

El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada, y los principios de progresividad y no regresividad. Estudio de la aplicación práctica de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Colombia

The Indigenous People Right to a Free and Informed prior consultation, and the progressiveness and no regression principles. Study of the practical application of the standards set by the Inter-American Human Rights System in Colombia.

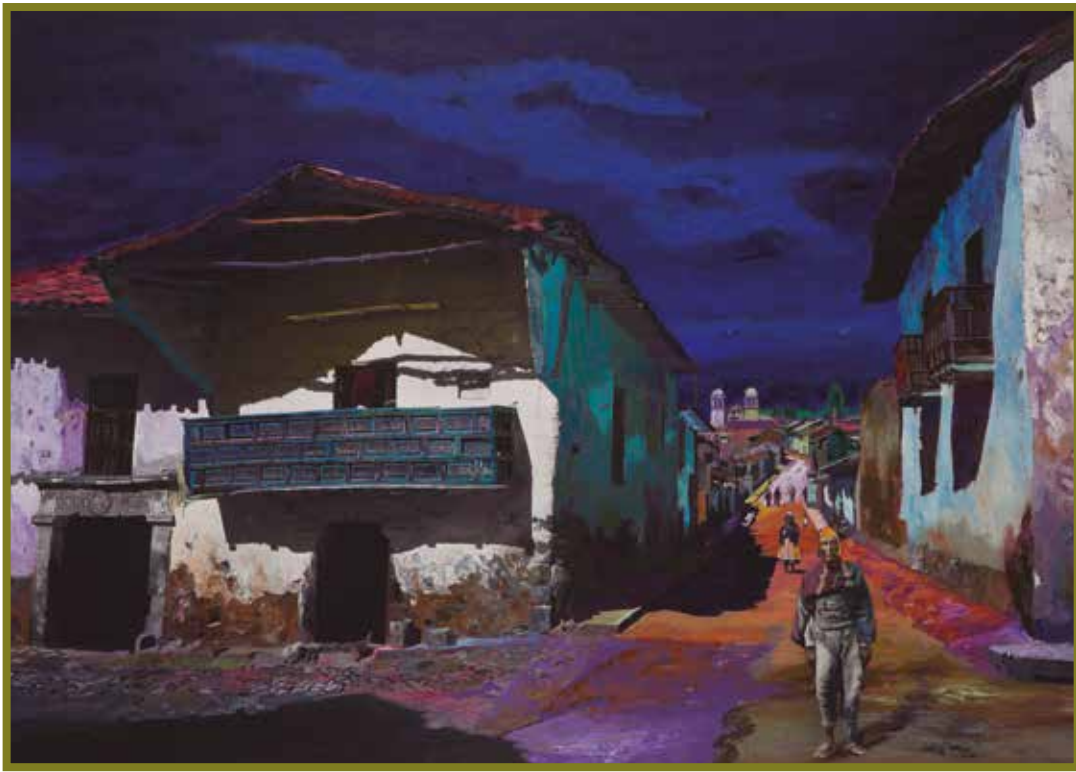
María Sol Bucetto*

DOI: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v16i21.1540>

* Abogada - UBA. Candidata a magíster en Derechos Humanos, Universidad Nacional de La Plata. Docente de "Los derechos humanos en la Constitución Nacional", Universidad de Buenos Aires.
Correo electrónico: solbucetto@yahoo.com.ar

Lex





Balcón de Herodes con gigante. Enrique Polanco.
<https://www.facebook.com/enriquepolancopintor/>

RESUMEN

El derecho a la consulta previa, libre e informada implica que cada vez que se pretenda adoptar medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, el Estado debe consultarlos mediante procedimientos culturalmente adecuados que respeten sus instituciones representativas. En el caso *Saramaka vs. Surinam* se han delineado los estándares mínimos de protección, y la Corte Constitucional colombiana los ha hecho propios. En líneas generales, Colombia respeta la progresividad de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, pero aún existen manifestaciones regresivas que atentan contra la implementación y exigibilidad del derecho fundamental a la consulta.

Palabras clave: *pueblos indígenas, derecho a la consulta previa, libre e informada, caso Saramaka vs. Surinam, estándares, Colombia.*

ABSTRACT

The right to a free and informed prior consultation implies that the Government must consult the indigenous people every time an action to be adopted could directly affect them, by using culturally appropriate procedures respecting their authorities and representative institutions. The minimal protection standards were drafted in the case *Samaraka vs. Surinam* and the Colombian Constitutional Court embraced them. In general terms, Colombia respects the progressiveness of the rights acknowledged to the indigenous people but there are still signs of regression affecting the application and enforceability of the referred fundamental right.

Key words: *indigenous people; right to a free and informed prior consultation; Saramaka vs. Surinam case; standards; Colombia.*

I. INTRODUCCIÓN

El surgimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el campo internacional estuvo teñido de rasgos discriminatorios, en tanto se originó en un contexto histórico, político y social que apoyaba el enfoque integracionista, buscando que las comunidades se asemejen al estereotipo de la cultura occidental. Esta postura quedó plasmada en el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales de la OIT, constituyéndose en el primer instrumento internacional que receptara no solo cuestiones laborales, sino también temas culturales, de propiedad de las tierras y derecho consuetudinario.

Afortunadamente, con el cambio de paradigma del asimilacionismo al multiculturalismo comenzó la aceptación de los pueblos indígenas como sujetos colectivos autónomos, promoviendo el respeto a su libre determinación. Esta ideología se exteriorizó en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Este nuevo escenario propició el desarrollo autónomo del derecho a la consulta previa, libre e informada respecto de todos los asuntos que afecten a las comunidades originarias y merezcan su participación y, en ciertos casos, consentimiento.

En este contexto, el objetivo del presente trabajo consiste en evaluar la utilidad de los estándares fijados por la Corte Interamericana sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Para ello, se tomará como base el caso *Saramaka vs. Surinam*, que se ha constituido en *leading case* en la materia.

A partir de eso, se investigará si sus directrices fueron receptadas por la legislación, jurisprudencia y prácticas colombianas, a fin de valorar su aporte respecto a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y el principio de progresividad y no regresividad.

II. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

“Los pueblos indígenas deben poder determinar sus propios destinos en pie de igualdad con los demás, participar en la toma de las decisiones que les afectan, y estar seguros en sus derechos individuales y colectivos. Todo esto implica la necesidad de mecanismos efectivos de consulta a los pueblos indígenas en los procesos de decisión que puedan afectarles en el goce de sus derechos”.

Peritaje sobre Consulta y Consentimiento,
Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.

Audiencia pública. 7 de julio de 2011¹

El particular modo de vida de los pueblos indígenas los ha colocado históricamente en una posición de vulnerabilidad y exclusión del centro de toma de decisiones políticas.

En respuesta a esta situación surgió el derecho de los pueblos indígenas a que se los consulte cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de tener un impacto sobre el normal desenvolvimiento de su forma de vida. De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas, por medio de procesos de consulta especiales y diferenciados, siempre que sus derechos e intereses pudieran verse afectados, constituye un principio general del derecho internacional.²

En este sentido, la consulta está relacionada con el derecho a la identidad cultural³ y es parte integrante del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas,⁴ que se manifiesta, en parte, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones.

¹ Video completo de la audiencia ante la Corte Interamericana y documentación en www.unsr.jamesanaya.org

² ONU, “Consulta y consentimiento: principios, experiencias y desafíos”. Presentación de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Copuz para el Coloquio Internacional sobre la consulta libre, previa e informada: Estándares y experiencias internacionales y regionales, Ciudad de México, 8 de noviembre de 2016, p. 3.

³ CIDH, “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela”, Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050.

⁴ El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas ha dicho que el derecho a la consulta “[...] es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad [...] De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular [...]”. Véase ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41.

Es importante mencionar que el hecho de que su cosmovisión tenga como base la relación especial existente con sus territorios ancestrales tiene como contrapartida que se requieran ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de su derecho de propiedad,⁵ a fin de garantizar su supervivencia física y cultural.

En relación con esto, hay que considerar que el medio de subsistencia de los pueblos originarios encuentra su centro de desarrollo en la explotación de recursos naturales. El derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio.⁶

Entonces, en esos casos el objetivo de la consulta será garantizar el resguardo de los derechos de los pueblos mediante la evaluación previa de las actividades a realizar en sus territorios y, en caso de que estas sean posibles, su posterior participación en la utilización, administración y mantenimiento de los recursos.⁷

Sin embargo, más allá de que la mayoría de los escenarios facticos se relacionan con asuntos que afecten las tierras ancestrales o los recursos naturales de los pueblos indígenas, no hay que olvidar que el derecho a la consulta no se limita únicamente a ellos, sino que comprende todas las acciones administrativas o legislativas de los Estados que puedan tener un impacto sobre sus derechos o intereses.⁸

En cuanto a la regulación normativa del derecho a la consulta, vale resaltar que fue necesario elaborar una previsión específica, en tanto la participación de los pueblos indígenas no es la que comparten con los demás ciudadanos —basada en la democracia electoral—, sino que requiere pautas determinadas a razón del contraste cultural.

