

**PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA DENTRO DEL ESTADO
COLOMBIANO**



XIMENA ROBAYO CONTRERAS

CODIGO: 35000959

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN
BOGOTÁ D.C, OCTUBRE DE 2015**

**PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA DENTRO DEL ESTADO
COLOMBIANO**



PRESENTADO POR:

XIMENA ROBAYO CONTRERAS

CODIGO: 35000959

PRESENTADO A:

DOCENTE DIEGO ESCOBAR PERDIGON

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN II
BOGOTÁ D.C, OCTUBRE DE 2015**

1. RESUMEN

En aras de garantizar los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, es conveniente analizar que instante es el realmente conveniente para la comunidad étnica, no para el estado ni los beneficiarios de la explotación o concesión, llevar a cabo la consulta previa, puesto que en muchos casos se realiza esta consulta una vez ya se ha dado inicio a la etapa de exploración o explotación, habiendo ya causado un daño ambiental, social, cultural a las grupos étnicos, esto se presenta puesto que no se da cumplimiento a la normatividad la cual establece que se debe hacer de manera previa a la adopción de medidas administrativas, legislativas o a la decisión sobre proyectos que puedan afectarles.

2. PALABRAS CLAVE

Colombia. Derechos fundamentales. Comunidades indígenas. Consulta Previa. Participación.

3. ABSTRACT

In order to guarantee the fundamental rights of ethnic communities, it is advisable to analyze that moment is really convenient for the ethnic community, not the state nor the beneficiaries of exploitation or concession to carry out the consultation, since in many cases this consultation takes place once already begun the stage of exploration or exploitation, having already caused an environmental, social, cultural to ethnic damage, this is presented as my consideration noncompliance occurs with regulations which states that should be done prior to the adoption of administrative, legislative or decision on projects that could affect measures manner.

4. KEYWORDS

Colombia. Fundamental rights. Indigenous communities. After consulting. Participation.

5. INTRODUCCIÓN

La consulta previa se desarrollo por primera vez por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) mediante la aprobación del Convenio 169 del 7 de

junio de 1989 sobre “*Pueblos Indigenas y Tribales de Paises Independientes*”, que actualiza el Convenio 107 de 1957, en el cual se estableció por primera vez un avance positivo respecto a la protección de los pueblos indígenas.

La Constitución Política Colombiana, aunque no consagra de manera expresa la consulta previa, si consagra el derecho de participación como un derecho fundamental con base en lo establecido en sus artículos 2° y 330.

Jurisprudencialmente en Colombia la consulta previa adquiere el reconocimiento como derecho fundamental con la promulgación de la Sentencia SU-09-1997 como un herramienta de amparo y protección de la identidad étnica, social y territorial de los grupos étnicos.

Por lo anterior, la consulta previa es considerada un derecho fundamental que poseen las comunidades étnicas reconocidas o protegidas constitucionalmente, cuya finalidad es la salvaguarda y preservación de su identidad técnica, cultural, social y económica frente a eventuales medidas legislativas, administrativas o la realización de obras, proyectos o actividades que afecten directamente su integridad étnica o su subsistencia como grupo social.

Se debe tomar como un control previo que se realiza cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, actividades de exploraciones o explotaciones de recursos naturales en sus suelos, esto con el fin de analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que pueda causarse.

Con el fin de materializar esta finalidad, el Estado Colombiano debe legitimar la participación de las comunidades étnicas de manera previa, activa y efectiva en la toma de decisiones que puedan afectar su entorno social, económico, cultural, constituyendo así un mecanismo que procure intervenir en los posibles conflictos que se presenten entre los derechos de las minorías y el desarrollo del Estado.

Lo anterior, puesto que el Estado debe proteger la identidad e integridad de las comunidades étnicas, entre esos el derecho de propiedad sobre sus territorios, que, además de ser su principal medio de subsistencia, el derecho de propiedad sobre sus territorios, que, además de ser su principal medio de subsistencia, son elemento integrante de su idiosincrasia.

a. Origen y concepto de consulta previa

La consulta previa se reconoció dentro del Derecho Internacional mediante la expedición del Convenio 169 de la OIT, como un instrumento jurídico de carácter internacional de carácter vinculante que tiene como finalidad la protección de los derechos de las comunidades étnicas junto al establecimiento de principios básicos, que deben ser aplicados e interpretados por cada legislación, de no discriminación y de reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas y tribales, convenio que fue ratificado por Colombia e incorporado en el derecho interno mediante la Ley 21 de 1991.

El convenio exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados en relación con los temas que los afectan. También exigen que estos pueblos puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que les afectan. (Morales, A. 2013, p. 36)

Dentro de la Constitución Política se establece como principios fundamentales del Estado Colombiano: facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan¹; reconoce y protege la diversidad étnica y cultural²; señala que es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación³.

Adicionalmente dentro del párrafo del artículo 330 de la carta política se señala y establece que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las

¹ Artículo 2 Constitución Política de Colombia.

