

LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE TITULARIDAD COLECTIVA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, AFROS, RON Y TRIBALES Y SU INEFECTIVIDAD EN LA PROTECCION DE LOS TERRITORIOS PROTEGIDOS



William Yeffer Vivas Lloreda*

Docente Universitario Universidad del Choco, Colombia

<https://orcid.org/0000-0002-9980-0117>

wvivaslloreda@gmail.com

DOI: 10.37594/cathedra.n16.548

Fecha de recepción: 20/05/2021

Fecha de revisión: 30/06/2021

Fecha de aceptación: 27/10/2021

RESUMEN

La consulta previa como fundamental de titularidad colectiva de los pueblos étnicos, se constituye en un instrumento de defensa de no solo del territorio de las minorías étnicas, sino en un instrumento, derecho fundamental y derecho humano que propicia la defensa de otros derechos básicos de la comunidad y de sus miembros como la cultura, creencias, integridad personal, seguridad alimentaria y pervivencia misma, para ello la consulta previa debería convertirse en un derecho efectivo de protección material y no un derecho de protección meramente formal. Hacer del derecho a la consulta previa un mecanismo o derecho de protección únicamente formal, se constituiría en un instrumento de negación de otros derechos protegidos en la Constitución política de Colombia y en instrumento internacionales como la convención americana de derechos humanos, por ello en este artículo buscando generar un documento que motiva la transformación de este instrumento jurídico de protección formal a convertirse en un instrumento de protección efectiva, de protección material de derechos, en distintos ordenamientos jurídicos.

Palabras clave: derecho fundamental, étnico, consulta previa, territorio, garantía, medio ambiente, cosmogonía

* Candidato a Doctor en Derecho y Magister en Derecho Procesal Constitucional de la UNLZ – Argentina; Especialista en Derechos Procesal Contemporáneo, Magister en Derechos Procesal Contemporáneo de la U. Medellín; Esp. Derecho Procesal Penal – UCC de Colombia; Esp. Derecho Contencioso Administrativo – U. Externado de Colombia; Magister en Derechos Humanos y Dica, Docente Universitario Universidad Tecnológica del Chocó y Universidad Militar Nueva Granada, Coautor de varias obras colectivas de Derecho Procesal Constitucional; Director del Grupo de Investigación Democracia, Constitución e Instituciones Jurídico Procesales, reconocido por Colciencias con código COL019726920190131183, adscrito al Centro de Investigaciones Socio jurídicas SIJUS de la Universidad Tecnológica del Chocó.

PRIOR CONSULTATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT OF COLLECTIVE OWNERSHIP OF INDIGENOUS PEOPLES, AFROS, RUM AND TRIBALS AND ITS INEFFECTIVITY IN THE PROTECTION OF PROTECTED TERRITORIES

ABSTRACT

Prior consultation, as fundamental to the collective ownership of ethnic peoples, constitutes an instrument of defense of not only the territory of ethnic minorities, but also an instrument, a fundamental right and a human right that fosters the defense of other basic rights of the community and its members such as culture, beliefs, personal integrity, food security and survival itself, for this, prior consultation should become an effective right of material protection and not a merely formal right of protection. Making the right to prior consultation a mechanism or only formal right of protection would constitute an instrument for the denial of other rights protected in the Colombian police constitution and in international instruments such as the American Convention on Human Rights, therefore in this article seeking to generate a document that motivates the transformation of this legal instrument of formal protection to become an instrument of effective protection, of material protection of rights, in different legal systems.

Keywords: fundamental right, ethnic, prior consultation, territory, guarantee, environment, cosmogony

1. GENERALIDADES

1.1. ANTECEDENTES DE LA CONSULTA PREVIA

La consulta previa es un derecho fundamental de titularidad colectiva que poseen las comunidades étnicas, que les permite intervenir cada vez que se vaya a tomar una decisión que pueda afectarles directamente o cuando se pretenda realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios¹ que puedan afectarles directa o indirectamente. Mediante este mecanismo, se busca llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, además de hacer efectivo el deber de proteger la integridad cultural, social y económica² del estado y garantizar el derecho a la participación de

1 Según el Convenio núm. 169 de la OIT, el Estado colombiano tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos apropiados y en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Dichas consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medias propuestas.