En este sentido, si bien se ha señalado que el art. 1 común a ambos Pactos Internacionales es aplicable a los pueblos indígenas, fue la sanción del Convenio 169 de la Organización In-

⁵ Para la Comisión, “[...] uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales” (CIDH, “Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo c. Belice”, Fondo, Informe N° 40/04 (caso 12.053), sentencia del 12 de octubre 2004, párr. 142)

⁶ Conforme Corte IDH, “Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125, párrs. 124 y 137, y Corte IDH, “Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párrs. 118 y 121.

⁷ Juan Manuel Salgado y María Micaela Gomiz, *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino* (Neuquén: ODHPI, IWGIA, 2010), 220.

⁸ Para mayores precisiones, véase CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009.

ternacional del Trabajo la que proveyó la regulación propia del derecho a la consulta en tanto participación colectiva como *pueblos*, además de los derechos políticos generales de cada uno de sus integrantes.⁹

De este modo, el derecho a la consulta se encuentra previsto en el art. 6 del Convenio 169,¹⁰ en el art. 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹¹ y en el art. XXIII.2 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹²

En relación a los recursos naturales, el Convenio 169 cuenta con el art. 15 que refiere a la participación en la utilización, administración y conservación de los recursos existentes en las tierras y a la obligación de brindar garantías de consulta y participación efectiva.¹³ Esta consulta deberá estar acompañada de estudios de incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente.¹⁴ En la misma línea, la Declaración de Naciones Unidas provee el art. 32.¹⁵

⁹ Juan Manuel Salgado y María Micaela Gomiz, *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación...*, 120.

¹⁰ Art. 6 Conv. 169: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los Gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...] 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

¹¹ Art. 19 Decl. Nac. Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

¹² Art. XXIII Decl. Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: [...] 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

¹³ Art. 15 Conv. 169 OIT: 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los Gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

¹⁴ Art. 7 Conv. 169 OIT: [...] 3. Los Gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

¹⁵ Art. 32 Decl. Nac. Unidas: [...] 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

III. EL CASO DEL PUEBLO DE SARAMAKA VS. SURINAM

La conjugación de las provisiones normativas y la jurisprudencia del sistema internacional de derechos humanos¹⁶ hicieron posible la conformación de estándares más avanzados en la materia.

Sin miras de analizar de modo exhaustivo el desarrollo que la Corte Interamericana ha dado a este derecho, es posible identificar determinados estándares de protección que surgieron a partir del caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam.¹⁷

Los hechos que dieron origen a la reclamación judicial se presentaron cuando el Estado comenzó a otorgar a terceros concesiones madereras y mineras para la explotación y extracción de ciertos recursos naturales ubicados en el territorio ocupado por el pueblo. El inconveniente surge porque Surinam no adoptó medidas efectivas que reconozcan el derecho de propiedad comunal del pueblo de Saramaka,¹⁸ así como la falta de recursos adecuados y efectivos para cuestionar dicha situación.

El Tribunal ya había tenido oportunidad de expedirse respecto a la propiedad comunal, concluyendo que existe una estrecha y especial vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren. La interpretación del art. 21 de la CADH debe acompañar el derecho de los pueblos a determinar y gozar, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, garantizando su supervivencia física y cultural.¹⁹

Sin perjuicio de ello, la ausencia de reconocimiento legal de la condición de propietarios comunales de los pueblos indígenas —como sucede en Surinam—²⁰ no exime al Estado de la obligación de consultarlos. De otro modo, se beneficiaría de su propio incumplimiento.

¹⁶ Por razones de extensión del trabajo, el presente artículo se refiere únicamente al *leading case* de la Corte Interamericana, pero vale mencionar que la Corte ha continuado con esta línea de pensamiento en numerosos fallos referentes a comunidades indígenas, así como también los organismos del sistema universal han hecho un valioso aporte a la construcción de los estándares internacionales en la materia (véase, por ejemplo, la actuación del Comité CERD).

¹⁷ La Corte se expidió respecto de las excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas el 28 de noviembre de 2007. Más adelante, el 12 de agosto de 2008, emitió un fallo sobre la interpretación de aquella sentencia; y en dos oportunidades —20 de abril de 2010 y 23 de noviembre de 2011— falló sobre la supervisión de cumplimiento del fallo original.

¹⁸ Este fallo también conformó el precedente de asimilar la protección otorgada por el derecho internacional a los pueblos indígenas para los pueblos tribales, en razón de que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo.

¹⁹ Conforme Corte IDH, “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79, párrs. 148-149, y 151; “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya”, *op. cit.*, párrs. 118-121, y “Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa...”, párrs. 124, 131, 135 y 154.

²⁰ En particular, la Corte Interamericana ha analizado el escenario legal de Surinam en el caso *Moiwana*, concluyendo que este Estado no reconocía la propiedad comunal a los pueblos indígenas. Véase Corte IDH, “Caso de la Comunidad *Moiwana vs. Surinam*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 15 de junio de 2005, Serie C, No. 124.

Entonces, cualquier restricción al disfrute de la posesión y propiedad comunitaria de la tierra debe analizarse bajo el criterio específico de no constituir una *denegación de las costumbres que comprometa su subsistencia como pueblo*.

Además de ello, deben proveerse tres garantías especiales:

- Asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio.
- Garantizar que los miembros del pueblo *se beneficien razonablemente del plan* que se lleve a cabo dentro de su territorio.
- Garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, *realicen un estudio previo de impacto social y ambiental*.²¹

Conjuntamente con estas previsiones, la Corte delineó una serie de parámetros que determinarán si el procedimiento puede considerarse legítimo. De este modo, el deber de consulta debe cumplir las siguientes condiciones:²²

- El Estado debe aceptar y brindar información y generando un clima de confianza que implique la comunicación constante entre las partes. La consulta informada exige que los Estados se aseguren que los pueblos consultados puedan comprender y hacerse comprender, facilitándoles, si fuera necesario, intérpretes.²³
- Realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y tener como fin llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento libre e informado. Esto implica que el Estado debe abstenerse de cualquier tipo de coerción e intento por desintegrar la cohesión social del pueblo indígena o tribal afectado.²⁴ Asimismo, la consulta no se agota con reuniones informativas o meros trámites formales de audiencias, sino que debe ser un proceso de diálogo y negociación.

²¹ Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129.

²² *Idem*, párr. 133. El Relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, agregó que la consulta debe ser sistemática, transparente y tener un alcance amplio a todas las decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas. Véase ONU, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, 24 de abril de 2009, párr. 34.

²³ CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos..., párr. 311.

²⁴ *Idem*, párr. 318 y 319.

- Realizarse en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. Esta previsión alcanza las actividades en curso y toda modificación de la situación que requiera consulta.²⁵
- El Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.
- La consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones. No le corresponde al Estado determinar cuáles son las autoridades de los pueblos indígenas ante quienes se realizará la consulta, sino que es decisión del pueblo.²⁶ El modelo de institución representativa debe ser el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas.²⁷

La responsabilidad de realizar y garantizar el adecuado procedimiento de consulta es del Estado, no de las empresas que hayan recibido la licencia. Las consultas deben ser realizadas por el órgano estatal que prevea tomar la decisión, cualquiera sea su jerarquía, incluyendo al poder constituyente y al poder judicial en los casos en que adopta decisiones administrativas o reglamentarias.²⁸

Un aspecto que merece especial atención es el relativo a la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas. Si bien la obligación de garantizar la consulta implica realizar un esfuerzo por obtenerlo, hay situaciones en las que este horizonte se convierte en un requisito: cuando se puede poner en riesgo la supervivencia del pueblo.

El objetivo de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas debe entenderse en el marco de la interpretación de la función de la consulta como una salvaguarda de los derechos humanos sustantivos de los pueblos indígenas, tales como el derecho al territorio y los recursos naturales. Puede considerarse que existe una regla general del consentimiento indígena

²⁵ A través de los procesos de consulta previa, debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas y tribales “[...] en todas las instancias de decisión de los proyectos de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, desde su diseño, licitación y concesión, hasta su ejecución y evaluación” (CIDH, “Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, 28 junio 2007, párr. 248).

²⁶ Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 22.

²⁷ Sobre los criterios de representatividad, véase ONU, “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”..., párr. 31.