² Artículo 7 Constitución Política de Colombia.

³ Artículo 8 Constitución Política de Colombia.

comunidades indígenas, por lo que en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades, estableciendo así intrínsecamente la finalidad de la consulta previa.

De igual manera se ha realizado jurisprudencialmente un avance, por parte de la Corte Constitucional, en aras de salvaguardar el del derecho fundamental individual y colectivo de la consulta previa, determinando unas pautas para su aplicación, dado que en Colombia no existe una ley especial que regule de manera obligatoriedad del derecho de consulta previa que poseen los grupos étnicos.

La misma Corporación en sentencia de unificación señaló los parámetros para la realización de las consultas previas con los grupos étnicos del país y en ella encontramos importantes aportes para la protección y garantía de los derechos de las comunidades:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. (Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997)

De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. (Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997)

De igual manera doctrinariamente varios autores han desarrollado la definición del concepto de consulta previa. Gloria Rodríguez (2010) sostiene que:

La consulta previa es un derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación. (p. 36-37)

De igual manera el autor Morales Álzate (2013) la define como:

La consulta previa, es un derecho que poseen las comunidades étnicas o también denominadas sujetos colectivos de protección especial, reconocidas y protegidas constitucionalmente, cuya finalidad es la salvaguarda y preservación de su identidad étnica, cultural, social y económica, basada en la garantía de la participación frente a eventuales medidas legislativas, administrativas o la realización de obras. Proyectos o actividades, que afecten directa y específicamente su integridad étnica o su subsistencia como grupos social-preservación, cuya finalidad es lograr un acuerdo visible. (p. 85-86)

b. Participantes en el proceso de consulta previa.

Dentro del trámite de consulta previa participan; los *sujetos colectivos*, son aquellos que tienen la titularidad y la capacidad para actuar respecto del derecho de consulta previa (Morales 2013), es decir los grupos étnicos que dentro del entorno colombiano se reconocen como estos los siguientes:

Pueblos y comunidades indígenas⁴: Colombia tiene 87 comunidades indígenas distribuidas por el territorio nacional. En Bogotá viven 15.032 personas que se reconocen a sí mismas como indígenas (DANE, 2005) pertenecientes a las etnias Muisca, Ambiká Pijao, Misak, Kichwa, Yanacona, Pasto, Nasa e Inga, Emberá Katío, Emberá Chamí, Wauanan, Kament'sá, Curripaco, Wayuu y Huitoto entre otras. Una buena parte de estas etnias están representadas por nueve cabildos reconocidos jurídicamente y dos en proceso de obtener dicho reconocimiento. Aún así, todos ellos son tenidos en cuenta por la administración y existen medidas para garantizar su atención integral así como la conservación de su identidad y el ejercicio pleno de sus libertades y derechos culturales.

Comunidades negras o afrocolombianas⁵: La población afrocolombiana o afrodescendiente se construye como un grupo étnico en la medida en que autoreconozca su ascendencia negro-africana y reside en todo el territorio nacional, ya sea en las cabeceras o en las áreas dispersas. Algunos ejemplos de poblaciones afrocolombianas o afrodescendientes en las dos costas son los asentamientos étnico-territoriales con título de propiedad colectiva denominados "comunidades

⁴ <http://www.colombiaaprende.edu.co/html/mediateca/1607/article-84457.html>

⁵ Ibídem

negras" por la Ley 70 o Ley de Negritudes, especialmente en el Pacífico colombiano, y la comunidad de San Basilio de Palenque en el Caribe colombiano.

Comunidad raizal⁶: Raizal del Archipiélago de San Andrés y Providencia. Grupo étnico afrocolombiano o afrodescendiente, cuyas raíces culturales son afro-anglo-antillanas y cuyos integrantes mantienen una fuerte identidad caribeña.

Pueblo Rom o Gitano⁷: Grupo étnico de tipo nómada, originario del norte de la India, establecido desde la conquista y colonización europea en lo que hoy en día es Colombia.

Según el último censo del DANE del 2005, contó a un total de 41.468.384 personas residentes en el territorio colombiano, dentro de los cuales la distribución de la población colombiana según pertenencia étnica, dentro de los cuales 5.709.238 personas se reconocieron pertenecientes a un grupo étnico (indígenas, rom o afrocolombiano), 34.898.170 personas, el 85,94% del total de la población nacional, no se reconocieron pertenecientes a ninguno de los grupos étnicos, y 860.976 personas, el 2,08% del total nacional, no informaron sobre su pertenencia étnica:

Cuadro 1. Población de Colombia según pertenencia étnica, 2005

Grupo étnico	Población 2005
Indígena	1.392.623
Rom	4.857
Afrocolombiano	4.311.757
Sin pertenencia étnica	34.898.170
Sin información	860.976
Total	41.468.384

Fuente: DANE, Censo general 2005. Población censada.

Gráfico 1. Distribución porcentual de la población colombiana por pertenencia étnica, 2005



Fuente: DANE, Censo general 2005.