2 En Colombia, la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se debe efectuar sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (párrafo del artículo 330 de la Constitución Política de Colombia).

estas colectividades (Rodríguez, La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y las Comunidades Afrodescendientes en Colombia, 2010). En este orden de ideas, la consulta y la participación de los pueblos indígenas y tribales, son primordiales para definir la política y la forma como deberá darse aplicación al Convenio núm. 169 de la OIT.

Para Lopera y Dover (2013), La Consulta Previa es un derecho de participación reservado a los grupos étnicos direccionada a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico, por parte de los miembros de la comunidad (Dover, 2013).

Según Gloria Amparo Rodríguez (2010):

“La consulta previa es el 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 37 dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación”. (Rodríguez, La Consulta Previa con Pueblos Indígenas y Comunidades Afrodescendientes en Colombia, 2010)

Para la Corte Constitucional, la consulta previa es un derecho fundamental, e instrumento básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social³ (Sentencia SU - 383 de 2003), posteriormente la Honorable Corte Constitucional Colombiana, reitero que la consulta previa parte del principio que Colombia es un estado social y democrático de derecho, teniendo como bases el respeto y protección de su carácter pluriétnico y pluricultural, por lo que esta resulta ser un derecho fundamental obligatorio de las comunidades indígenas y Afrodescendientes a ser consultado frente a decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarles y que pongan en riesgo su cultura, sus usos y costumbres ancestrales (Corte Constitucional, T - 175 de 2009).

Para la corte Constitucional en sentencia T – 660 de 2015, siendo magistrado Ponente el Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, al resolver un asunto sobre esta temática en relación con la fundamentabilidad del derecho a la consulta previa dijo:

“[...] El carácter fundamental de la consulta previa es consecuencia de su vinculación con la defensa de la integridad cultural de dichas comunidades, así como de las

3 Sentencia SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, la Corte tuteló transitoriamente los derechos de participación, integridad étnica, cultural, social y económica y debido proceso del pueblo indígena U'WA, ordenando que éste sea consultado antes de proferir una resolución de exploración en su territorio. En igual sentido, entre otras, T-652 de 1998 —notas 92 y 160-.

condiciones que permiten su supervivencia como pueblos diferenciados. La consulta previa constituye una garantía específica de las exigencias de equidad distributiva y participación, -propias de la justicia ambiental, en relación con los grupos étnicos- siendo un concepto que toma como punto de partida el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, donde se establece la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas previa la explotación de recursos naturales en sus territorios. (Colombiana, Corte Constitucional, 2015, Sentencia de Tutela 660 con Ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt)

1.2. Características

Podemos citar como principales características de la consulta previa las siguientes:

- a. **Es un Derecho Fundamental:** Cuyo objeto es la protección de los derechos étnicos de las comunidades indígenas, negras, raizales, palenqueras y afros se constituye en un derecho fundamental del grupo o comunidad, cuya titularidad es colectiva y el objeto la protección es la comunidad en su cultura, usos y costumbres.
- b. **Es una Obligación del Estado:** La constitución Política ordena al Estado velar y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación de la cual hacen parte los grupos étnicos que la conforman, garantizando el amparo efectivo de sus derechos a la autonomía, identidad étnica y cultural, al territorio, entendiéndose este no como la porción de tierra donde tienen asentadas sus viviendas y parcelas, sino como el entorno en el cual han vivido y se han desarrollado ancestralmente y han llevado a cabo sus prácticas de supervivencia y armonía con el medio ambiente, de igual manera sus derechos a la participación y el desarrollo propio.
- c. **Es un Derecho y Deber de los Grupos Étnicos:** Además de ser un derecho fundamental como se señaló arriba, la consulta previa trae consigo deberes para los grupos étnicos y sus instancias representativas para la protección de estos derechos étnicos consagrados y reconocidos por la jurisprudencia nacional, constituyéndose en una herramienta más que les permita garantizar su pervivencia.
- d. **Es un Proceso:** La consulta previa deberá entenderse como un procedimiento donde se tiene como objeto lograr de forma concertada un acuerdo frente a la realización de actividades, obras o proyectos que afecten los derechos étnicos de estas comunidades de cara a las distintas visiones de desarrollo de las partes, mas no, como un mero trámite donde se omite la participación real y efectiva de los grupos étnicos, con el propósito exclusivo de sacar adelante la ejecución de la obra, proyecto o actividad.

2. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS.

La tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos para nosotros no debe verse solo como la posibilidad que tiene los coasociados de acuerdo ante el aparato judicial para el amparo de sus derechos, sino que dichos derechos sean efectivamente protegidos, de tal manera que las medidas adoptadas por el administrador de justicia, protejan en realidad el derecho que se considera violado o amenazado.

Para la corte Constitucional Colombiana en sentencia C – 086 de 2016:

La tutela judicial efectiva ha sido considerada “*expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado*” y “*pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho*”. Encuentra sustento no solo en el texto de la Carta Política sino en los instrumentos que se integran a ella a través del bloque de constitucionalidad. Su vínculo con el Preámbulo es de primer orden al estar “*directamente relacionada con la justicia como valor fundamental de la Constitución*”. Apunta al cumplimiento de los fines esenciales del Estado (arts. 1 y 2 CP), entre ellos garantizar la efectividad de los derechos, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas. Además, su consagración expresa como derecho de toda persona refuerza la valía que quiso darle el Constituyente de 1991 en el ordenamiento jurídico (art. 229 CP).

En palabras de este Tribunal, el derecho –fundamental- a la tutela judicial efectiva “*se traduce en la posibilidad, reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes*”.

El concepto de “*efectividad*” que acompaña este derecho supone que el acceso a la justicia no se circunscribe a la existencia de mecanismos nominales para poner en marcha la administración de justicia, sino que exige un esfuerzo institucional para restablecer el orden jurídico y garantizar la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 CP). (Corte Constitucional; Sentencia C - 086 de 2016)

Visto el desarrollo de la corte Constitucional, sobre la tutela judicial efectiva esta no se

circunscribe solo al acceso a la justicia, por el contrario esta hace un llamado a los administradores de justicia y al funcionario ejecutivo, la garantía de sus derechos de manera completa, esto es, que no solo se agote el procedimiento para acceder al derecho, sino además se garantice y materialice el derecho.

Para Rocío Araujo (2011), el derecho a la tutela judicial efectiva, además de recoger las garantías que imponen la plenitud de las garantías procesales y que tienden a proteger al ciudadano frente al trámite procesal de la causa, que se resumen en el derecho de acceso a la justicia, en el debido proceso y en el derecho a la defensa, a más de estos derechos, constituye un mandato constitucional dirigido a todos los órganos del Estado, sean estos administrativos o judiciales, para que en el seno de sus actuaciones protejan de manera efectiva los derechos de los individuos, ante el reclamo o pedido de protección ante una violación o amenaza (Araujo, 2011).

Teniendo claro el concepto de tutela judicial efectiva, relacionado específicamente con la labor de los jueces en la protección del derecho, consideramos que la protección efectiva de los derechos debe ir más allá del proceso y el órgano jurisdiccional, debe ser un imperativo de la labor diaria de quienes ejercen función pública, esto es, si la consulta previa tiene como fin último proteger los derechos bioculturales de las comunidades étnicas a poder participar y decidir sobre las acciones, decisiones, obras o actividades que tengan incidencia en su territorio, el concepto de estos derivado de la consulta debiera tener efecto vinculante, lo que resultaría una protección efectiva a sus derechos.

Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter de Fundamental otorgado al Derecho de Consultar con las minorías étnicas las medidas administrativas o legislativas que puedan afectar sus derechos colectivos y el hecho de que, aún Ius Fundamental, la consulta previa no conlleva consigo per se, la posibilidad de vetar o imposibilitar la realización de proyectos, obras o actividades, en caso de no lograrse un acuerdo entre las partes, pues en dicho caso se aplica el test de proporcionalidad, que estará en cabeza del Ministerio del Interior, quien resulta ser el encargado de hacer un análisis sobre la necesidad de la obra o proyecto y que corresponda a intereses del gobierno, por lo que la negativa de la comunidad no se constituye en un impedimento para su ejecución, lo que haría de este un derecho de protección formal y no material, y decimos que de protección formal, por cuanto no es posible que la negativa de la comunidad paralice, imposibilite la intervención en su territorio, si hecho el test de proporcionalidad la intervención a realizar resulta ser de interés nacional, dicho de mejor manera es política del estado con base en su programa de gobierno y plan de desarrollo.

La anterior afirmación en razón de que la misma organización Internacional del Trabajo,

preciso que el derecho a la consulta previa no constituye un derecho al veto, lo que indica la OIT en el artículo 7 es que los gobiernos realicen consulta a las comunidades étnicas que conlleven a que estos tomen parte en las decisiones que se adopten y afecten su territorio, afirmación esta acogida por nuestra corte constitucional en sentencia T – 661 de 2015.