²⁸ Juan Manuel Salgado y María Micaela Gomiz, *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino...*, 121.

para actividades extractivas o medidas y actividades de otro tipo que afectan derechos sustantivos fundamentales.²⁹

En el caso de estudio, la Corte entendió que cuando se trata de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad del pueblo a gran parte de su territorio, además de efectuar la consulta, existe la obligación de obtener su consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones.³⁰

En pocas palabras, la condición de *libre* implica la ausencia de todo tipo de coerción e intimidación; *previo* significa que debe existir tiempo suficiente para obtener la información necesaria para el debate —que puede incluir la necesidad de traducirla a los idiomas tradicionales— y que ningún proyecto podrá comenzar antes de que la consulta haya concluido y se haya arribado al acuerdo; e *informado* significa disponer de toda la información relevante, incluyendo la referente a los riesgos y beneficios potenciales.

Los dichos del Tribunal generaron incertidumbre acerca de los efectos que tendría no lograr el consentimiento. Para esclarecer el panorama, el Relator sostuvo que si bien la Declaración de Naciones Unidas y el Convenio 169 sostienen que las consultas con los pueblos indígenas deberán celebrarse de buena fe, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado, no debe considerarse que dichos instrumentos confieran a los indígenas un poder de veto en términos generales.³¹

Sobre el punto, en el caso de la consulta, el deber de motivación estatal se traduce en la justificación de las razones que llevaron al Estado a no incorporar —total o parcialmente— los resultados de la consulta en el diseño y en la implementación del plan o proyecto consultado. Los motivos que el Estado arguya para la no incorporación de los resultados de la consulta deben ser objetivos, razonables y proporcionales a un interés legítimo en una sociedad democrática.³²

No obstante, el Relator precisó que la importancia de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses en juego. Si una medida tiene un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas, existirá una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas, como sería el caso de los traslados forzosos.

²⁹ ONU, “Consulta y consentimiento: principios, experiencias y desafíos”..., 5 y 6.

³⁰ Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”..., párr. 134 y 137.

³¹ Al respecto ver ONU, Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya”..., párr. 46.

³² Oswaldo Ruiz Chiriboga y Gina Donoso, “Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones”, acceso el 30 de diciembre de 2017, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>

En relación a ello, la Corte estableció que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del art. 21 son aquellos que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.³³

En el caso del pueblo de Saramaka se determinó que toda actividad minera dentro del territorio afectará, inevitablemente, a otros recursos naturales necesarios para la subsistencia del pueblo, por lo cual el Estado tiene el deber de realizar la consulta, de conformidad con sus costumbres y tradiciones. El mismo análisis se aplica respecto de otras concesiones dentro del territorio que involucren recursos naturales que el pueblo no ha utilizado tradicionalmente, pero que su extracción afectaría otros recursos que son vitales para su modo de vida.³⁴

Consecuentemente, las cuestiones probatorias tienen que enfocarse a demostrar que existe una relación especial con los territorios; existe una relación especial con los recursos naturales —debe indicarse cuáles—; y territorio y recursos son necesarios para la supervivencia física o cultural de la comunidad o pueblo en cuestión.³⁵

Por último, en relación con la necesidad de efectuar un estudio de impacto social y ambiental, en la sentencia de interpretación, la Corte dispuso que su objetivo es asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria y deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto, respetando las tradiciones y cultura del pueblo.³⁶

³³ Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”..., párr. 122.

³⁴ *Idem*, 155. Para resolver, se valió tanto del articulado de la Convención Americana como del Convenio 169 de la OIT —a pesar de que Surinam no lo había ratificado—, la Declaración de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Corte concluyó que el Estado violó, en perjuicio de los miembros del pueblo de Saramaka, el derecho de propiedad, el de reconocimiento de la personalidad jurídica y a la protección judicial. Entre las reparaciones se incluye “[...] adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo” (párr. 194 d)).

³⁵ Oswaldo Ruiz Chiriboga y Gina Donoso, “Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones”..., 63.

³⁶ Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Interpretación de la Sentencia..., párr. 40 y 41.

IV. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN COLOMBIA: LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y PRÁCTICAS INSTITUCIONALES

Colombia es un país reconocido por su rica diversidad cultural expresada en la multiplicidad de identidades y expresiones culturales de los pueblos y comunidades que la conforman como nación.

Esta situación no ha pasado inadvertida para las autoridades estatales, convirtiéndolo en uno de los países con mayor desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas: que su constitución fuera pionera en América Latina en el reconocimiento de sus derechos da cuenta de ello. Allí, se lo define como un Estado pluralista, pluriétnico y multicultural.³⁷

En relación al tema que nos ocupa, si bien la expresión “consulta previa” no aparece textualmente,³⁸ al referirse a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas se prevé que deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades y que el Gobierno deberá propiciar la participación de sus representantes en las decisiones que se tomen al respecto.³⁹

No obstante, la Corte Constitucional ha dicho, en la sentencia C-169/01, que el Convenio 169 OIT —aprobado por la ley 21 de 1991— conforma, junto con el art. 40-2 Superior, un bloque de constitucionalidad,⁴⁰ razón por la cual sus previsiones son aplicables al momento de establecer el alcance de los derechos de los pueblos indígenas. Lo mismo ha sostenido respecto de la Declaración de Naciones Unidas en la sentencia T-376/12.⁴¹

A nivel institucional, en Colombia existe una Dirección de Consulta Previa,⁴² dependiente del ministerio del Interior, cuya misión es garantizar el debido proceso en el cumplimiento

³⁷ Véanse, por ejemplo, los art. 7 y 68 de la Constitución Política de Colombia.

³⁸ Existe un artículo referido a la participación ciudadana en general: Art. 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: [...] 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

³⁹ Art. 330, parágrafo Const. Colombia: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001. Esta línea de pensamiento continuó en los fallos SU.383 de 2003, C-620 de 2003, T-382 de 2006, C-208 de 2007, C-702 de 2010, T-129 de 2011, S.V. C-937 de 2011, C-641 de 2012, T-680 de 2012, T-693 de 2012, T-353 de 2014, T-355 de 2014, T-384A de 2014, T-461 de 2014, T-576 de 2014, T-646 de 2014, T-969 de 2014, T-226 de 2016, C-389 de 2016, T-704 de 2016, T-002 de 2017, T-052 de 2017, T-080 de 2017, T-201 de 2017, SU217 de 2017, T-236 de 2017, T-272 de 2017.

⁴¹ Sentencia T-376 de 2012. También en T-1080 de 2012. Sin embargo, es de notar que Colombia no ha adoptado la misma posición respecto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA, siendo que se apartó del consenso respecto del artículo XXIII, numeral 2 citado previamente.

⁴² Anteriormente era el “Grupo de Consulta Previa”, pero mediante el Decreto 2893 de 2011 tomó el carácter de Dirección. Para mayor información, visítese su página web <http://www.mininterior.gov.co/mision/direccion-de-consulta-previa/acerca-de-la-direccion-de-consulta-previa>

del derecho a la consulta previa de los sujetos colectivos de protección especial que se registran en el área de influencia de un proyecto, obra, actividad, medida legislativa o administrativa que sea objeto de consulta, de conformidad con la jurisprudencia constitucional.⁴³ Para esto debe coordinar con las direcciones de asuntos indígenas, rom y minorías⁴⁴ y asuntos para comunidades negras, afrocolombianos, raizales y palenqueras⁴⁵ la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas gubernamentales del Gobierno Nacional en materia de consulta previa y determinar su procedencia y oportunidad.

Por otro lado, cuenta con un espacio denominado “mesa permanente de concertación”,⁴⁶ cuyo objetivo es concertar entre los pueblos indígenas y el Estado las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos y evaluar la ejecución de la política indígena, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos.

En términos legislativos, se han sancionado la ley 99 de 1993 —ley general de ambiente— que se condice con el art. 330 parágrafo de la Constitución, el Decreto 1320 de 1998 que reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, y la Directiva presidencial N° 01 de 2010 que reseña los mecanismos para la aplicación de la ley 21, señala las acciones que requieran consulta y el mecanismo para llevarlas a cabo.

El Decreto 1320 ha sido fuertemente criticado, principalmente, porque no establece mecanismos para garantizar el cumplimiento de los acuerdos resultantes de procesos de consulta; no respeta los tiempos de las comunidades tradicionales en dichos procesos; solo consagra la consulta para las comunidades que poseen un territorio, bien sea, en virtud de un título o de su ocupación ancestral, y no fue consultada con las comunidades antes de su expedición.⁴⁷

⁴³ Véase Anexo 1: Diagrama del proceso de consulta previa en la Dirección de Consulta Previa de Colombia.