⁶ ibídem

⁷ Ibídem

De igual manera como participante del proceso de consulta previa se encuentra un *sujeto ejecutor*, agentes públicos o privados que actúan como promotores o ejecutores de la iniciativa de carácter legislativo o administrativa, o de la obra, proyecto o actividad que se pretende desarrollar (Morales 2013).

Como intervinientes de la consulta previa también pueden actuar los organismos de control, como la Defensoria del Pueblo, el Ministerio Público, y de igual manera como garante participan entidades del estado encargadas de vigilar y liderar el proceso de consulta previa, en el caso colombiano el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Consulta Previa.

Según la Guía de aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT, en la consulta previa deben participar los pueblos indígenas a través de sus autoridades representativas, lo cual significa que debe emprenderse con las organizaciones o instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades. Por consiguiente, el gobierno debe garantizar la participación real y efectiva y, en todo caso, en la consulta deben estar las autoridades tradicionales, los cabildos mayores y menores, los representantes legales y sus organizaciones de diferente orden. (Rodríguez, 2014. p. 111).

La Corte Constitucional, mediante sentencia SU-323/2003, definió los actores que participan en la consulta previa (Grueso, 2010): los pueblos directamente afectados, sus autoridades, líderes y organizaciones representativas; la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y la Dirección de Consulta –cuya obligación es coordinar y garantizar el cumplimiento de las condiciones adecuadas para el desarrollo de la sentencia–, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y/o las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible cuando se realicen consultas para proyectos que requieran licencia ambiental, según se trate. (Hinestroza & Mena, 2013, p. 47-48)

c. Procedimiento de la consulta previa.

Mediante procesos apropiados, los gobiernos, a través de instituciones representativas deberá consultar a los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, estableciendo medios adecuados a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente en la adopción de decisiones, aplicando siempre la buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas (Convenio 169, 1989).

Respecto a lo anterior, dentro del estado colombiano se ha presentado un conflicto en la implementación jurídica de un desarrollo normativo efectivo y veraz que establezca los procedimientos y límites, generando un vacío normativo en el tema, dado que hasta el momento el Congreso no ha expedido una ley que reglamente el procedimiento de la consulta previa, a pesar de que el gobierno nacional ha intentado infructuosamente sacar adelante una ley estatutaria que regule el tema, la cual ha sido criticada por las mismas poblaciones étnicas, por activistas y académicos centrados en la protección de los derechos de los indígenas (Clavero, 2011).

Ante el vacío normativo la Corte Constitucional hasta la fecha se ha considerado como la institución estatal más efectiva en la resolución de los problemas jurídicos respecto de la consulta previa, fortaleciendo los derechos y responsabilidades que conlleva este derecho a los grupos étnicos (Hillon, 2014).

FIGURA No. 1. CRITERIOS PARA LA CONSULTA PREVIA



Fuente: (Rodríguez, 2014, p. 37)

Así mismo, la Corte introdujo criterios a cumplir dentro de los procesos consultivos, concibiendo la consulta previa como un espacio de negociación de impactos, por lo que dentro de su desarrollo los grupos étnicos deben tener total conocimiento de los proyectos que se van a desarrollar dentro de su territorio y los posibles menoscabos que estos puedan causar dentro su ambiental, social, cultural, entre otros.

En 1997, en el caso de la licencia ambiental concedida a Occidental de Colombia para realizar trabajos de exploración petrolífera en territorio U'wa (Sentencia SU-039 de 1997), la Corte declaró que la CP era un derecho fundamental mediante el cual se practicaba la democracia participativa y se preservaba la riqueza cultural de la nación.¹⁶ De esta forma, debido al gran impacto que la exploración y explotación de recursos naturales en tierras indígenas y negras puede tener para la integridad de las comunidades que las habitan, el Alto Tribunal instituyó la CP como una garantía fundamental que protege la supervivencia de los grupos étnicos (Hillon, 2014, p. 93)

El procedimiento de consulta previa es de obligatorio cumplimiento tanto dentro de la toma de medidas administrativas como legislativas.

El concepto de medida legislativa cobija los actos legislativos ya que considera que la expresión “medidas legislativas” no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades (Rodríguez, 2011, p. 68)..

La Corte Constitucional señala que deben ser consultadas previamente, las decisiones legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y al pueblo Rom, en la medida en que establecen políticas generales, definiciones, pautas y criterios que pueden repercutir sobre sus formas de vida, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar que las mismas las afecte negativamente (C-366/2011)

De igual manera, la misma Corporación determino que dentro del ordenamiento jurídico colombiano la consulta previa es obligatoria en los casos de medidas administrativas, cuando se trate de decisiones sobre la explotación y/o utilización de recursos naturales en territorios indígenas y afrodecendientes (C-169/2001), así mismo sera necesario realizar la consulta previa cuando el Estado pretenda otorgar permisos para los procesos de investigación científica y arqueológica, en la

erradicación de cultivos ilícitos, entre otros más y diversos factores que puedan representar una amenaza dentro del territorio y entorno cultural, social, ambiental de los grupos étnicos.