No permitir que en el proceso de consulta previa las comunidades étnicas puedan vetar la realización de algún tipo de intervención en su territorio, hace de este derecho fundamental, un derecho meramente formal y no una consagración para la protección material de los derechos étnicos de las minorías residentes en un país; la consagración del derecho fundamental de la consulta previa, tal y como está regulada en la actualidad es una protección al derecho de información y no un derecho a la protección de los derechos ancestrales del grupo social.

Dice Claudia Jimena Abello (2012), que dichas limitaciones tienden a tornar en etéreo y poco eficaz este Derecho y Garantía Constitucional, que bien aplicado y ejercido, podría constituirse como pilar fundamental para la continuidad y conservación de las C.N.A.R.P. y sus integrantes (Abello, 2012).

Tal y como lo indica Carlos Eduardo Salinas (2011):

“es importante distinguir la consulta previa, libre e informada del consentimiento previo, libre e informado; la primera institución fue establecida mediante el Convenio 169 de la OIT, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, mientras que la segunda institución surge de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el marco de la 61.ª sesión de la Asamblea de las Naciones Unidas.

El consentimiento previo, libre e informado en el Convenio 169 es restrictivo y excepcional (sólo cuando se necesite reubicar a la comunidad), y sin este consentimiento no es posible, aún así ello no constituye un veto, por lo que nos permitimos transcribir el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT” (Salinas, 2011)

El veto como respuesta a la consulta que se le realice a una comunidad étnica y que este tenga efectos en la no realización de la actividad u obra a ejecutar, constituiría en una verdadera materialización de la protección de los derechos étnicos, por cuanto el derecho étnico procura proteger de las comunidades su cultura, costumbres, creencias, medio ambiente sano, entendido este como derecho humano de carácter fundamental (Vivas, 2018) y su territorio; tener la consulta previa como un derecho formal, en el cual la obligación del estado esta simplemente en consultar y el producto de la consulta en caso de ser negativa no acatarlo, por las razones que se quieran

esgrimir hacen de la consulta previa un derecho y procedimiento engañoso en relación con la realización y protección material de los derechos antes descritos.

2.1. LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

Como lo indica Francisco J. Bastidas, en la Obra la Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978:

“La eficacia de los derechos fundamentales, como la de cualquier otra norma constitucional, sólo puede ser medida en términos jurídicos a partir de la aptitud de su contenido normativo para la consecución de su objeto, la garantía de un determinado ámbito de libertad personal” (Francisco J. Bastidas, 2004).

Para José Juan Anzures Gurría (2010), los derechos fundamentales desde la perspectiva objetiva, son valores reconocidos por toda la sociedad y que sirven de base, para legítima la existencia del estado, correspondiéndole al estado como organización política dar efectividad al contenido del derecho, de tal manera que no se convierta en una consagración meramente formal, sino en un amparo real de los intereses del individuo y la comunidad. (Anzures, 2010)

¿Qué es un derecho efectivo?, para responder esta pregunta partiremos por dar el significado de efectivo según la Real Academia de la Lengua (RAE):

Efectivo: adj. Real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso o nominal (Española, Real Academia, 2017).

Teniendo en cuenta la anterior definición, es un derecho resulta ser efectivo en la medida en que la consagración contenida en él, se convierte en una protección real y verdadera del bien jurídico o interés jurídicamente protegido, su protección no es quimérica no es simplemente formal o nominal, su protección es real o materialmente se protege el derecho que se pretende salvaguardar.

Dicho lo anterior procedemos a formular la siguiente pregunta: ***¿Es la consulta previa un derecho efectivo?*** Debemos advenir desde ya que para nosotros no resultar ser un derecho efectivo, la consagración y regulación existente hoy de la consulta previa resulta ser un trámite formal, para consultar a las comunidades que piensan sobre algún proyecto o actividad que los afecte en su territorio, creencias y cultura, sin que el concepto o decisión de ellos en el proceso de consulta, condicione la ejecución de dicha actividad, proyecto u obra, si aplicando el ***test de proporcionalidad*** a que nos referimos anteriormente el Estado llega a la conclusión que esta intervención hace parte de las políticas de desarrollo de dicho gobierno, aunque en la aplicación de dicho test de proporcionalidad en relación con el desarrollo de dicha comunidad, se está aplicando