⁴⁴ Para mayor información, visítese su página web <http://siic.mininterior.gov.co/>

⁴⁵ Para mayor información, visítese su página web <http://dacn.mininterior.gov.co/>

⁴⁶ Fue creada mediante el Decreto 1397 de 1996 junto con la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, esta última creada mediante el Decreto 1396 expedido en ese año. Para mayor información acerca de la historia, el funcionamiento y los logros alcanzados a través de la Mesa Permanente de Concertación se recomienda la lectura de Secretaría Técnica Indígena de la Mesa Permanente de Concertación (2015), *De gobierno a gobierno tejiendo escenarios nacionales de concertación desde los pueblos y organizaciones indígenas con el gobierno nacional*. Segunda edición (Colombia: Impresol Ediciones), 2015, acceso el 30 de diciembre de 2017, http://mpcindigena.org/attachments/article/407/de_gobierno_a_gobierno_2daedicion.pdf.

⁴⁷ Florelia Vallejo Trujillo, “El proceso de consulta previa en los fallos de la Corte Constitucional colombiana”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 14, n.º 2 (2016): 143-182, acceso el 30 de diciembre de 2017, <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v14n2/art05.pdf>. También se ha objetado que no incluye indicadores ni procedimientos sobre posibles impactos culturales, los mecanismos de información a la comunidad son deficientes y que establece que si los representantes de las comunidades se niegan a participar, u omiten dar respuesta dentro de los términos previstos, el interesado elaborará el estudio ambiental prescindiendo de tal participación.

Este último aspecto motivó la intervención judicial, pero el fallo no logró explicar por qué la norma que reglamenta la consulta previa no afectaba directamente a las comunidades tradicionales y, por lo tanto, por qué no debió ser consultada.⁴⁸

Otra gran crítica se sustentaba en que la finalidad de la consulta, según el Decreto, no es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas, sino “analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio”.⁴⁹ La consulta será válida cuando, aún sin acuerdo, el proceso permita conocer los antedichos impactos, lo cual evidentemente difiere del contenido del Convenio 169.

Al respecto, la Corte Constitucional declaró que el decreto no era viable, en tanto la consulta no se adelantó por parte de la Dirección de Etnias del ministerio del Interior y de Justicia para la exploración de recursos naturales ubicados en el territorio de la comunidad Motilón Barí y ordenó la suspensión de las actividades hasta que culmine el proceso de consulta previa.⁵⁰

Los pueblos indígenas también se han expresado en contra del actual Proyecto de Ley⁵¹ que reglamenta el derecho a la consulta previa y deroga el Decreto 1320. A través de esta norma se crea la Unidad de Consulta Previa, que, entre otras cosas, podrá ordenar la suspensión de los proyectos, obras y actividades cuyo desarrollo ponga en riesgo la supervivencia o la integridad de un pueblo o comunidad.⁵²

Uno de los motivos de mayor rechazo es la fijación de un plazo determinado de duración de la consulta,⁵³ dado que esto atenta contra el verdadero fin que debería guiar el procedimiento: la obtención del acuerdo libre e informado.⁵⁴

Por otra parte, la ausencia de una ley específica sobre consulta ha llevado a la Corte Constitucional a desarrollar un amplio corpus de jurisprudencia.⁵⁵

⁴⁸ Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia 5091 de 1999.

⁴⁹ Art. 1 Decreto 1320 de 1998 “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T-880 de 2006. Otro caso en el que se declaró no viable al Decreto 1320 fue T-955 de 2003.

⁵¹ Proyecto de ley “Por la 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”.

⁵² Proyecto de ley, Art. 35, pto. 8).

⁵³ Véase art. 63 del Proyecto de Ley.

⁵⁴ Para mayor información, véase el contenido audiovisual “Pronunciamiento MPC: Propuesta de Reglamentación del Derecho Fundamental a la Consulta Previa”, <https://www.youtube.com/watch?v=hY8FQkENEio> y <https://www.youtube.com/watch?v=-1dy2yze6H8>

⁵⁵ En la sentencia C-196 de 2012, la Corte ha reconocido que el mecanismo de consulta previa constituye el instrumento de mayor impacto en la jurisprudencia constitucional. Véase Anexo 2: Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en materia de consulta previa.

Si bien advirtió que no es el único espacio de participación previsto para los grupos étnicos,⁵⁶ ha elevado la consulta previa a rango de derecho fundamental,⁵⁷ pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural⁵⁸ de las comunidades indígenas y para asegurar su subsistencia como grupo social.⁵⁹

La Corte entendió que la consulta es una manifestación del derecho a la participación y a la libre determinación⁶⁰ y una herramienta para involucrar a las comunidades en las decisiones que incidan sobre su identidad,⁶¹ proponiendo una protección reforzada que respete los principios *pro personae*, de flexibilidad y adaptabilidad y de precaución de las comunidades negras.⁶²

Asimismo, la ausencia de regulación no ha sido óbice para exigir el cumplimiento de la consulta y hasta ha exhortado al Congreso a que reglamente el procedimiento.

Sin embargo, cabe precisar que el derecho a la consulta previa no conlleva el derecho de los pueblos indígenas a vetar las medidas que los afectan ni forzar un acuerdo.⁶³ Del mismo modo, al analizar el Código de Minas, la Corte dijo que no debe considerarse como un derecho absoluto, pues no debe necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito *sine qua non* para radicar el proyecto de ley, toda vez que son asuntos que a la vez son de interés general.⁶⁴

Por otra parte, ante la diversidad cultural del país, la Corte se vio obligada a aclarar que son titulares del derecho las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas,⁶⁵ pero siendo indispensable que en cada caso se precise la titularidad específica.⁶⁶

⁵⁶ Al respecto, otros medios de participación consisten en la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas; la posibilidad de establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes; la obligación de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas; y el mandato de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. Véase la sentencia C-196 de 2012.

⁵⁷ Así lo ha sostenido en las sentencias SU-039 de 1997, T-955 de 2003, T-382 de 2006, C-175 de 2009, C-063 de 2010, C-702 de 2010, C-915 de 2010, C-490 de 2011, T-693 de 2011, C-882 de 2011, C-196 de 2012, C-293 de 2012, T-348 de 2012, C-395 de 2012, C-540 de 2012, T-172 de 2013, C-194 de 2013, C-622 de 2013, T-657 de 2013, T-858 de 2013, A. 073 de 2014, T-204 de 2014, C-332 de 2014, T-800 de 2014, T-849 de 2014, T-857 de 2014, T-197 de 2016, T-226 de 2016, C-389 de 2016, T-704 de 2016, T-002 de 2017, T-080 de 2017, T-201 de 2017, T-236 de 2017, entre otras.

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2009, T-197 de 2016 y T-236 de 2017.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997, T-005 de 2016, T-052 de 2017, T-080 de 2017 y SU217 de 2017.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-693 de 2011, C-389 de 2014, T-462A de 2014, T-704 de 2016 y T-272 de 2017.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia T-698 de 2011 y T-236 de 2017.

⁶² Corte Constitucional, sentencia T-795 de 2013 y A. 073 de 2014.

⁶³ Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003, C-175 de 2009 y A. 073 de 2014.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-891 de 2002. También en C-068 de 2013.

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia A.V. A. 079 de 2011, C-1051 de 2012, C-622 de 2013, T-294 de 2014, T-576 de 2014, T-800 de 2014, T-969 de 2014, T-197 de 2016, T-226 de 2016, C-389 de 2016, T-704 de 2016, T-002 de 2017, T-052 de 2017, T-080 de 2017, SU217 de 2017.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-641 de 2012. Sobre este punto, la Corte ha dicho que existen elementos objetivos y subjetivos para identificar a los titulares y ha determinado que los niños y niñas son sujetos de especial protección.

La propia Corte, en la sentencia C-030 de 2008, ha sistematizado los criterios de exigibilidad de la consulta resaltando la importancia del principio de buena fe y la flexibilidad, que implica que la participación de las comunidades debe ser oportuna, efectiva y suficiente, no pudiendo reducirse a un mero trámite informativo.⁶⁷ Además, se requiere una preconsulta en la que se establezca la manera en que se realizará la consulta y recuerda que la participación de los pueblos no culmina con la radicación del proyecto sino que continúa en el Congreso a través de sus representantes.⁶⁸

Luego, advirtió que aquel parámetro de control de constitucionalidad se aplicará exclusivamente a aquellas leyes y medidas tramitadas con posterioridad a la citada sentencia.⁶⁹

Sobre las medidas que deben ser objeto de consulta, ha dicho que la obligación no surge frente a toda medida susceptible de afectar a los pueblos, sino aquellas que las afecten directamente,⁷⁰ en cuyo caso se convierte en una exigencia ineludible⁷¹ y una obligación constitucional e internacional.⁷²

Se han identificado ciertas pautas de interpretación para determinar el grado de afectación de la medida, tales como el análisis de su naturaleza, su contenido normativo, la incidencia que conlleva en la vida de los pueblos y las materias sobre las que recae la regulación.