Se han identificado tres fases para la elaboración de la consulta previa (Charris, 2014):

Fase de información, se identifican claramente los actores de la consulta se lleva a cabo entre el estado, representantes de las empresas interesadas y la comunidad indígena, se establecen las directrices bajo las cuales se desarrollara el proceso, la información de los planes de trabajo, así como las particularidades del proceso con sus impactos positivos y negativos.

Fase de concertación e identificación de impactos y medidas, se elaboran los estudios determinantes y concretos del proyecto que evidencian las ventajas y desventajas del proyecto, permitiendo de igual manera los espacio de reflexión para la comunidad.

Fase de sistematización y seguimiento, se procede a efectuar la verificación de cada una de las actividades establecidas dentro de acta de protocolización o estudio social, se debe efectuar una revisión periódica del cumplimiento de los acuerdos contemplados en este documento.

El Estado está en el deber de garantizar que el procedimiento de la consulta se desarrollarse conforme a las costumbres y tradiciones culturales de las comunidades étnicas.

Para lograr una consulta efectiva, el procedimiento debe ajustarse a las prácticas culturales de los pueblos indígenas, de manera que se respeten sus valores, costumbres y tradiciones -entre lo que se resalta su especial relación con la tierra y los recursos naturales-, así como los métodos y tiempos propios para la toma de decisiones.

La imposición por parte del Estado de un mecanismo único y homogéneo de consulta a las comunidades étnicas implicaría un desconocimiento del mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural. Asimismo, la necesidad de atender la diversidad desde el procedimiento cultural implica entender la consulta previa como algo que va mucho más allá de un mero trámite formal, esto es, como un verdadero espacio de concertación y diálogo intercultural (Charris, 2014, p. 138).

La consulta tiene como una de sus principales características que debe ser de carácter previo e informado, por lo tanto se debe realizar antes de tomar la decisión y de forma oportuna, ya que el carácter de previo facilita y proporciona la facultad a los pueblos de discutir internamente los aspectos positivos y negativos antes de la adopción de medidas administrativas o legislativas del Estado.

Por lo anterior el Estado tiene el deber y la obligación de informar a los grupos étnicos de manera clara, oportuna, veraz y completa los elementos necesarios, como lo son los riesgos, alcances del proyecto, duración, impactos, etc., para la toma de decisiones consecuentes.

La consulta no debe entenderse como una simple socialización de información y decisiones que afecten a los pueblos indígenas sin consideración a las opiniones, medidas y soluciones que expongan sus representantes; el objetivo debe ser lograr un acuerdo o el consentimiento en los casos previstos. Por lo tanto, la consulta previa no puede considerarse como meros espacios de información, simples audiencias o una serie de reuniones, sino que el Estado debe esforzarse por desarrollar acciones coordinadas con las comunidades indígenas tendientes a entablar un verdadero diálogo intercultural (Charris, 2014 p. 140).

Si una vez efectuada la consulta previa la propuesta es rechazada por parte del grupo étnico, se debe iniciar un proceso de negociación para llegar a un acuerdo, a pesar de ello si no se llega a un acuerdo es el Estado quien tiene la última palabra, por lo que puede tomar una decisión unilateral, la cual debe ser debidamente motivada, aun en contra de la posición de los grupos étnicos participantes en la consulta (Charris, 2014).

Conforme a lo anterior el Estado estaría desdibujando el mecanismo de la consulta previa, el derecho a la participación resultaría inoperante por parte de las comunidades étnicas, haciendo prevalecer el interés general sobre el particular de estos grupos.

La Corte Constitucional ha señalado que el objeto principal de la consulta a grupos étnicos es llegar a acuerdos y concertaciones sobre las materias objeto de ella, pues de no ser así, el derecho a participar devendría inocuo, tendría una eficacia meramente simbólica, pues no tendría la capacidad de incidir en las decisiones estatales, contrariando la democracia participativa, caro principio en un Estado social de derecho (Salinas, 2011, p. 241).

6. MARCO TEORICO

Dado que este escrito se desarrolló el tema de consulta previa y su procedimiento, resulta pertinente dar a conocer los conceptos más relevantes que permiten delimitar teóricamente el objeto de estudio.

En primer lugar es pertinente inducir el concepto de derechos fundamentales del cual Morales (2013) afirma: “Se entienden como derechos fundamentales todas las normas constitucionales que regulan la relación del individuo con el Estado de manera obligatoria para ambas partes” (p.96).

