

La necesidad de regular la consulta previa en Colombia mediante una Ley Estatutaria

Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Público para la  
Gestión Administrativa

Mario Ernesto García Martínez

Gloria Amparo Rodríguez

Directora de la Especialización y de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Es abogada con PhD en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; Master en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional. Cuenta con Especializaciones en Derecho Ambiental, Derecho Médico y Sanitario y Negociación, Conciliación y Arbitraje de la Universidad del Rosario

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa

Bogotá D. C.

12/05/2017

## Tabla de contenido

Resumen .....	3
Justificación .....	.5
Objetivos .....	7
Introducción .....	9
I. Antecedentes internacionales a la consulta previa .....	10
II. Concepto de consulta previa .....	12
III. Características de la consulta previa .....	14
IV. Principales normas sobre consulta previa en Colombia .....	26
V. ¿Cuáles son las consecuencias de que no haya regulación? .....	37
VI. La importancia de establecer a través de una Ley Estatutaria el procedimiento para el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la consulta previa .....	42
VII. Observaciones al Proyecto de ley estatutaria del Gobierno nacional. ¿Es posible renunciar al ejercicio de un derecho fundamental como la consulta previa, máxime si se trata de una minoría étnica? .....	48
VIII. Propuesta de regulación - Proyecto de Ley Estatutaria de consulta previa.....	68
Conclusiones .....	80
Referencias bibliográficas y de jurisprudencia .....	83

## Resumen

El Estado colombiano asumió un compromiso ante la comunidad internacional y con sus nacionales colombianos, integrantes de las comunidades étnicas<sup>1</sup>, al suscribir el Convenio Núm. 169 de 1989 de la O.I.T., y posteriormente ratificarlo a través de la Ley 21 de 1991, la cual contiene el texto completo del mencionado instrumento internacional.

En el citado convenio, el Gobierno se comprometió a consultar a los pueblos interesados, a través de procedimientos apropiados, al momento de establecer medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Hay que mencionar además que la Corte Constitucional<sup>2</sup> elevó a derecho fundamental la consulta previa, pero en sus inicios lo hizo referido a la participación de la comunidad en la adopción de las decisiones que llegarían a afectarlos directamente.

Posteriormente, cuando se profundizó el concepto de derecho fundamental en la jurisprudencia constitucional, directamente se estableció que la consulta previa es un derecho

---

<sup>1</sup> Ver sentencia T-007/1995, A. Barrera en la que la Corte Constitucional señaló: La Constitución Política incorporó dentro de las preocupaciones, el reconocimiento y defensa de las minorías étnicas, y de manera muy significativa, reservó en favor de las comunidades indígenas una serie de prerrogativas que garantizan la prevalencia de la integridad cultural, social y económica, su capacidad de autodeterminación administrativa y judicial, la consagración de sus resguardos como propiedad colectiva de carácter inalienable, y, de los territorios indígenas como entidades territoriales al lado de los municipios, los distritos y los propios departamentos (C.P. arts. 7, 1671, 246, 286, 329, 330, etc.).

<sup>2</sup> Ver sentencia SU-039/1997, A. Barrera en la que la Corte Constitucional señaló: 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. 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. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

fundamental<sup>3</sup> en su total contenido. Lo anterior implica que, al constituirse la consulta previa como un derecho fundamental ya reconocido, el mismo debe estar dotado de un procedimiento claro para garantizar su ejercicio, goce efectivo y defensa, por parte de los pueblos indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueros y rom, con lo cual se protege además, la supervivencia de estos pueblos que hoy está siendo amenazada por diversas actividades que se proponen adelantar en sus territorios.

Es por ello que proponemos un proyecto de ley estatutaria en el que tanto el Convenio No. 169 de la O.I.T., como los fallos de la Corte Constitucional puedan materializarse y garantizarse a través de la protección de los pueblos por parte del Estado y del ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa dotada con un procedimiento definido.

**Palabras claves:** consulta previa, comunidades étnicas, procedimiento claro, derecho fundamental, ley estatutaria.

---

<sup>3</sup> Ver sentencia T-129/2011, J. Palacio en la que la Corte Constitucional afirmó: Si bien la metodología de análisis y la solución de los casos concretos ha variado conforme a las exigencias propias de cada asunto, desde el principio se advierte que la Corte le ha dado el tratamiento a la consulta previa de un derecho fundamental, del cual son titulares los grupos étnicos del país y a su vez hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas. En la jurisprudencia relacionada, la Corte, salvo por razones de inmediatez o ante la circunstancia de encontrar elementos de juicio que permitan dilucidar que la consulta previa sí se efectuó, ha ordenado mayoritariamente ante la gravedad de las problemáticas estudiadas la suspensión de los proyectos u obras que tienen la potencialidad de afectar o que han afectado territorios de comunidades étnicas hasta que no se garantice el derecho a la consulta previa. Del mismo modo, recientemente se ha ordenado la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Además, se han adoptado otras medidas como la indemnización y reparación de las comunidades afectadas cuando el daño ha sido ocasionado o cuando se advierte la potencialidad del mismo.