un modelo de desarrollo distinto a la cosmovisión y cosmogonía de los pueblos étnicos, cabe resaltar aquí que en la aplicación de dicho test y que se desconoce la decisión de la comunidad (decisión que se adopta mediante el veto en la consulta) constituye una violación clara del artículo 7 y 8 de la constitución política de 1991, por cuanto no se estaría respetando la diversidad étnica y cultural de la nación que demanda la carta política, ni mucho menos el estado estaría cumpliendo con la obligación traída en el artículo 8 citado de proteger las riquezas culturales de la nación, tal y como esta consagrada la consulta previa no protege materialmente los derechos de las comunidades étnicas, su consagración hacen de este derecho fundamental una protección formal.

La protección que demandan las comunidades étnicas de sus derechos se encamina a se les otorgue a estas la capacidad de decidir sobre la suerte del territorio que ancestralmente han ocupado y conservado; si bien la corte constitucional ha indicado en su jurisprudencia que el derecho a la consulta previa no implica un poder de veto por parte de las comunidades consultadas, se hace necesario que el legislador haga una real protección de los derechos étnicos y darle vida a los principios traídos en la constitución misma, los que claramente tienden como ya lo indicamos a la protección de la diversidad cultural y con ello el pensamiento de los pueblos en su visión de desarrollo, lo que se traduciría en el respeto al derecho de la autodeterminación de los pueblos, son estos quienes pueden decidir su modelo de desarrollo de acuerdo a su cosmovisión; lo anterior demanda de una regulación mucho más estricta de la consulta previa, donde el no consentimiento de la comunidad se traduzca en un veto a las medidas legislativas o administrativas a aplicar, ello si constituiría una verdadera protección del derecho a la etnicidad, derecho a la etnicidad que contempla varios derechos entre ellos el derecho al territorio, a la cultura, a sus prácticas tradicionales, a la autodeterminación, uso y goce del medio ambiente etc.

La efectividad de los derechos es un imperativo de los estados, por tal razón el convenio N° 169 de la OIT, en su Artículo 2 indica:

*“1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan **la plena efectividad** de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”*

“Artículo 7 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte

a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

Se desprende del articulado antes citado del convenio 169 de la OIT, que los estados miembros del convenio deberán buscar la efectividad plena de los derechos de las comunidades étnicas, otorgándosele a las comunidades el derecho de decidir su propio modelo de desarrollo de tal manera que no afecte su vida, creencias, instituciones ancestrales, territorio y bienestar general de la comunidad.

2.2. FUNDAMENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

El derecho a la consulta previa tiene un fundamento jurídico en normas de carácter nacional, como en instrumento internacionales, los que hacen de la consulta previa un derecho no solo fundamental, sino un derecho humano, al que los estados tienen el deber de respetar y que relacionamos así:

a. Instrumentos Nacionales.

- ✓ **Constitución Política de Colombia de 1991**, en nuestra carta encontramos varios artículos que se refieren al derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas, en pro de defender el derecho a su cosmogonía, como se indica a continuación:

Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Parágrafo Artículo 330. 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.

- ✓ **Ley 21 de 1991 del 4 de marzo de 1991.** Con la promulgación de esta ley, el Estado colombiano ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptado por la 76a. Reunión de la Conferencia General de la OIT, en Ginebra, 1989.
- ✓ **Ley 70 de 1993.** Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Es así como se encuentra que, en el Capítulo I, donde se establece el objeto y definiciones, en su artículo 1, se tiene que:

Artículo 1. La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

- ✓ **Ley 99 de 1993.** por la cual se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.

Artículo 76. De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

- ✓ **Ley 165 de 1994.** Por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre la Diversidad Biológica”, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.

Artículo 8. Conservación in situ. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: (...)j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos

conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

- ✓ **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.

Artículo 2do. determinación de territorio. La consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, 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, de conformidad con lo establecido en el siguiente artículo.

- ✓ **Decreto 2820 de 2010.** Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Aquí se encuentra que, frente a nuestro objeto de estudio, en el Artículo 15, se presenta un mandato directo en lo referente a la participación de las comunidades en lo correspondiente a la intervención por parte del Estado o de particulares en sus territorios, en el artículo 15 así:

Artículo 15. Participación de las comunidades. Se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el Estudio de Impacto Ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso.