Así mismo, conforme lo establece la carta política colombiana como principio y derecho fundamental, es oportuno mencionar que se considera por participación:

La participación es un derecho propio de sociedades libres y democráticas en las que el poder político reside en la soberanía del pueblo. De ella emanan los órganos del Estado y a ella están sometidos. Es un derecho humano protegido y un deber ciudadano en el que se asume que la palabra de los ciudadanos es el sustento de la legitimidad del Estado y asiento permanente de las decisiones públicas. (Grueso, 2011, p. 15)

Complementario de lo anterior, y como tema principal de investigación, en términos de la Corte Constitucional (2014) la consulta previa es un: “Derecho fundamental del cual son titulares las comunidades indígenas, negras, afro colombianas, raizales, palenqueras y gitanas”

De igual manera doctrinariamente varios autores han desarrollado la definición del concepto de consulta previa. Gloria Rodríguez (2010) sostiene que:

La consulta previa es un derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación. (p. 36-37)

De igual manera el autor Morales Álzate (2013) la define como:

La consulta previa, es un derecho que poseen las comunidades étnicas o también denominadas sujetos colectivos de protección especial, reconocidas y protegidas constitucionalmente, cuya finalidad es la salvaguarda y preservación de su identidad étnica, cultural, social y económica, basada en la garantía de la participación frente a eventuales medidas legislativas, administrativas o la realización de obras. Proyectos o actividades, que afecten directa y específicamente su integridad étnica o su subsistencia como grupos social-preservación, cuya finalidad es lograr un acuerdo visible. (p. 85-86)

En suma, la consulta previa es una integración de derechos reconocidos como fundamentales, que se encuentran claramente ligados como le mencionan varios investigadores del tema. Silva (2010) señala “La consulta previa se entiende como un medio de protección del derecho de participación de las comunidades étnicas del país en las decisiones que afecten su territorio, para conservar su idiosincrasia” (p.248). De igual manera Salinas afirma “Este derecho fundamental está conformado por otros dos derechos fundamentales, como son el de preservar su integridad étnica y el de la participación” (p.37).

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado todos estos conceptos señalados son criterios aplicables al procedimiento de consulta previa, que a falta de una normatividad aplicable debido al vacío normativo, se ha desarrollado jurisprudencialmente por parte de la Corte Constitucional estableciendo los criterios procedimentales de carácter previo y consultivo en la toma de medidas administrativas o legislativas por parte del Estado Colombiano, con base en lo establecido en el Convenio 169.

La Corte concluye que la consulta previa es un derecho sustantivo fundamental de participación, que se garantiza y concreta a través de un procedimiento, es decir se trata de una *garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos, lo que supone que al examinar la constitucionalidad de una ley por el cargo de omisión de consulta previa, la Corte verificara que se haya cumplido ese procedimiento antes de la radicación del proyecto de ley, a pesar de que el ordenamiento jurídico no consagra reglas procedimentales en este sentido (C-253-2013).*

Es importante resaltar que la primera vez que la Corte jurisprudencialmente (C-169/2001) evaluó la necesidad de realizar una consulta previa para expedir medidas legislativas, sobre lo cual examinó el proyecto de ley estatutaria 025/99 Senado y 217/99 Cámara, “*por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política*

de Colombia”, que se convertiría en la Ley 649 de 2001. En dicha providencia, la Corte consideró que la consulta previa no había sido prevista ni por la Constitución ni por la Ley para medidas legislativas relativas al tema regulado por la disposición examinada, por lo que estableció que la Corte no podía proscribir como obligatorio un procedimiento que no se contemplaba en el ordenamiento jurídico, menos aun tratándose de una ley estatutaria cuyas características y requisitos se encuentran taxativamente numerados en los artículos 153 a 157 de la Carta.

Por consiguiente la consulta previa debe realizarse con base en un procedimiento cultural apropiado, con la representatividad pertinente por parte de las comunidades étnicas, así del Estado a través de sus entidades respectivas, como de los representantes de las empresas interesadas en el proyecto, y los órganos de control.

La sentencia T-129 de 2011 constituye un hito en cuanto al reconocimiento del derecho a la consulta previa. En esta providencia la Corte reitera el carácter fundamental de la consulta previa y exhorta al legislador a la regulación de la temática a través de una ley estatutaria¹¹. Precisa que la consulta debe realizarse en el marco del respeto de los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades étnicas, lo cual implica que el Estado no puede definir unilateralmente un término o plazo específico para la consulta, sino que esta dependerá de los procesos internos y propios de cada comunidad. Por otro lado, se enfatiza en que la consulta debe agotarse previo a la ejecución de los proyectos. De tal forma, la Corte le imprime obligatoriedad, seriedad y compromiso a este mecanismo, dejando atrás la concepción formal con la que era realizada. Agrega la Corte que la consulta es un proceso de permanente diálogo, no un permiso ilimitado, por lo cual se exigen revisiones periódicas a corto, mediano y largo plazo. Con esto, la corporación busca que el derecho a la consulta previa no sea visto como un obstáculo para la ejecución de proyectos de desarrollo, sino como un espacio de diálogo intercultural, con respeto y reconocimiento de cada una de las partes y las decisiones que se adopten. Además, se establece la obligatoriedad respecto del acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación. (Charris, 2014, p.122)

7. DERECHO COMPARADO

El derecho de Consulta previa en Latinoamérica es practicado y ejecutado con base en la interpretación normativa de cada país, procedimientos que se han materializado a través de proyectos de Ley, acuerdos, etc.