La afectación directa se presume siempre que la medida involucre los territorios ancestrales de las comunidades y/o se relacione con la explotación de recursos naturales en esos territorios⁷³ o cuando se dirija a desarrollar los contenidos normativos del Convenio 169 o la Constitución. La gravedad de la afectación debe analizarse con base en el significado que

⁶⁷ Puede encontrarse mayor detalle acerca de los requisitos (cómo y cuándo) del procedimiento en las sentencias C-620 de 2003, C-461 de 2008, C-175 de 2009, C-615 de 2009, C-915 de 2010, C-941 de 2010, C-187 de 2011, C-196 de 2012, C-331 de 2012, C-1051 de 2012, C-068 de 2013, C-274 de 2013, A. 073 de 2014, T-384A de 2014, T-462A de 2014, T-646 de 2014, T-800 de 2014.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2008. En aquella oportunidad la Corte también dijo que reconocía la inexistencia de un procedimiento establecido en el Convenio 169 de la OIT y que cuando para la aplicación de las medidas establecidas en una ley se requiere de ulteriores procesos de consulta, el examen del requisito de consulta previa para la disposición legislativa es más flexible.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-253 de 2013.

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2008, C-187 de 2011, C-366 de 2011, C-317 de 2012, C-943 de 2012, C-163 de 2015, C-217 de 2015.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-196 de 2012.

⁷² Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2008, C-461 de 2008, C-175 de 2009, C-615 de 2009, C-915 de 2010, C-366 de 2011, C-490 de 2011, T-693 de 2011, T-698 de 2011, C-882 de 2011, C-395 de 2012, T-513 de 2012, T-514 de 2012, T-823 de 2012, C-1051 de 2012, C-068 de 2013, C-194 de 2013, T-245 de 2013, C-622 de 2013, T-795 de 2013, C-332 de 2014, C-371 de 2014, T-384A de 2014, T-576 de 2014, T-646 de 2014, T-800 de 2014, T-213 de 2016, C-389 de 2016, T-080 de 2017, T-236 de 2017, T-201 de 2017, SU217 de 2017, T-272 de 2017.

⁷³ Ver, por ejemplo, para casos de licencias ambientales las sentencias T-698 de 2011, T-348 de 2012, T-294 de 2014 y T-236 de 2017. También, casos en los que se ordenó la suspensión inmediata de cualquier actividad de exploración y explotación minera cuando se omitió llevar a cabo la consulta previa: C-418 de 2002, C-398 de 2012, T-858 de 2013, T-384A de 2014, T-849 de 2014.

tengan para los pueblos los bienes o prácticas sociales interferidos por la decisión que se pretenda adoptar.⁷⁴

En 2009, a partir de la sentencia del pueblo de Saramaka, la Corte indicó que para casos en que se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de 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.⁷⁵

La obligación de consultar se aplica a tanto a medidas legislativas (inclusive durante el trámite legislativo)⁷⁶ como administrativas, incluso si modifican la Constitución,⁷⁷ son aprobatorias de tratados⁷⁸ o desarrollan su contenido.⁷⁹

La omisión de la consulta previa constituye un vicio formal ante el cual procede la acción de tutela,⁸⁰ si el proyecto legislativo no se convirtió en ley *aún*, o la demanda de inconstitucionalidad⁸¹ si ya es ley. El objetivo es que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas,⁸² siendo una de las opciones declarar la exigibilidad condicionada⁸³ o la inexigibilidad diferida.⁸⁴

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-943 de 2012. En la sentencia C-063 de 2010, ha dicho que se presenta una afectación directa “[...] cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población”. Para mayor información sobre los criterios ver sentencias SU.383 de 2003, C-063 de 2010, T-698 de 2011, C-293 de 2012, C-641 de 2012, C-1051 de 2012, C-194 de 2013, C-274 de 2013, A. 073 de 2014, C-951 de 2014, T-005 de 2016, T-704 de 2016.

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2009. Este criterio continuó en las sentencias T-129 de 2011, T-376 de 2012, T-693 de 2012, T-657 de 2013, A. 073 de 2014, T-384A de 2014, C-389 de 2016, T-704 de 2016, SU217 de 2017.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-175 de 2009, C-702 de 2010, C-317 de 2012, C-196 de 2012, C-1051 de 2012, C-331 de 2012, C-068 de 2013, C-253 de 2013, T-382 de 2006, C-331 de 2012, C-313 de 2014, T-475 de 2016 y T-236 de 2017.

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C-641 de 2012.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-615 de 2009, C-915 de 2010, C-941 de 2010, C-608 de 2010, C-027 de 2011, C-187 de 2011, C-196 de 2012, C-293 de 2012, C-767 de 2012, C-822 de 2012, C-1051 de 2012, C-616 de 2013, C-622 de 2013, C-909 de 2013, C-163 de 2015, C-217 de 2015.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-750 de 2008 y C-027 de 2011.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia SU.383 de 2003, T-880 de 2006, C-461 de 2008, T-698 de 2011, T-657 de 2013, T-005 de 2016, T-445 de 2016, T-475 de 2016, T-002 de 2017, T-201 de 2017, SU217 de 2017, T-236 de 2017.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-175 de 2009, C-615 de 2009, C-702 de 2010, C-915 de 2010, C-187 de 2011, C-366 de 2011, C-331 de 2012, C-1051 de 2012, T-657 de 2013, T-646 de 2014.

⁸² Corte Constitucional, sentencia A.073 de 2014.

⁸³ Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2011.

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-331 de 2012.

V. CONCLUSIONES: PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD EN LAS PRÁCTICAS COLOMBIANAS

“[...] el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio, aunque sigue siendo uno de los principales desafíos que plantea la aplicación del Convenio en una serie de países [...]”.

OIT, Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), observación general sobre el Convenio Núm. 169. Publicación: 2009.

El derecho a la consulta surgió ante la evidente desprotección jurídica de los pueblos indígenas frente a medidas estatales que tenían incidencia sobre su modo de vida. Así, a fin de propiciar el respeto por su autodeterminación y la posibilidad de que conserven su identidad cultural, costumbre y cosmovisión, cada vez que se pretenda llevar a cabo una medida que afecte directamente sus intereses, esta deberá ser previamente consultada, siguiendo pautas culturalmente adecuadas.

Sin embargo, existe un punto infranqueable que es la denegación de la subsistencia como pueblo indígena. Ello se presenta, generalmente, cuando se quiere restringir el uso y goce de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que allí se encuentran, en cuyo caso también será necesario el consentimiento libre, previo e informado.

Una vez establecido que la medida encuadra dentro de los criterios de “afectación directa”, una primera evaluación considerará únicamente si existió o no consulta. En caso de omisión, se constituirá en una violación de pleno derecho.

Por otro lado, a través un análisis más avanzado, deberá examinarse si la consulta se realizó conforme los estándares mínimos desarrollados por el derecho internacional⁸⁵ y nacional.

Al respecto, a nivel internacional contamos con dos instrumentos específicos que aportan normas concretas sobre la consulta y participación, junto con jurisprudencia de los organismos de control que les han dado contenido.

⁸⁵ Una herramienta útil de análisis del comportamiento de los países de América Latina en torno a la consulta previa es la *Red Observa*, que es un conjunto de organizaciones civiles que estudian el desarrollo normativo y jurisprudencial del derecho a la consulta previa, libre e informada, los balances de su implementación, la sistematización de casos relevantes, los debates conceptuales sobre aspectos tales como el consentimiento y el impacto de las consultas en derechos fundamentales de los pueblos indígenas y étnicos. <http://www.redobserva.org/>

En el ámbito interamericano, vale destacar el caso del pueblo de Saramaka vs. Surinam, que ha delineado las reglas del derecho a la consulta y la obtención del consentimiento, tomando como base la CADH y el Convenio 169.

Además, en el caso de Colombia, la Corte Constitucional ha desarrollado una profusa línea jurisprudencial, convirtiendo este derecho en indiscutiblemente obligatorio para medidas legislativas y administrativas.

En tanto método de implementación, la regulación legislativa es una herramienta eficaz para garantizar el principio de legalidad y certeza jurídica a todos los actores implicados.⁸⁶

En Colombia, el Decreto 1320 de 1998 reglamentó la consulta previa, pero recibió muchas críticas, justamente por no haber efectuado tal consulta con las comunidades. La Corte Constitucional tuvo oportunidad de explicar el proceder omisivo, pero no arguyó ningún fundamento válido. Esto constituye un clarísimo retroceso en relación al reconocimiento de los derechos de los pueblos que había efectuado el Estado hasta ese entonces.