En los casos en que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

- ✓ **Ley 1437 de 2011,** Artículo 46 (CPACA). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En el Capítulo II, trata de los Mecanismos de consulta previa, que el Artículo 46 dice:

Artículo 46. Consulta obligatoria. Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa,

dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.

- ✓ **Directiva Presidencial 001 del 26 de marzo de 2010.** La cual establece como asunto primordial la garantía del Derecho Fundamental a la Consulta Previa de los Grupos Étnicos Nacionales, encontramos que en el numeral 4, literal a), establece las fases que debe cumplir así: a) Preconsulta⁴, b) Apertura del proceso, c) Talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo, d) Pre-Acuerdos, e) Reunión de Protocolización, f) Sistematización y seguimiento al cumplimiento de acuerdos, g) Cierre del proceso de Consulta Previa. Estas fases se entenderán como un protocolo sugerido por el Grupo de Consulta Previa, y su aplicación estará supeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado.

- ✓ **Directiva Presidencial 010 del 7 de noviembre de 2013.** Donde en su asunto principal establece una guía para la realización de consulta previa. En resumen, tenemos que esta directiva desarrolla el proceso de Consulta Previa el que indica que está integrado por: a) certificación, b) coordinación y preparación, c) pre consulta, d) Consulta previa, e) Seguimiento de acuerdos.

b. Instrumentos Internacionales.

Dentro de estos podemos destacar los siguientes:

- ✓ **Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Pueblos Indígenas de 2007.**
En esta declaración en su artículo 5° se indicó que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 34. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

⁴ Fase de Preconsulta definida por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia 461 de 2008

✓ ***Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.:***

Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

- ✓ ***Convenio 107 de 1957 de la OIT.*** Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes (Entrada en vigor: 02 junio 1959). Consagra de manera general, algunos derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios que habían habitado tradicionalmente, pero en ningún momento tocaba el tema de la consulta a las comunidades como mecanismo de protección de esos derechos. Este convenio fue ampliamente criticado por la comunidad internacional por tender hacia la integración a la modernidad de los pueblos indígenas, debido a que se refería a ellos como “*poblaciones*”.

Frente al Convenio 107 de 1957 de la OIT, se hace necesario aclarar que no fue ratificado por Colombia.

- ✓ ***Convención Americana de Derechos Humanos:*** Esta en su artículo 1 estableció que “*los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”

Y en el artículo 21 que trata del derecho a la propiedad privada, en el inciso 1º indica:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

3. Desarrollo de la Consulta Previa en la Jurisprudencia de la Corte idh.

- ✓ ***Caso pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador:*** Sentencia de 27 de junio de 2012, los hechos del presente caso tuvieron ocurrencia en la región de la provincia de Pastaza, donde habita el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. Esta población, subsiste de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección de productos agrícolas; un

contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región Amazónica, El Pueblo Sarayaku no fue informado de los términos de la negociación que sostenía el Estado con la empresa CGC ni de las condiciones en las que se celebró el Acta.

Para la Corte idh,

“(…) no se efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku antes de emprender o de autorizar el programa de prospección o explotación de recursos que existirían en su territorio. En definitiva, el Pueblo Sarayaku no fue consultado por el Estado antes de que se realizaran actividades propias de exploración petrolera, se sembraran explosivos o se afectarían sitios de especial valor cultural(…).

“(…)La Corte estableció que el reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática; además la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”.

“(…)Para la corte al desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podrían estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros. Puesto que el goce y ejercicio efectivos del derecho a la propiedad comunal sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio, los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas” (Corte idh, 2012).

- ✓ **Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay:** Sentencia de 17 de junio de 2005 a finales del siglo XIX grandes extensiones de tierra del Chaco paraguayo fueron vendidas. En esa misma época y como consecuencia de la adquisición de estas tierras por parte de empresarios británicos, comenzaron a instalarse varias misiones de la iglesia anglicana en la zona. Asimismo, se levantaron algunas estancias ganaderas de la zona. Los indígenas que habitaban estas tierras fueron empleados en dichas estancias.

Este Tribunal ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras.

Para la Corte idh, (...)la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural(...). En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “*aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor*” (Corte Idh, 2005).