A pesar de ello en la actualidad hay un afligido panorama dentro de los pueblos y comunidades indígenas respecto al goce efectivo del derecho fundamental de Consulta previa, que en algunos casos no es reconocido como un derecho legítimo por parte de las autoridades estatales

PERU

Perú fue uno de los primeros países en suscribir y ratificar instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Sin embargo, en la práctica no se han materializado todos estos derechos y principios en las políticas públicas y normativa interna, en particular el derecho a la consulta previa, libre e informada. (Carrion, 2012: P13)

A partir de los sucesos violentos de Bagua del 5 de junio de 2009, que conllevaron a la protesta de organizaciones indígenas amazónicas por la aprobación de decretos legislativos –sin que medie consulta– que afectaban el derecho a la tierra de estas comunidades, el Estado decidió tratar el tema de la ley de consulta previa, libre e informada y se presentó un proyecto de ley (Carrion, 2012: P13).

El proyecto de ley vetado por el ejecutivo, que buscaba reglamentar el derecho de consulta, levanto un amplio debate especialmente por la incorporación de temas delicados como:

- a) La disposición expresa de que si no se logra el acuerdo o consentimiento no significa que los pueblos indígenas consultados conserven el derecho a veto.
- b) La definición de pueblos indígenas, que se estaría extendiendo indebidamente a las comunidades campesinas andinas y ubicadas en la costa.
- c) La decisión de establecer la representatividad y legitimidad de las organizaciones indígenas que son materia de consulta a cargo del poder ejecutivo.
- d) La aplicación de la ley a futuras medidas legislativas y administrativas, pretendiendo que sigan vigentes aquellas disposiciones inconsultas que han afectado a los pueblos indígenas (Carrion, 2012: P13).

Realizando el análisis comparativo de la aplicación y desarrollo de la consulta previa entre el estado colombiano y el peruano se encuentra que en ambas legislaciones hay un vacío normativo al respecto, puesto que en ambas naciones se tiene un proyecto de ley los cuales no han tenido avance alguno, para el caso colombiano el Proyecto de Ley Estatutaria de Consulta Previa y para el caso peruano el Proyecto de Ley N° 4191/2009, pero a diferencia del Perú, en Colombia se ha dado un desarrollado jurisprudencial, que de alguna manera cobija el vacío normativo, estableciendo cuales son los criterios aplicables al procedimiento de consulta previa.

BOLIVIA

En Bolivia, país que ha tenido una trayectoria jurídica progresista en el reconocimiento de los derechos a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, en gran medida debido a la presión histórica de movimientos sociales por el reconocimiento de sus derechos y espacios territoriales colectivos, se ha consolidado en la normativa nacional algunos derechos colectivos, en consonancia con instrumentos internacionales suscritos por Bolivia, como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. (Carrión, 2012: P14).

Así, la Ley de Hidrocarburos regula la consulta en los siguientes términos: La consulta obligatoria de las comunidades y pueblos campesinos, indígenas y originarios de manera previa y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad, obra o proyecto que pueda causar un impacto socio ambiental o afectar los derechos de las personas, estableciendo además el derecho a compensaciones e indemnizaciones (Carrión, 2012: P14).

Además, se promulgo el Decreto Supremo No. 29033186, que reglamenta el derecho a la consulta a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, y que establece momentos y fases para su aplicación. En estas fases se prevé un proceso de información a las comunidades afectadas, a cargo de la entidad estatal competente; organización y planificación de la consulta por parte de las autoridades de las comunidades; ejecución de la consulta en la cual la comunidad expone los impactos socio ambientales que se identificaron en la consulta; y, finalmente, una fase de concertación, que implica que los resultados de la consulta deben ser ratificados por la comunidad a través de la firma de un convenio de validación de acuerdos, que es vinculante para la obtención de la licencia ambiental por parte de la empresa (Carrión, 2012: P14).

El proceso de consulta tiene como objetivo el llegar a un acuerdo entre el Estado y las comunidades, en los casos en los que medie un proyecto hidrocarburífero en sus territorios, lo cual está en consonancia con lo establecido en los instrumentos internacionales mencionados en el primer acápite, referente al objetivo de la consulta previa, libre e informada (Carrión, 2012: P14).

Analizado el contexto normativo del país de Bolivia, encontramos que este tiene establecido y reglado dentro de su normatividad interna el proceso de consulta previa, yendo un paso delante de la legislación colombiana puesto que en nuestro ordenamiento hay un vacío normativo respecto a la consulta previa, a pesar del desarrollado jurisprudencial, que de alguna manera cubre el vacío normativo, estableciendo cuales son los criterios aplicables al procedimiento de consulta previa.

8. ESTADO DEL ARTE.

En relación con el tema de la consulta previa se identifican las siguientes investigaciones, las cuales sirvieron como referencia para el desarrollo y postura del presente trabajo.