Asimismo, en 2016 se presentó un proyecto de ley que también ha sido duramente reprochado, en particular por establecer plazos para la consulta, atentando contra el espíritu conciliador del procedimiento.

Como aspectos a remarcar, el proyecto crea un comité de seguimiento para verificar el cumplimiento de los acuerdos y un fondo especial para la consulta previa para manejar los temas de financiación de los procesos —que suele ser uno de los argumentos para no realizar la consulta—.

No obstante, el derecho a la consulta puede llevarse a cabo a través de diversos mecanismos, siendo la adopción de legislación solo uno de ellos. En este sentido, el derecho de los pueblos indígenas y la obligación del Estado derivan directamente del Convenio 169, y no del reconocimiento en la legislación nacional.

En este contexto, es fundamental generar espacios permanentes propios y mixtos de seguimiento y análisis de los compromisos producto de los diálogos. La Mesa Permanente de Concertación constituye uno de los principales escenarios de diálogo e interlocución política con el Gobierno Nacional. Ciertos procesos surgidos allí resultaron en políticas públicas o instrumentos jurídicos vinculantes para el Estado. Otras quedaron en propuestas y en otras no hay avances de implementación.

⁸⁶ Perú fue el primer país de la región en sancionar una ley en la materia. La Ley N° 29785 del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo fue aprobada en agosto de 2011 (y sus reglamentos en 2012), pero no quedó exenta de críticas, especialmente por la ausencia de la exigencia específica de que el consentimiento sea un prerrequisito en el caso de medidas que produzcan impactos significativos. Colombia, Honduras e incluso Panamá —que no es parte del Convenio 169 OIT— también registran esfuerzos gubernamentales por normar por vía legislativa o ejecutiva el derecho a la consulta previa.

También es conveniente designar una agencia específica para dirigir y coordinar los procesos de consulta con otras entidades estatales. La Dirección de Consulta Previa asume esta función y, si bien ha sido muy inestable (entre 2012 y 2013 tuvo cuatro directores diferentes), es un aspecto de la política colombiana que debe enfatizarse.

Ahora bien, la actuación de la Corte Constitucional merece un párrafo aparte, ya que desde temprano reconoció a la consulta previa como un derecho fundamental y estableció varios principios, como que debe ser realmente previa a la toma de decisiones que afecten a los pueblos étnicos, de buena fe, con respeto a sus usos y costumbres, con sus autoridades representativas y exigible siempre que se afecte su territorio, incluso cuando no haya sido titulado.

Conforme la línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional, se observa que ha recogido los criterios provenientes del ordenamiento internacional, en especial del caso del pueblo de Saramaka. En particular, este caso inspiró que en Colombia también se fijara el estándar de la necesidad del consentimiento libre, previo e informado cuando la medida es de tal magnitud o impacto que pueda poner en riesgo la supervivencia del pueblo.⁸⁷

Del mismo modo, hasta el año 2008, regía el criterio de que la consulta era obligatoria antes de que el proyecto de ley ingresara al Congreso, pero el Estado podía determinar cómo la hacía, y no estaba obligado a llegar acuerdos. Hasta ese momento, no se declaró inconstitucional ninguna norma por ausencia de consulta previa.

De ahí en adelante, ha habido sentencias que declararon la inconstitucionalidad de medidas legislativas y de proyectos de explotación de recursos naturales que habían sido aprobados sin consultas adecuadas, incluyendo la Ley Forestal, el Estatuto de Desarrollo Rural y la reforma al Código de Minas, entre otras.

Sin embargo, no todas las actuaciones de la Corte Constitucional han sido acordes al principio de progresividad.

Como mencionara previamente, a través de la sentencia C-030 de 2008 se han sistematizado los parámetros de control para el cabal cumplimiento de la consulta previa. No obstante, en la sentencia C-253/13 se modificó aquel precedente constitucional, disponiendo que no se podrá demandar medidas legislativas que iniciaron su trámite antes del 2008, alegando que no cumplieron con el requisito de la consulta previa.

Esta desviación del criterio reinante va en detrimento del principio de progresividad y no regresividad, en tanto ya se había alcanzado un nivel claramente superior de protección del derecho a la consulta, que tenía como base tanto los estándares internacionales como nacionales.

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2009 y T-129 de 2011.

A mayor abundamiento, el Convenio 169 OIT ya estaba vigente en Colombia desde 1994, por lo cual, aun sin la jurisprudencia citada, la sentencia de 2013 no se ciñe a los parámetros del tratado.

A pesar de este accionar, la Corte Constitucional, desde el año 2000, ha reconocido que los DESC se encuentran revestidos de garantías propias para su exigibilidad, y el principio de progresividad y no regresividad ha sido utilizado como un parámetro de control abstracto de constitucionalidad de las leyes que establecen las políticas sociales y económicas.⁸⁸

En este sentido, todas las medidas que resulten regresivas conllevan la presunción de inconstitucionalidad, debiendo superar un estricto test de razonabilidad para demostrar la existencia de razones constitucionales imperiosas que expliquen su necesidad.

En particular, existe el criterio —aplicable a los pueblos indígenas— de que es necesario realizar un escrutinio judicial estricto cuando se implementan políticas sociales y económicas que afectan a segmentos del país que se encuentran en situación de vulnerabilidad, buscando que la adopción de decisiones basadas en la búsqueda del desarrollo no afecten sus condiciones para subsistir y llevar una vida digna.⁸⁹ Asimismo, debe ser estricto cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; y cuando la medida *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental,⁹⁰ como es la consulta previa.

En síntesis, se observa que en Colombia se ha avanzado en entender los conceptos básicos del derecho a la consulta previa, estableciendo su carácter de derecho fundamental y reglas sobre el modo de implementarla correctamente, en concordancia con la normativa y jurisprudencia internacional.

Además, el Estado cuenta con agencias especializadas, asumiendo que la obligación de realizar la consulta es su responsabilidad. Igualmente, ha creado espacios donde hay representantes de los pueblos de manera constante (como la Mesa Permanente de Concertación y las plazas del Congreso), promoviendo el fortalecimiento de los pueblos en tanto sujetos sociales.

En términos legislativos, aún no hay una ley de consulta previa vigente —a más del Decreto 1320 y el proyecto actual—, pero sí hay acciones de justiciabilidad (de tutela o inconstitucionalidad) y una extendida práctica de consultas.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2004, C-1165 de 2010, C-372 de 2011, C-644 del 2012 y C-077 de 2017.

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia C-793 de 2009.

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2001 y C-991 de 2004.

Por último, no hay que pasar por alto la sentencia C-253/13 que tiene claros tintes regresivos, en tanto limita el ámbito sustantivo de protección del derecho. Particularmente, uno de los efectos directos de esta sentencia es que se desconoce la obligatoriedad de consultar la reforma del actual Código Minero, a pesar de que afecta directamente los derechos de los pueblos indígenas.

REFERENCIAS

- Ruiz Chiriboga, Oswaldo y Gina Donoso. “Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones”. Acceso el 30 de diciembre de 2017. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>
- Salgado, Juan Manuel, y María Micaela Gomiz. *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*. Neuquén: ODHPI, IWGIA, 2010.
- Secretaría Técnica Indígena de la Mesa Permanente de Concertación. *De gobierno a gobierno tejiendo escenarios nacionales de concertación desde los pueblos y organizaciones indígenas con el gobierno nacional*. Segunda edición. Colombia: Impresol Ediciones, 2015. Acceso el 30 de diciembre de 2017. http://mpcindigena.org/attachments/article/407/de_gobierno_a_gobierno_2daedicion.pdf
- Vallejo Trujillo, Florelia. “El proceso de consulta previa en los fallos de la Corte Constitucional colombiana”. *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 14, n.º 2 (2016): 4. Acceso el 30 de diciembre de 2017. <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v14n2/art05.pdf>

Jurisprudencia internacional

- CIDH. “Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, 28 junio 2007.
- CIDH. “Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo c. Belice”. Fondo, Informe N° 40/04 (caso 12.053), sentencia del 12 de octubre 2004.
- CIDH. “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela”. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 de diciembre de 2009.
- CIDH. “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

- Corte IDH. “Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146.
- Corte IDH. “Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125.
- Corte IDH. “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79.
- Corte IDH. “Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 15 de junio de 2005, Serie C, No. 124.
- Corte IDH. “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172.
- Corte IDH. “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 185.
- ONU, “Consulta y consentimiento: principios, experiencias y desafíos”. Presentación de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Copuz para el Coloquio Internacional sobre la consulta libre, previa e informada: Estándares y experiencias internacionales y regionales. Ciudad de México, 8 de noviembre de 2016.
- ONU. “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”. Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, 24 de abril de 2009.
- ONU. Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya”. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009.