## Justificación

La consulta previa es el derecho fundamental (CCC, SU-039, 1997) que tienen los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, de participar en la adopción de decisiones que puedan afectarles directamente o cuando se pretenda realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios.<sup>4</sup> 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.

Con el presente trabajo de grado se pretende hacer un aporte desde la academia a un problema que afecta a las comunidades étnicas en relación con la consulta previa, al no ser escuchadas, ni tenidas en cuenta, en la toma de decisiones de proyectos de ley o actos administrativos que los afecten directamente, o cuando se van a adoptar decisiones administrativas como es el caso de proyectos, obras o actividades – POA, del sector público o privado, dentro de sus territorios.

Es por ello que en defensa de sus intereses, las poblaciones vulneradas al no ser consultadas previamente, deben acudir a la presentación de acciones de tutela, en las cuales en muchos casos, como se verá en el presente trabajo, se logra la protección por orden de la Corte Constitucional, con las consecuencias que implica el inicio de un proyecto, sin tener en cuenta a los directamente afectados, quienes se ven impactados directamente en sus usos, costumbre, cultura y en su economía<sup>5</sup>.

Con base en los fallos de la Corte Constitucional, nos dimos a la tarea de construir un proyecto de ley que garantice y regule el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa,

---

<sup>4</sup> 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 medidas propuestas.

<sup>5</sup> Por ejemplo ver el caso de Álamos Norte en la sentencia T- 880 de 2006.

dotándolo de un procedimiento claro para las partes intervinientes. Al tratarse de un tema del mayor interés nacional, porque actualmente los indígenas, los afrodescendientes, los raizales, los palenqueros y los rom no están siendo tenidos en cuenta y su supervivencia, sus vidas, su cultura, sus usos y costumbres están siendo puestas en riesgo, el Gobierno nacional debe reglamentar la consulta previa a través de una ley estatutaria por tratarse de un derecho fundamental.

Por otro lado, es pertinente tener en cuenta que, el país está en una etapa de crecimiento en cuanto a su infraestructura se refiere y el desarrollo de diferentes proyectos (hidrocarburos, mineros, etc.), y que para cada una de las obras de interés nacional se requiere, entre otros, la obtención de la respectiva licencia ambiental y se necesita haber adelantado el respectivo proceso de consulta previa cuando este tipo de actividades se van a desarrollar en territorios étnicos o cuando los afecta directamente.

Es por ello que nuestra propuesta como trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Público para la Gestión Administrativa, es la necesidad de regular a través de una Ley Estatutaria la Consulta Previa en Colombia. En consecuencia, como contribución para la resolución de un problema de orden legal, deseamos llenar el vacío a través de una propuesta que puede convertirse en una ley estatutaria mediante la cual se logrará la protección y la pervivencia de las comunidades étnicas en Colombia.

## Objetivos

### General

Analizar el derecho a la consulta previa y su ejercicio en Colombia, para establecer si es necesario efectuar una reglamentación de este derecho fundamental y garantizar así su ejercicio.

### Específicos

- Analizar los antecedentes del derecho internacional que dieron origen al actual Convenio No. 169 de la O.I.T. y al derecho a la consulta previa
- Profundizar sobre la legislación colombiana en materia de consulta previa.
- Analizar las implicaciones de orden legal, al no existir regulación respecto de la consulta previa.
- Establecer si es pertinente expedir una Ley Estatutaria que garantice el ejercicio efectivo al derecho fundamental a la consulta previa.
- Analizar los proyectos de ley presentados por el Gobierno nacional en materia de consulta previa y presentar nuestra propuesta de proyecto de ley estatutaria.

En el presente trabajo nos permitimos utilizar la metodología de trabajo de la investigación documental, porque como se verá más adelante, se expondrán los argumentos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de algunos tratadistas, que se han dado a la tarea de estudiar a fondo en Colombia, el derecho fundamental a la consulta previa.

Es por ello que se acude al método deductivo<sup>6</sup> por ser el método donde se va de lo general a lo específico. **Este comienza dando paso a los datos en cierta forma válidos, para llegar a una deducción a partir de un razonamiento de forma lógica o suposiciones;** o sea se refiere a un proceso en el cual existen determinadas reglas y procesos en el que gracias a su asistencia, se

---

<sup>6</sup> Véase <http://conceptodefinicion.de/metodo-deductivo/>

llegan a conclusiones finales partiendo de ciertos enunciados o premisas. Desglosando etimológicamente el término método deductivo, se puede decir que la palabra deductivo viene del latín **“deductivos” que quiere decir “obra por razonamiento”**; y el vocablo método también posee raíces latina, específicamente de la voz “methōdus” y este **del griego “μέθοδος” que significa” el camino a seguir” o “los pasos a seguir para realizar una cosa”**<sup>7</sup>.