En primer lugar se relaciona Mena & Hinestroza (2014), en su artículo denominado *“Eficacia de la consulta previa en el trámite de licencias ambientales del Choco 2006-2011”* con el fin de determinar si las comunidades negras del Choco ejercieron el derecho de consulta previa, en relación al otorgamiento de licencias ambientales,

de acuerdo a las condiciones y requisitos de procedimiento establecidos en el marco jurídico constitucional, legal y jurisprudencial colombiano.

Lo anterior, realizando una investigación descriptiva y analítica de la población objeto de estudio mediante la consulta de expedientes de licencias ambientales que reposan en el archivo físico de la Corporación Autónoma Regional del Choco, así como entrevistas estructuradas y semiestructuradas a funcionarios de la autoridad ambiental del Choco, a representantes de los consejos comunitarios de comunidades negras y a funcionarios de la Procuraduría Regional Choco, como de igual forma la consulta de los preacuerdos y acuerdos dados durante el proceso de consulta previa. De la mencionada investigación se concluyó:

La consulta previa no es un mecanismo eficaz de protección de los derechos de las minorías étnicas en el departamento del Chocó, en gran parte por la escasa participación que se brinda a las comunidades en el proceso. Se ha convertido en un mecanismo que dilata los trámites para el otorgamiento de licencias y permisos ambientales. La inexistencia de regulación en materia de consulta previa genera abuso de las autoridades y de los ejecutores de proyectos, en las actuaciones procedimentales y vacías en cuanto a la actuación a seguir en cada caso. Como consecuencia de esto, se puede incurrir en la violación de derechos y garantías fundamentales. No se cumplen las reglas establecidas en la actualidad en cuanto a la consulta previa, las cuales son abundantes, aunque no exista una ley estatutaria que de manera específica regule el procedimiento (Mena & Hinestroza, 2014, p. 61).

A continuación se hará mención de la investigación realizada Silva, (2010), en su artículo denominado *“El derecho fundamental de las comunidades étnicas a la consulta previa”* con el fin de determinar si el contrato de concesión para la explotación de cobre, molibdeno y minerales en el departamento de Antioquia y Choco, vulnera los derechos a la vida, seguridad personal y a la consulta previa al no efectuar el trámite de consulta de manera previa a la explotación.

En la presente investigación, se muestran resultados de una investigación exploratoria y descriptiva, a través de la consulta documental y archivos físicos, así como entrevistas estructuradas a la población y representantes de los grupos étnicos presentes en las zonas de afectación. De la mencionada investigación se concluyó:

En el caso estudiado, se encuentra que se vulneró el derecho fundamental de consulta previa a las diferentes comunidades, al apreciarse que no se consultó a la totalidad de los afectados; además,

a la población no se le comunicó debidamente sobre el proyecto que se estaba gestionando, lo que restringió el acceso a la información, lo cual, a su vez, limita la oportunidad que tienen las comunidades de definir sus prioridades. Por otra parte, se observa que el estudio del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial aún no se ha terminado, por lo cual se deberán esperar sus resultados y, según estos, se podrá valorar la posibilidad de que el proyecto continúe o no (Silva, 2010, p. 250).

Hillon, (2014) en su artículo denominado *“La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales”* examina las dificultades y vacíos que enfrenta el derecho a la consulta previa como herramienta de protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en Colombia, partiendo de un análisis teórico que explora dos perspectivas; por una parte presenta la difícil construcción jurídica de esta figura en el ámbito nacional, y por otra, se centrándose en consecuencias adversas que se derivan de su definición actual, concluyendo que:

La definición actual de la CP presenta importantes limitaciones jurídicas y conceptuales para cumplir con su fin de inclusión y protección de la diversidad colombiana. Aunque existen organismos estatales que han tomado en serio esta herramienta para incluir a las minorías étnicas dentro del diseño e implementación de los proyectos que las afectan, las difíciles disputas en el campo jurídico alrededor de la misma hacen que una construcción emancipatoria de la CP y del CLPI sea ardua y hasta difícil de vislumbrar completamente a futuro. Igualmente, las bases conceptuales de la CP han permitido que se intensifiquen algunos problemas que intentaba neutralizar y que se legitime un discurso de la otredad fragmentado y esencialista que termina generando dinámicas de exclusión de otros sectores subalternos y la implementación de mecanismos de control de la diferencia. Todo apunta a que, tal y como está consagrada la CP, estamos frente al llamado "multiculturalismo neoliberal" (Hale, 2005, 2002); un amalgama perversa de dos proyectos políticos contradictorios en el que el reconocimiento de derechos a los grupos étnicos (en este caso, la CP) no es visto como negativo siempre y cuando permita singularizar y neutralizar la diferencia y no se oponga o choque con el modelo de desarrollo y gobernanza del proyecto neoliberal (Hillon, 2014, p.106).

