2013: i) la necesidad de establecer si resulta ajustado al ordenamiento constitucional, a la diversidad étnica, la autonomía y a la finalidad misma de la consulta previa que, de la mano de este mecanismo, a la misma se le circunscriba en una concepción de la participación como deber, y uno al cual es imperativo atender indistintamente y sin consideración a la «índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente» a un pueblo o comunidad, conforme al artículo 5.º del Convenio 169 de la OIT, como aquellas relativas, por ejemplo, a su relación con el territorio y sus recursos naturales o a la circunstancia de encontrarse en condición de peligro de extinción física y cultural. ii) La imposibilidad de considerarse desprovisto de arbitrariedad un mecanismo que se implementa con arreglo a una normativa que no fue concertada ni consultada con los pueblos y comunidades étnicas titulares del derecho en cuyo cumplimiento esta busca lograr eficiencia y buenas prácticas.



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

En el marco del cumplimiento a su deber de adelantar consultas a los pueblos y comunidades étnicas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente y de garantizar su vida e integridad étnica y cultural, el Estado colombiano debe atender y acatar de manera coordinada los riesgos advertidos por el SAT, así como considerar el de extinción física y cultural que hoy se mantiene sobre parte importante de estos.

En cuanto a la institucionalidad y ciertos aspectos procedimentales de la consulta previa, el desafío central hallado es el de una institucionalidad fuerte, técnica e independiente, con la capacidad de acatar los estándares normativos y jurisprudenciales existentes, como una garantía esencial del derecho fundamental de los pueblos y comunidades étnicas a la consulta previa. Para tales efectos, se hace necesario tener la claridad sobre el hecho de que es el Estado colombiano y no los particulares y actores empresariales, el ente obligado por el derecho internacional a cumplir con el deber de consultar a los pueblos y comunidades étnicas sobre las medidas previstas que puedan afectarlos directamente. Lo anterior, claramente, sin desconocer que los particulares y las empresas tienen deberes frente al cumplimiento de este derecho fundamental, aunque sean diferentes a los que recaen sobre los Estados. En particular se hace necesaria una exigencia estricta del estándar de la debida diligencia.

Adoptando lo anterior, se formulan las siguientes recomendaciones:

- 1. Al Gobierno Nacional encabezado por el Ministerio del Interior, en coordinación con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible:
 - 1.1 Ministerios del Interior, Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Departamento Nacional de Planeación.

Para que conjuntamente, y bajo la dirección de la primera de estas carte-

ras, establezcan y cumplan las metas necesarias que permitan avanzar en el fortalecimiento de los espacios, las autoridades e instituciones indígenas, afrodescendientes y rom y, en particular, en relación con la implementación, entre otras, de los Decretos 1953 de 2014 y 632 de 2018, así como el establecimiento concertado con estas, de espacios, canales y/o mecanismos de cooperación y coordinación, que sean adecuados a su autonomía.

2. Al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible:

Para que coordine con las carteras de los sectores pertinentes la formulación e implementación de un plan para la elaboración de líneas base sobre el estado de la diversidad biológica, étnica y cultural en el que se incluyan los ecosistemas estratégicos. Lo anterior en observancia de los principios de prevención y precaución ambiental y a efectos de contar con un conocimiento amplio y suficiente que permita determinar y evaluar la magnitud, acumulación y sinergia de los posibles impactos y afectaciones directas ambientales, culturales y espirituales que se generen con ocasión de medidas administrativas o legislativas, a partir de una mirada integral de los derechos étnicos y holística de sus territorios.

3. Al Ministerio del Interior:

- 3.1 Para que con arreglo a lo acordado en la consulta previa al Plan Nacional de Desarrollo, y en articulación con los Ministerios de Ambiente y Cultura, el ICANH y la ANT, culminen, ajusten e implementen la formulación concertada con los pueblos y comunidades étnicas de la política pública sobre espacios sagrados de valor cultural y ambiental, que permita asegurar la garantía del derecho a la consulta previa en observancia integral de la protección del patrimonio inmaterial, la biodiversidad y los derechos territoriales y de autonomía de los pueblos y comunidades étnicas.
- 3.2 Para que de cara al escenario que presenta la emergencia de la CO-VID-19 y en observancia de los criterios y las recomendaciones de la CIDH contenidas en su Resolución n.º 1/2020, mantenga y acuda a los canales de





diálogo y coordinación con las autoridades y organizaciones representativas de los pueblos y comunidades étnicas con el objeto especial de atender las necesidades y el impacto diferenciado que en sus derechos humanos generan las medidas adoptadas para dar atención y contener la pandemia.