Legislación de Colombia

- Constitución Política.
- Decreto 1320 de 1998 “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”.
- Directiva presidencial N° 01 de 2010.

- Ley 99 de 1993 “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental -SINA y se dictan otras disposiciones”.
- Proyecto de ley “Por la 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”.

Jurisprudencia de Colombia

- Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia 5091 de 1999.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

- SU-039 de 1997
- C-169 de 2001
- C-418 de 2002
- C-891 de 2002
- SU.383 de 2003
- C-620 de 2003
- T-955 de 2003
- C-038 de 2004
- C-991 de 2004
- T-382 de 2006
- T-880 de 2006
- C-208 de 2007
- C-030 de 2008
- C-038 de 2008
- C-461 de 2008
- C-175 de 2009

- C-615 de 2009
- T-769 de 2009
- C-793 de 2009
- C-063 de 2010
- C-702 de 2010
- C-915 de 2010
- C-941 de 2010
- C-027 de 2011
- A. 079 de 2011
- T-129 de 2011
- C-187 de 2011
- C-366 de 2011
- C-490 de 2011
- T-693 de 2011
- T-698 de 2011
- C-882 de 2011
- C-937 de 2011
- C-196 de 2012
- C-293 de 2012
- C-317 de 2012
- C-331 de 2012
- T-348 de 2012
- T-376 de 2012
- C-395 de 2012
- C-398 de 2012
- T-513 de 2012
- T-514 de 2012

- C-540 de 2012
- C-641 de 2012
- T-680 de 2012
- T-693 de 2012
- C-767 de 2012
- C-822 de 2012
- T-823 de 2012
- C-943 de 2012
- C-1051 de 2012
- T-1080 de 2012
- C-068 de 2013
- T-172 de 2013
- C-194 de 2013
- T-245 de 2013
- C-253 de 2013
- C-274 de 2013
- C-616 de 2013
- C-622 de 2013
- T-657 de 2013
- T-795 de 2013
- T-858 de 2013
- C-909 de 2013
- T-353 de 2014
- A. 073 de 2014
- T-204 de 2014
- T-294 de 2014
- C-332 de 2014

- T-355 de 2014
- C-371 de 2014
- T-384A de 2014
- C-389 de 2014
- T-461 de 2014
- T-462A de 2014
- T-576 de 2014
- T-646 de 2014
- T-800 de 2014
- T-849 de 2014
- T-857 de 2014
- C-951 de 2014
- T-969 de 2014
- C-163 de 2015
- C-217 de 2015
- T-005 de 2016
- T-197 de 2016
- T-213 de 2016
- T-226 de 2016
- C-389 de 2016
- T-445 de 2016
- T-475 de 2016
- T-704 de 2016
- T-002 de 2017
- C-077 de 2017
- T-052 de 2017
- T-080 de 2017

- T-201 de 2017
- SU217 de 2017
- T-236 de 2017
- T-272 de 2017

ANEXOS

1. Diagrama del proceso de consulta previa en la Dirección de Consulta Previa de Colombia



Fuente: <http://www.mininterior.gov.co/mision/direccion-de-consulta-previa/procesos-de-consulta-previa>

2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en materia de consulta previa

SENTENCIA	MATERIA
SU039/97	Pueblo Uwa ante exploración y explotación petrolera en su territorio. Finalidades y alcance de la consulta previa.
T-652/98	Explotación de recursos naturales en pueblo indígena Embera Katio del alto Sinu.
SU.383/03	Comunidad indígena de la Amazonía. Consulta previa sobre erradicación de cultivos ilícitos.
C-245/04	Erradicación de cultivos ilícitos.
T-880/06	Medidas respecto a la delimitación territorial de la comunidad Motilón Barí. Suspensión de actividades que adelanta ECOPETROL hasta que culmine el proceso de consulta previa.
C-208/07 y T-049/13	Consulta previa para la adopción del sistema especial de educación de los grupos étnicos.
C-030/08	Inconstitucionalidad de la Ley 1021 de 2006 o Ley General Forestal. Parámetros de control.
C-461/08	Demanda de inconstitucionalidad de Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.
C-175/09	Omisión de cumplimiento del requisito de consulta previa en el caso del Estatuto de Desarrollo Rural.
T-769/09	Ministerio de Medio Ambiente deberá, antes de realizar la consulta previa, realizar un estudio detallado de la exploración y explotación de la naturaleza en territorios nativos.
T-547/10	Se concedió licencia ambiental para la construcción del puerto multipropósito de Brisa sin la consulta previa con comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.
C-702/10	Omisión de consulta previa de comunidades étnicas para adopción de reforma constitucional que los afecta (modifica circunscripción especial de minorías étnicas).
T-745/10	Vulneración del derecho a la consulta previa por construcción de carretera (la vía transversal Barú) en el espacio que material y culturalmente un grupo de afrocolombianos tiene como propio.
C-915/10	Acuerdo sobre medio ambiente entre Canadá y Colombia. Ausencia de obligatoriedad de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

A.079/11	Suspensión de proyectos u obras con la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantice el derecho de consulta, por poner en riesgo la subsistencia e integridad cultural de los pueblos étnicos de la Sierra Nevada de Santa Marta.
A. 122/11	Consulta previa de comunidades indígenas en trámite de expedición de licencia ambiental para construcción del proyecto de Puerto Brisa.
T-129/11	Consulta previa a comunidades étnicas en proyecto construcción de carretera, interconexión eléctrica binacional y concesión de minas en Choco.
C-366/11, C-367/11, C-027/12 y A. 078/13	Inexequibilidad por omisión de consulta previa en Ley de Reforma al Código de Minas.
T-379/11	Vulneración del derecho a la consulta previa de la comunidad indígena Quillasinga por parte del Municipio de Pasto por medida administrativa.
C-490/11	Inexequibilidad por omisión de consulta previa de grupos étnicos en trámite de Ley Estatutaria de Reforma Política.
T-601/11	Orden de suspender funcionamiento de Juntas de Acción Comunal dentro del territorio del Resguardo Indígena de San Lorenzo. Procede su conformación siempre y cuando sea garantizado el proceso de consulta previa.
T-693/11	Acción de tutela de comunidad indígena por construcción de oleoducto Rubiales-Cusiana sin cumplir con la consulta previa.
T-698/11	Construcción de antena de comunicaciones en territorio ancestral indígena registrado a nombre de particular sin agotar la consulta previa.
C-748/11 y C-540/12	Consulta previa de comunidades indígenas y grupos étnicos en trámite legislativo de ley estatutaria. No resulta necesaria cuando regulación tiene carácter general sin que se afecten de manera directa comunidades étnicas.
C-882/11	Uso ancestral de la hoja de coca en las comunidades indígenas.
A. 033/12	Consulta previa de comunidades indígenas en trámite de expedición de licencia ambiental para construcción del proyecto de puerto Brisa. Convocatoria a audiencia pública.
C-051/12	Ley que aprueba convenio 189 sobre trabajo decente para trabajadoras y trabajadores domésticos. Impertinencia de consulta previa en trámite legislativo.
C-196/12	Ley aprobatoria del convenio internacional de maderas tropicales debió haber sido objeto de consulta previa a comunidades indígenas y grupos étnicos

C-317/12 y C-318/12	Ley de desarrollo del sistema general de regalías. Por su carácter general y no contener medidas que afecten directa, específica y particularmente a grupos étnicos no requería la consulta previa.
C-331/12	Demanda de inconstitucionalidad por omisión de consulta previa de norma del plan de desarrollo 2012-2014 sobre control a la explotación ilícita de minerales.
T-348/12	Derecho de participación de adultos mayores y minorías étnicas miembros de asociación de pescadores. Inaplicación de consulta previa por no estar ante grupo culturalmente diferenciado.
T-376/12	Dejar sin efectos resolución por cuanto no se surtió el trámite con la comunidad negra de La Boquilla e iniciar proceso de concertación.
C-398/12	Control a la explotación ilícita de minerales regulado en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo.
C-641/12	Reforma del Sistema General de Seguridad Social en Salud. No requería de la consulta previa a las comunidades tribales afrodescendientes, raizales y gitanas o rom.
T-693/12	Expedición de licencias ambientales y derecho a la consulta previa de comunidades negras. Orden a Unión Temporal de vincularlas en proyecto vial.
C-765/12	Proyecto de ley estatutaria sobre medidas para garantizar el pleno ejercicio de derechos de las personas con discapacidad. En su contenido no afecta de manera directa a las comunidades indígenas o afrodescendientes para adelantar una consulta previa.
C-767/12	Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales. No requería de consulta previa a las comunidades étnicas.
C-822/12	Convención del metro y reglamento anexo. No requería consulta previa de comunidades étnicas previo al trámite legislativo.
C-862/12	Proyecto de ley estatutaria sobre estatuto de ciudadanía juvenil.
C-943/12	Licencias ambientales para explotación de recursos en territorios ancestrales de los pueblos indígenas.
T-993/12	Vulneración por parte de las entidades demandadas al haber insistido en la no presencia de comunidades indígenas en el área de influencia de la construcción.
C-1051/12	Convenio internacional para la protección de obtenciones vegetales y ley aprobatoria (declara su inconstitucionalidad).
T-1080/12	Resguardo Indígena Paniquita ante concesiones y servidumbres de agua que nacen y cruzan el territorio del resguardo. Vulneración de derechos fundamentales al agua, la alimentación y la consulta previa de comunidad indígena.