9. CONCLUSIONES

A partir de la Constitución de 1991, intrínsecamente dentro de su articulado se dio reconocimiento a la consulta previa como un derecho fundamental de las comunidades étnicas, reconocidas constitucionalmente, con el fin de reconocerles el derecho a participar en la toma de decisiones de medidas administrativas, legislativas, o sobre una obra, proyecto o actividad que puedan poner en peligro su idiosincrasia cultural, económica, social y el terreno que habitan.

A pesar del vacío normativo en nuestro ordenamiento jurídico, dado que no se ha establecido legislativamente una Ley que regule el tema de la consulta previa, la

Corte Constitucional ha desarrollado jurisprudencialmente los criterios con los cuales se debe desarrollar la consulta, estableciendo el procedimiento debe ajustarse conforme a las prácticas culturales, garantizando su representación, así como el deber de proporcionar de manera clara, oportuna y veraz toda la información, con el fin de poder llegar a un acuerdo satisfactorio o de negociación entre las comunidades étnicas, siempre y cuando se respeten sus derechos fundamentales.

La consulta previa es susceptible de realizar en diferentes momentos, dependiendo de cada caso en concreto, el tipo de afectación a la comunidad, la zona específica en la que se va a realizar la afectación directa y su relación con las tradiciones de la comunidad afectada, por lo tanto el momento determinante para realizar la consulta es previo al inicio de las actividades de exploración y explotación, o de estudios técnicos y la relación que tenga la comunidad con el entorno donde se van a desarrollar las actividades u operaciones, dado que sin el aval o acuerdo por parte del Estado y las comunidades indígenas, se podría en peligro los derechos de estos últimos, y si es de Estado decidir al respecto unilateralmente, lo deberá hacer de manera justificada y motivada.

Finalmente se debe señalar que es necesaria la voluntad de varios sectores políticos para normativizar el derecho fundamental de consulta previa, adoptando las medidas legislativas y reglamentarias acordes al Convenio 169 y al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Carrión P. (2012) *Consulta previa: Legislación y aplicación*. Recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/kas_33688-1522-1-30.pdf?130305001712
2. Charris J.P. (2014) El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la administración pública. *Revista Derecho del Estado*, (33), 123 – 147.
3. COLOMBIA, CORTE COSNTITUCIONAL. Sentencia de Unificación del 3 de febrero de 1997. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. (Sentencia N° SU-039/1997)
4. COLOMBIA, CORTE COSNTITUCIONAL. Sentencia del 14 de febrero de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Diaz. (Sentencia N° C-169/2011)
5. COLOMBIA, CORTE COSNTITUCIONAL. Sentencia del 25 de abril de 2013. Magistrado Ponente: Mauricio Gonzalez Cuervo. (Sentencia N° C-253/2013)
6. COLOMBIA, CORTE COSNTITUCIONAL. Sentencia del 11 de mayo de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. (Sentencia N° C-366/2011)
7. MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Colombia Aprende – Grupos Étnicos. Recuperado de <http://www.colombiaaprende.edu.co/html/mediateca/1607/article-84457.html>
8. Convenio 169 de la OIT. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_100910.pdf
9. Constitución Política de Colombia. Publicada en la Gaceta Constitucional N° 116 del 20 de julio de 1991.
10. DANE. (2007). Colombia una Nación multicultural. La población étnica y el censo general 2005. *Dirección de censos y demografía*. Recuperado de: https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf
11. Grueso L.R (Ed.) (2011) *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada una guía de información y reflexión para*

- su aplicación desde la perspectiva de los derechos humanos.* Bogotá: Naciones Unidas.
12. Hillón, Y.T. (2014) La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales. *Revista de Derecho*, (41), 83-111.
 13. Vallenas K, Pautrat L & Saminiego C (2010). *Análisis de la ley de consulta previa a los pueblos indígenas, y criterios para su implementación en el contexto del debate del proyecto de ley forestal y de fauna silvestre.* Recuperado de <http://www.spde.org/documentos/publicaciones/consulta-previa-de-ley-forestal/anexos/XVII.-Informes-Tecnicos-SPDE/3.-Analisis-Ley-Consulta-Previa.pdf>
 14. Mayen G (2014). *El derecho a la consulta previa libre e informada.* Lima: CEDA
 15. Mena M & Hinestroza L (2014). Eficacia de la consulta previa en el trámite de licencias ambientales en el departamento del choco 2006-2011. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humana*, (26) 39-66.
 16. Morales J.J (2013) *Consulta previa un derecho fundamental.* Bogotá: Consulta Previa Consultores.
 17. Parra. C (Ed.) (2005) *Comunidades étnicas en Colombia; Cultura y Jurisprudencia.* Bogotá: Universidad del Rosario
 18. Rodríguez G.A. (2010) *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia.* Recuperado de <http://gloriamparodriguez.blogspot.com/>
 19. Rodríguez G.A. (2014) *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia.* Bogotá: Universidad del Rosario Ibáñez.
 20. Rodríguez G.A. (2011) Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa. *Opinión Jurídica*, (Ed. Especial), 57 – 72.
 21. Salinas C.E. (2011) La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a

comunidades indígenas y tribales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (27), 235 – 259.