Ahora bien, en el presente trabajo se realizará un recorrido por los antecedentes internacionales antes de llegar al Convenio Núm. 169 de la OIT, señalando lo más relevante del anterior convenio y la probable causa de su falta de acogida internacionalmente. Seguiremos con el concepto que ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de consulta previa. Nos detendremos un poco en las normas existentes actualmente en materia de consulta y explicaremos porque consideramos que algunas de ellas, violan la Constitución Política. Dedicaremos especial atención al Decreto 1320 de 1998, por su pertinencia, para el presente trabajo.

También abordamos los posibles problemas en caso de que no tengamos una ley estatutaria como la que se propone. Se planteará en el presente trabajo la importancia de una norma que regule el procedimiento para el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa, al que tienen derecho las comunidades étnicas. Asimismo se plantearán unas observaciones al proyecto de ley presentado por el Ministerio del Interior, y por último, se presentará la propuesta de proyecto de ley estatutaria.

7

---

Véase <http://conceptodefinicion.de/metodo-deductivo/>



## Introducción

La consulta previa es el derecho fundamental a la participación de las comunidades étnicas, bien sean indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueros y pueblo Rom (gitano) cuando sus territorios, usos, costumbres, tradiciones, se vean amenazadas por disposiciones de orden legislativo o por decisiones administrativas (licencias ambientales, permisos, autorizaciones o concesiones expedidas a través de actos administrativos), o por cualquier tipo de proyecto (bien sea minero, energético, de hidrocarburos o de infraestructura, entre otros), para que a través de un acuerdo o del consentimiento, se garantice el bienestar de la comunidad impactada positiva o negativamente, directa o indirectamente con el proyecto, obra, actividad o la norma que se pretenda entre en vigor.

El objetivo de la consulta previa es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. Si bien es un derecho fundamental porque así lo ha establecido la Corte Constitucional<sup>8</sup>, la consulta previa hoy no cuenta con una Ley Estatutaria que se encargue de su regulación y de establecer un procedimiento claro y concreto que garantice su ejercicio de forma permanente y adecuada a los estándares que se han establecido, como lo podremos analizar más adelante en este documento.

Por lo anterior, este derecho fundamental reconocido así por la Corte Constitucional en más de ciento veinte sentencias judiciales<sup>9</sup>, debe ser regulado y dotado de unas reglas de juego precisas para las partes que en él intervendrán, especialmente para las comunidades étnicas del país, que son quienes han sufrido el atropello, por no poder ser consultadas previamente, sino es a través de una Acción de Tutela, aunque ya de forma tardía.

---

<sup>8</sup> Ver sentencia SU-039/1997, A. Barrera, esta es la primera sentencia de la Corte Constitucional en la que se estableció inicialmente que el derecho fundamental a la consulta previa, pero ligado al derecho a la participación, así el derecho 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.

<sup>9</sup> A la fecha de la presentación del presente trabajo de grado. Desde la sentencia SU-039/1997, A. Barrera hasta la sentencia SU-133/2017, L. Vargas, son 120 sentencias de la Corte Constitucional respecto del tema de Consulta Previa.

## I. Antecedentes internacionales a la consulta previa

Este derecho responde a unos antecedentes que tienen que ver con la lucha de los pueblos para la garantía de sus derechos. A continuación, presentaremos los antecedentes de carácter internacional a la consulta previa:

- Convenio Núm. 107 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Instrumento amplio sobre el desarrollo, que cubre una variada gama de temas, como los derechos a las tierras; contratación y condiciones laborales; formación profesional, artesanías e industrias rurales; seguridad social y salud; y, educación y medios de comunicación.

Es importante destacar que este convenio fue ratificado inicialmente por 27 países, entre ellos Colombia, pero posteriormente fue denunciado por 10 estados, entre ellos también Colombia, como consecuencia de la entrada en vigor del Convenio Núm. 169 de 1989 de la OIT.

Desde sus inicios, el convenio 107 estaba llamado a ser modificado necesariamente en el futuro, porque su redacción no fue incluyente con las comunidades indígenas, sino todo lo contrario al consagrar “el término *semitribual* comprende los grupos y personas que, **aunque próximos a perder sus características tribuales**, no están aún integrados en la colectividad nacional” (OIT, 1957, artículo 1°. Negrita agregada).

Más adelante señala:

Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países. (OIT, 1957, artículo 2°).

Básicamente, el pensamiento de la comunidad internacional en 1957 estaba enfocado en que la sociedad moderna deslumbraría a las comunidades indígenas y rápidamente abandonarían, sus usos, costumbres, creencias y su cultura. Aunque resulta bastante arriesgado pretender entender hoy en 2017, exactamente lo que se vivía en 1957.