C-068/13	Régimen de regalías (demanda contra artículo 156).
T-172/13	Orden al Ministerio del Interior y a la empresa Puerto Bahía para que den inicio al proceso de consulta de comunidad negra de Barú con acompañamiento de la Defensoría del Pueblo.
C-194/13	Consulta previa de comunidades étnicas en trámite de ley modificatoria del Código Penal. Improcedencia por tratarse de prescripciones de carácter general y no contener disposiciones que afecten de manera directa y específica a las comunidades étnicas.
T-245/13	Aplicación y evaluación de programas y proyectos de plan de desarrollo municipal. Improcedencia de tutela porque el pueblo indígena Doxura participó en la formulación del plan de desarrollo municipal.
C-253/13	Demanda de inconstitucionalidad por omisión de consulta previa en normas que se refieren a comunidades negras. Improcedencia por no mediar afectación directa.
C-359/13	Consulta previa a comunidad rom o gitana en ley que promueve el acceso a la vivienda de interés social y a la vivienda de interés prioritario.
C-616/13	Ley que aprueba Convenio 189 sobre trabajo decente para trabajadoras y trabajadores domésticos. Impertinencia de consulta previa en trámite legislativo.
T-657/13	Vulneración por cuanto no se ha consultado proyecto de la carretera Mulaló-Lo-boguerrero con la comunidad negra afectada.
A-073/14	Protección derechos territoriales y colectivos de comunidades negras del Pacífico de Nariño frente a programas de erradicación de cultivos ilícitos en sus territorios.
T-117/14	Advertir al Ministerio del Interior cumplir con la obligación de adelantar el proceso de consulta previa, respecto de las comunidades que puedan verse afectadas directamente.
T-294/14	Orden a la Dirección de Asuntos Indígenas y Minorías del Ministerio del Interior de implementar mecanismos efectivos de diálogo y coordinación con las autoridades de la comunidad indígena Venado, perteneciente al pueblo Zenú, por proyecto de relleno sanitario de Cantagallo.
C-313/14	Proyecto de ley estatutaria sobre derecho fundamental a la salud. No cualquier medida que guarde relación con los intereses de los grupos étnicos tiene la aptitud suficiente para activar la obligatoriedad de la consulta previa.
T-353/14	Resguardo Indígena Páez de Bache ante Plan de Desarrollo Municipal del Municipio de Palermo-Huila.

T-355/14	Resguardo Indígena de Nuestra Señora Candelaria de la Montaña de Riosucio, Caldas, ante educación pública.
C-371/14	Creación de zonas de reserva campesina.
T-396/14	Resguardo Yanakuna San Agustín-Huila, ante construcción y funcionamiento de vía vehicular en el Parque Arqueológico de San Agustín.
T-461/14	Orden de iniciar proceso de consulta previa con las comunidades del Resguardo Cañamomo y Lomaprieta y población afrodescendiente de Guamal.
T-462A/14	Vulneración del derecho a la consulta previa. Caso en que en la época de la construcción de la represa Salvajina no existía la obligación estatal de realizar la consulta previa; sin embargo, ya estaba el Convenio 107 de la OIT.
C-498/14	Ley que rinde honores a la santa madre Laura Montoya Upegui como ilustre colombiana. Principios de multiculturalismo y pluralismo religioso exigen adelantar el procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.
T-576/14	Orden al Ministerio del Interior de convocar a las comunidades a participar en el proceso de elección de los integrantes del Espacio Nacional de Representación de Autoridades y Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, Raizal de San Andrés, Providencia y Catalina y divulgar el documento de trabajo resultante.
T-646/14	Proyecto de Estatuto Aduanero. Improcedencia de tutela por cuanto no existía una afectación directa a las comunidades negras de Bocachica y Caño de Oro.
T-800/14	Derecho a la consulta previa de comunidad raizal. Orden de suspender obras adelantadas del proyecto “Spa providencia” hasta que se efectúe consulta previa.
T-849/14	Agotar el procedimiento de consulta previa con las comunidades que habitan el territorio sagrado de la Sierra Nevada de Santa Marta.
T-857/14	Improcedencia de tutela por cuanto los predios involucrados en la construcción del proyecto no hacen parte del resguardo de la etnia indígena accionante, sino que son de propiedad particular.
T-969/14	Comunidad negra que manifiesta no habersele realizado consulta previa de un proyecto de disposición de aguas residuales cuyo trayecto pasa por sus territorios.
C-150/15	Proyectos minero energéticos que se adelantan en territorio de comunidades étnicas. Creación de espacio alterno de concertación puede llegar a debilitar la efectividad del derecho de los grupos étnicos a la consulta previa.
C-217/15	Acuerdo entre Colombia y Brasil sobre permiso de residencia, estudio y trabajo para nacionales fronterizos brasileños y colombianos entre localidades fronterizas vinculadas. No se presentó vicio de procedimiento por ausencia de consulta previa.

T-005/16	Orden a autoridades de realizar proceso consultivo con los representantes de comunidad indígena, para determinar el impacto cultural causado por la construcción y operación de la base militar e instalación de las antenas y garantizar a comunidad indígena libre acceso a cerro.
T-197/16	Procedencia de la acción de tutela, a pesar de existir mecanismo contemplado en la Ley 1437/11.
T-213/16	Improcedencia de tutela por cuanto no hay afectación directa por la creación de las Zidres.
C-389/16	Autoridad minera debe establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados. Derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas.
T-475/16	Derecho a la consulta previa de comunidades afrodescendientes frente a la prevalencia del interés superior del menor.
T-630/16	Suspende proyecto de exploración de hidrocarburos en el Putumayo y ampara el derecho fundamental a la consulta previa de la “Comunidad Páez-El Danubio Nasa KWUMA TE’WESX”.
T-704/16	Jurisprudencia sobre casos de consulta previa por afectación al ambiente sano, explotación de recursos naturales y/o proyectos mineros. Suspende proyecto “Expansión de Puerto Bolívar” de El Cerrejón hasta realizar consulta previa.
T-002/17	Protección constitucional a los acuerdos celebrados en consulta previa. Caso en que comunidades negras de Cuenca de Río Dagua solicitan cumplimiento de acuerdo en materia de compensación social, ambiental y mejora de vivienda para las comunidades.
T-052/17	Ordena a autoridades resolver las solicitudes de ampliación, saneamiento y delimitación de los resguardos indígenas Motilón Barí y Catalaura-La Gabarra y determinar la necesidad de adelantar un proceso de consulta previa respecto de la solicitud de constitución de una zona de reserva campesina del Catatumbo
T-080/17	Vulneración a comunidad étnica por la realización de actividades de aspersión aérea con glifosato para erradicar cultivos ilícitos sobre el resguardo, al no haberse realizado el proceso de consulta previa.
SU-133/17	Derecho de los habitantes y mineros tradicionales de Marmato a participar en la definición de los impactos de las cesiones de los derechos de explotación de la parte alta del cerro El Burro y el derecho de las comunidades indígenas y afrocolombianas del municipio a ser consultadas al respecto.

T-201/17	Ordena al ICBF iniciar proceso de consulta previa para establecer cuál será el plan étnicamente diferenciado que deberá utilizar el Instituto para implementar las medidas correspondientes al programa denominado “Primera Infancia”.
SU217/17	Improcedencia de tutela por cuanto ampliación de relleno sanitario no afecta a la comunidad indígena Jaraguay.
T-236/17	Comunidades étnicas del Municipio de Nóvita deben ser consultadas sobre los programas de aspersión de cultivos a realizarse en su territorio.

Fuente: Elaboración propia.

Recibido: 07/01/2018
Aprobado: 15/03/2018



Boda Gadea. Enrique Polanco.
<https://www.facebook.com/enriquepolancopintor/>