Por ultimo indica la corte que al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

- ✓ **Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni Vs. Nicaragua:** el Estado otorgó una concesión por 30 años para el manejo y aprovechamiento forestal de 62 mil hectáreas aproximadamente a la empresa SOLCARSA, sin que la Comunidad hubiese sido

consultada al respecto. La Comunidad solicitó a diversos organismos estatales no avanzar con el otorgamiento de la concesión y a la vez delimitar su territorio

En esta decisión la corte idh precisa que no es necesario la existencia de un título de propiedad para que el Estado proteja el territorio donde estén asentada la población indígena, que la sola posesión de estos con base en su derecho consuetudinario les otorga el derecho al uso, goce y protección por parte del estado, a quien le corresponde el deber de delimitar e identificar los territorios de propiedad de la comunidad y el uso y goce libre de los bienes que se encuentren dentro de dicho territorio (Corte Idh, 2001).

CONCLUSIONES

La consulta previa es un derecho fundamental de titularidad colectiva que poseen las comunidades étnicas, cada vez que se vaya a tomar una decisión que pueda afectarles directamente o cuando se pretenda realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios que puedan afectarles directa o indirectamente. Mediante este mecanismo se busca llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, además de hacer efectivo el deber de proteger la integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación de estas colectividades (Rodríguez, La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y las Comunidades Afrodescendientes en Colombia, 2010)

La consulta previa como derecho fundamental y a la vez un derecho humano de las comunidades étnicas, tiene por finalidad la protección del territorio donde se asientan estos en sus usos, creencias, cultura y costumbres acorde a su cosmovisión.

La consulta previa como derecho fundamental, resulta ser un derecho inefectivo, en razón a que la negativa o el veto de la comunidad frente a una decisión administrativa, obra o inversión no imposibilita su realización, en la medida que dicha intervención sea parte de una política de estado en materia de desarrollo o económica, en estos casos la consulta previa es solo un procedimiento y con un contenido de protección formal mas no material; lo anterior excepto de los tres casos de que trata la convención 169 de la OIT y desarrollados por la Jurisprudencia de la Corte Idh a saber: A) Traslados de las tierras que ocupan y su reubicación. B) Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas. C) Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio; solo en estos casos la falta de consentimiento de la comunidad se constituye en un veto o prohibición en la realización de una actividad que afecte la integridad del grupo.

Para que la consulta previa resulte ser un derecho efectivo y con ello proteger los derechos étnicos de titulación individual como también los de titularidad colectiva como el territorio, se requiere que la consulta previa junto con el resultado de la consulta, se conviertan en una protección real y verdadera del bien jurídico o interés jurídicamente protegido; que se trascienda de lo que existe hoy una protección formal o nominal, y se pase a su protección real o material, en este momento podríamos hablar de la efectividad del derecho a la consulta previa.

La protección que demandan las comunidades étnicas de sus derechos a través de la consulta previa, va dirigida a que se les otorgue la autonomía real de decidir sobre la suerte del territorio que ancestralmente han ocupado y conservado; si bien la corte constitucional ha indicado en su jurisprudencia que el derecho a la consulta previa no implica un poder de veto por parte de las comunidades consultadas, se hace necesario que el legislador haga una real protección de los derechos étnicos y darle vida a los principios traídos en la constitución misma, los que claramente tienden a la protección de la diversidad étnico-cultural y con ello el pensamiento de los pueblos en su visión de desarrollo, lo que se traduciría en el respeto al derecho de la autodeterminación de los pueblos étnicos, siendo estos quienes pueden decidir su modelo de desarrollo de acuerdo a su cosmovisión, que contempla varios derechos entre ellos el derecho al territorio, a la cultura, a sus prácticas tradicionales, a la autodeterminación, uso y goce del medio ambiente.

Hacer de la consulta previa un derecho meramente formal, se constituiría en una negación de los derechos que constitucionalmente y en instrumentos internacionales se le reconocen como reivindicaciones a las comunidades étnicas, la consulta previa debe necesariamente que pasar de ser un procedimiento de chequeo, para dejar registros probatorios de su realización a convertirse en el derecho fundamental efectivo que demanda la jurisprudencia de la corte constitucional, pero adicionándole que la falta de consentimiento de la comunidad imposibilitaría la realización de cualquier tipo de intervención den su territorio, esto último exactamente a nuestro entender haría de la consulta previa un derecho efectivo.