- 3.3 Para que, en coordinación con las autoridades y organizaciones étnicas, se exploren las vías necesarias para la protección de los derechos fundamentales a la participación, la autonomía y la consulta previa, de acuerdo con los estándares internacionales y en observancia de las recomendaciones realizadas por la CIDH para el contexto de la emergencia por COVID-19, en el marco de la estrategia de la reactivación económica presentada por el Gobierno Nacional.
- 3.4 Para que se establezcan e implementen mecanismos efectivos de coordinación interadministrativa entre las diferentes direcciones étnicas en el Ministerio del Interior para efectos de los exámenes de titularidad y procedencia del derecho a la consulta previa. Tales ejercicios, se advierte especialmente, deberán adelantarse con arreglo al criterio de la «autoidentificación colectiva» de cada comunidad indígena y afrodescendientes.
- 3.5 Para que cualquier iniciativa legislativa de reglamentación del derecho fundamental a la consulta previa se enmarque en una ley estatutaria y, antes de la radicación del respectivo proyecto para el correspondiente trámite legislativo, se garantice un proceso de consulta previa con las instancias representativas de los pueblos étnicos, con todas las garantías y atendiendo a la jurisprudencia y el estándar de la Corte Constitucional, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del sistema de Naciones Unidas.

4. A la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior:

- 4.1 Que, de acuerdo con sus funciones consistentes en la consolidación y actualización de la información relativa a los procesos de consulta y los trámites de verificación, así como de promoción a su conocimiento y difusión, incorpore sistemas de información y tecnológicos que permitan dotar los procedimientos de consulta previa de una mayor transparencia.
- 4.2 Que diseñe e implemente mecanismos de cooperación con los pueblos y comunidades étnicas para efectos de los procesos de certificación que adelanta, y conforme a lo previsto en el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT respecto de la realización de estudios para evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medioambiente, que puedan recaer ante las actividades que se desarrollen.
- 4.3 Que en cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia SU-123 de 2018, como a lo señalado en la Constitución Política, la Convención Americana, las leyes de la República y la jurisprudencia de las Cortes Constitucional e Interamericana, asegure en el marco de los procesos consultivos el deber de reconocimiento, respeto y protección de los derechos territoriales étnicos por parte del Estado, incorporando tanto la comprensión del derecho a la propiedad colectiva con todos los atributos que le son propios y protegidos, como también aquellos que surgen de la posesión ancestral y los usos consuetudinarios, las formas de apropiación cultural, uso, manejo y distribución de la tierra, como de su dimensión espiritual. Lo anterior no puede ser desconocido cuando se le afecta directamente.
- 4.4 Para que en conjunto con la ANT y el IGAC, adopten un plan de articulación que permita cumplir con el derecho a la consulta previa, en atención a la precaución debida frente a los territorios étnicos que se encuentran pendientes de ser delimitados, demarcados, saneados o titulados, y con arreglo al derecho de los pueblos y/o comunidades titulares de los mismos a su protección provisional, señalado por las Cortes Constitucional e Interamericana de Derechos Humanos.



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

- 4.5 Respetar e implementar en todas las fases de la consulta previa, pero en particular en el marco de las preliminares o preconsultivas, el principio de la flexibilidad. Lo anterior, de una manera culturalmente adecuada; esto es, asegurando su cumplimiento y ejercicio conforme a las costumbres y tradiciones de los pueblos y comunidades étnicas, ateniendo a sus métodos tradicionales para la toma de decisiones, y respetando su propias instituciones, autoridades, conocimientos, protocolos y derecho propio, incluyendo la observancia de los tiempos (calendarios ecológicos o propios) y espacios propios (sagrados, organizativos, etc.)
- 4.6 Que incorpore en sus funciones de coordinación de los procesos consultivos, la debida consideración a las normas, los protocolos y mandatos propios de los pueblos étnicos, como una medida adecuada a la diversidad étnica y cultural y respetuosa de su autonomía.
- 4.7 Asegurar el cumplimiento del deber estatal en todo proceso consultivo consistente en la finalidad de llegar a acuerdos o lograr el consentimiento del pueblo o comunidad, y en tal sentido con el carácter excepcional de los eventos en los que resulta dable acudir al test de proporcionalidad para la ponderación de derechos. Esta última excepcionalidad ha de responder a la jurisprudencia constitucional, a las particularidades propias de la medida propuesta y a las culturales de cada pueblo o comunidad, incluidas la «índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente», de acuerdo con el artículo 5.º del Convenio 169 de la OIT, incluidas aquellas relativas a su relación con el territorio y sus recursos naturales o al hecho de encontrarse en condición de peligro de extinción física y cultural.

Seguimiento a la implementacion de recomendaciones

El presente Informe Defensorial se enmarca en las facultades constitucionales y legales encomendadas al Defensor del Pueblo en los artículos 282 y 283 de la Constitución Nacional y la Ley 24 de 1992. En esa medida las recomendaciones formuladas serán objeto de la verificación y el seguimiento desde la Delegada para los Grupos Étnicos y con el apoyo de las Delegadas para los Derechos Colectivos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; previas convocatoria y requerimientos a las entidades concernidas en las mismas.