La falta de efectividad de este derecho humano de las comunidades étnicas, conduce a un desconocimiento sistemático de instrumentos internacionales y con ello el bloque de convencionalidad, el que resulta ser de imperioso cumplimiento, para los estados que se acojan a un tratado, pacto o convención que proteja derechos no solo a las personas sino, a la comunidad en general.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abello, C. J. (2012). Consulta Previa en Casos de Minería para Comunidades Indígenas y Tribales. *Trans-Pasando Fronteras*, 111 - 124.
- Anzures, J. J. (2010). La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*(22). Obtenido de: [La%20Consulta%20Previa%20como%20Derecho%20Ineficaz/la%20eficacia%20horizontal%20de%20los%20derechos.pdf](#)
- Araujo, R. M. (Mayo de 2011). Acceso a la Justicia y Tutela Judicial Efectiva. Propuesta para fortalecer la Justicia Administrativa. *Vision de Derecho Comparado. Estudios Socio-Jurídicos*, 247-291. Obtenido de <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1513>
- Cconst. Sentencia T - 129 de 2011.
- Cconst. Sentencia T - 175 de 2009.
- Corte Constitucional. (T - 175 de 2009). Sentencia C - 175 de 2009. Bogotá.
- Corte Constitucional; Sentencia C - 086 de 2016, C - 086 (Corte Constitucional del Colombia).
- Corte Idh. (2001). Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.
- Corte Idh. (2005). Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.
- Corte idh. (2012). Caso pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador.
- Dover, G. P. (2013). Consulta Previa, ciudadanía diferenciadas y Conflicto Socioambiental. *Boletín de Antropología*, 28(45), 76 - 103. Obtenido de <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/boletin/article/view/17771/15338>
- Española, Real Academia. (25 de 09 de 2017). <http://www.rae.es/>. Obtenido de <http://dile.rae.es/?id=bJeLxWG>: <http://www.rae.es/>
- Francisco J. Bastidas, I. V. (2004). Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Tecnos. Obtenido de <https://www.unioviado.es/constitucional/miemb/alaez/pdf/librodf.PDF>
- Rodríguez, G. A. (2010). La Consulta Previa con Pueblos Indígenas y Comunidades Afrodescendientes en Colombia. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. A. (2010). La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y las Comunidades Afrodescendientes en Colombia. Bogotá: Universidad del Rosario.
- 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. *Derecho del Estado*(27). Obtenido de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3019/3055>
- Sanjines, I. B. (2010). Lecciones Aprendidas Sobre Consulta Previa. La Paz, Bolivia:

Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social - CEJIS.

- Sentencia SU - 383 de 2003, 383 (Corte Constitucional).
- Vivas, W. Y. (2018). El Amparo Ambiental a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Idh y la Corte Constitucional de Colombia. En J. Cubides, Cuestiones Dialecticas en Torno a los Derechos Humanos y Paz (págs. 413 - 438). Instituto de Memoria Editora & Proyectos Culturais.

Sentencias Corte Constitucional Colombiana.

- Sentencia SU – 039 de 1997.
- Sentencia SU – 383 de 2003.
- Sentencia T – 778 de 2005.
- Sentencia C – 1194 de 2008
- Sentencia T – 175 de 2009.
- Sentencia T – 129 de 2011.
- Sentencia C – 187 de 2011.
- Sentencia T – 691 de 2012.
- Sentencia C – 214 de 2013.
- Sentencia T – 660 de 2015.
- Sentencia T – 661 de 2015.
- Sentencia C – 086 de 2016.

Leyes, Decretos y Directivas.

- Constitución Política de Colombia de 1991
- Ley 21 de 1991
- Ley 70 de 1993
- Ley 99 de 1993
- Ley 165 de 1994
- Ley 1437 de 2011
- Decreto 1320 de 1998
- Decreto 2820 de 2010.
- Directiva Presidencial N° 001 de 2010.
- Directiva Presidencia N° 010 de 2013.
- Constitución Política Bolivia de 2009
- Ley 222 de 2012 Bolivia.
- Ley 3018 de 2015 Bolivia.
- Ley 29785 de 2011 Peru.

- Convenios y Tratados Internacionales.
- Convenio 169 de la OIT
- Convenio 107 de la OIT.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
- Declaración de las Naciones Unidas Sobre Protección de Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.
- Convención Americana de Derechos Humanos.

Páginas Web.

- www.corteconstitucional.gov.co
- www.cortesuprema.gov.co
- www.presidencia.gov.co
- www.corteidh.or.cr
- www.presidencia.gob.bo
- www.presidencia.gob.pe
- www.mininterior.gov.co
- www.un.org
- www.oas.org