Referencias

- •Agencia Nacional de Hidrocarburos. (2015). Informe de gestión 2014. Bogotá.
- •Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH (2020). Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución N.º 1/2020
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH (2013). Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos Humanos en Colombia, Doc. 49/13, 2013
- •Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH (2009). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. Doc 56/09
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH (2009). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano
- •Defensoría del Pueblo. (2014). Guía de actuación de la Defensoría Delegada para los Indígenas y Minorías Étnicas de la Defensoría del Pueblo para

la asesoría a las víctimas de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

- •Departamento Nacional de Planeación, Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.
- •Galvis y Ramírez, S.F. Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria. Due Proccess of Low Fundation. Washington.
- Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas MPC (2017). 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. Bogotá
- Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa. (2012). Informe de gestión año 2012.
- •Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, Oficio OFI19-30624-DCP-250 (12 de agosto de 2019). Respuesta solicitud de información relativa a la garantía del derecho fundamental de consulta previa.
- Ministerio del Interior, Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, Oficio No. OFI2020-13751-DCP-2500 (8 de mayo de 2020). Respuesta a la solicitud de información relativa a la garantía del derecho fundamental de Consulta Previa.
- Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías Oficio No. OFI19-27006-DAI-2200 del 23 de julio de 2019.
- Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías Oficio No. OFI2020-25768-DAI-2200 del 3 de agosto de 2020.



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

- Organización de las Naciones Unidas, Documento A/HRC/15/37 del 19 de julio de 2010.
- Organización de las Naciones Unidas, Documento A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012.
- Organización de las Naciones Unidas, Documento A/HRC/36/46 del 1 de noviembre de 2017.
- Rodríguez, Gloria Amparo. (2012). Conflictos ambientales y consulta previa. En: Opinión Jurídica. Medellín.
- Rodríguez, Gloria Amparo. (2017). De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Bogotá: Ibáñez & Universidad del Rosario.
- Ruíz, Carlos. (2019). De la participación, la consulta previa y la protección de los grupos étnicos en tiempos de desarrollo (SP), Defensoría del Pueblo, 2019.
- Sánchez, Esther 2009. Los Pueblos Indígenas en Colombia. Derechos, políticas y desafíos. UNICEF. Bogotá.
- Organización de las Naciones Unidas, Documento A/74/149 del 17 de julio de 2019.
- OXFAM, Union Europea & Fundación para el Debido Proceso (2018). Implementación de la consulta y consentimiento previo, libre e informado Experiencias comparadas en América Latina y discusiones sobre una ley de consulta en México. Ciudad de México
- Valencia, María. (2016). 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-, (SP) Usaid & Defensoría del Pueblo.

Normas

- Ley 21 de 1991, República de Colombia.
- Ley 24 de 1992, República de Colombia.
- Ley 70 de 1993, República de Colombia.
- Ley 397 de 1997, República de Colombia.
- Ley 1185 de 2008, República de Colombia.
- Ley 1333 de 2009, República de Colombia.
- Declaración Americana sobre los Derechos Humanos, 2016.
- Resolución 048 del Resguardo de Cañamomo y Lomaprieta sobre consulta previa.
- Decreto 1396 de 1997, República de Colombia.
- Decreto 833 de 2002, República de Colombia.
- Decreto 763 de 2009, República de Colombia.





- Decreto Ley 4633 de 2011, República de Colombia.
- Decreto Ley 4634 de 2011, República de Colombia.
- Decreto Ley 4635 de 2011, República de Colombia.
- Decretos 2893 de 2011, República de Colombia.
- Decreto 2613 de 2013, República de Colombia.
- Decreto Ley 025 de 2014, República de Colombia.
- Decreto 1372 de 2018, República de Colombia.

Sentencias

- Corte Constitucional, Sentencia T-428 de 1992.
- Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993.
- Corte Constitucional, Sentencia T-342 de 1994.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-510 de 1998.
- Corte Constitucional, Sentencia T-652 de 1998.
- Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2000.
- Corte Constitucional, Sentencia a C-169 de 2001.
- Corte Constitucional, Sentencia C-418 de 2002.
- Corte Constitucional, Sentencia C-881 de 2002.
- Corte Constitucional, Sentencia C-891 de 2002.



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

- Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003.
- Corte Constitucional, Sentencia T-880 de 2006.
- Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008.
- Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2008.
- Corte Constitucional, Auto 004 de 2009.
- Corte Constitucional, Auto 005 de 2009.
- Corte Constitucional, Sentencia C-175 de 2009.
- Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009.
- Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009.
- Corte Constitucional, Sentencia T-547 de 2010.
- Corte Constitucional, Sentencia T-129 de 2011.
- Corte Constitucional, Sentencia C-187 de 2011.
- Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011.
- Corte Constitucional, Sentencia T-693 de 2011.
- Corte Constitucional, Sentencia T-376 de 2012.
- Corte Constitucional, Sentencia T-387 de 2012.
- Corte Constitucional, Sentencia C-317 de 2012.
- Corte Constitucional, Sentencia T-428 de 2012.

- Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2013.
- Corte Constitucional, Sentencia C-214 de 2013.
- Corte Constitucional, Sentencia T-294 de 2014.
- Corte Constitucional, Sentencia T- 576 de 2014.
- Corte Constitucional, Sentencia T-969 de 2014.
- Corte Constitucional, Sentencia T-005 de 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-133 de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-217 de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia T-272 de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia C-073 de 2018.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Sarayacu vs Ecuador (2012).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Saramaka Vs. Surinam (2007).