- Decisión 391 de 1996<sup>10</sup> (Comunidad Andina de Naciones), por la cual se establece el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos.
- Resolución 60/147 (Asamblea General de Naciones Unidas). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. (Rodríguez, 2014, p. 271).
- Convenio Núm. 169 de 1989 de la OIT. Instrumento jurídico internacional vinculante que se encuentra abierto para su ratificación y que trata específicamente los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Hasta la fecha ha sido ratificado por 22 países.

Fue necesario que transcurrieran 32 años, para la llegada del Convenio Núm. 169 de 1989 de la OIT, con su revolucionario artículo 6°.

---

<sup>10</sup> Que los Países Miembros son soberanos en el uso y aprovechamiento de sus recursos, principio que ha sido ratificado además por el Convenio sobre Diversidad Biológica suscrito en Río de Janeiro en junio de 1992 y refrendado por los cinco Países Miembros.

Que existe una estrecha interdependencia de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales con los recursos biológicos que debe fortalecerse, en función de la conservación de la diversidad biológica y el desarrollo económico y social de las mismas y de los Países Miembros.

## II. Concepto de consulta previa

El Convenio 169 de la OIT señala:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (...).
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. (1989, Artículo 6°).

La definición de consulta previa ha venido evolucionando con la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, pasando de ser un derecho fundamental tutelado transitoriamente en favor de los pueblos indígenas para ser consultados<sup>11</sup> hasta llegar al reconocimiento de derecho fundamental en su total contenido, como se estableció en la sentencia T – 129 del 3 de marzo de 2011 (Magistrado Ponente, doctor Jorge Iván Palacio Palacio), quien definió la consulta previa como un derecho de naturaleza fundamental y estableció que los procesos de consulta previa de

---

<sup>11</sup> Ver sentencia SU-039/1997, A. Barrera en la que la Corte Constitucional señaló: 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. 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. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

comunidades étnicas, se deberían desarrollar conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como en su implementación.

Gloria Amparo Rodríguez (2014) lo define así:

La consulta previa es el derecho fundamental (CCC, SU-039/97) que tienen los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, 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 directamente. 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. En este orden de ideas, la consulta y la participación de los pueblos indígenas, son primordiales para definir la política y la forma como deberá darse aplicación al Convenio núm. 169 de la OIT.

La consulta previa es el derecho fundamental a la participación de las comunidades étnicas, bien sean indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueras y pueblo Rom (Gitanos) cuando sus territorios, usos, costumbres, tradiciones, se vean amenazadas por disposiciones de orden legislativo (leyes de la República o Decretos), o por reglamentaciones administrativas (licencias ambientales, permisos, autorizaciones o concesiones expedidas a través de actos administrativos), o por cualquier tipo de proyecto industrial, bien sea: minero, energético, de hidrocarburos o de infraestructura, para que a través de un acuerdo o del consentimiento se garantice el bienestar de la comunidad impactada positiva o negativamente, con el proyecto, obra, actividad o la norma que entre en vigor.

### **III. Características de la consulta previa**

César Rodríguez Garavito (2010) señala que este mecanismo constitucional debe contener las siguientes características o parámetros: la buena fe, ser informada, ser culturalmente adecuada, ser un medio para llegar a un acuerdo y tener un carácter previo (pp. 70 – 77).

#### **La consulta de buena fe**

Uno de esos criterios mínimos, el deber de llevar a cabo las consultas de buena fe, está contemplado en el convenio 169 de la OIT. Allí se establece lo siguiente: “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (OIT, 1989, artículo 6°).

Asimismo, en la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, la ONU establece que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas” antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas y de aprobar proyectos que los afecten (ONU, 2007, artículo 19. Véase también artículo 32). El contenido del concepto de ‘buena fe’, tan abstracto en principio, ha sido esclarecido por algunos pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, mediante los cuales se ha desarrollado el contenido del precitado artículo 6° del convenio 169 de la OIT. Al respecto, en su observación individual sobre este convenio en relación con Bolivia, la CEACR reafirma lo siguiente:

Como ya lo estableciera el Consejo de Administración (...) “el concepto de la consulta a las comunidades indígenas (...) comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común. (...)” (CEACR, 2005).

Un comité tripartito de la OIT, en su análisis del cumplimiento de Guatemala del Convenio 169, puso de relieve la importancia de la creación de un clima de confianza con los pueblos indígenas para poder llevar a cabo un diálogo productivo de buena fe (2007, párr.. 53).

Es muy importante resaltar que es extemporánea la consulta previa celebrada con posterioridad al inicio del proyecto, obra o actividad, porque es imperioso, que, en virtud del principio de buena fe, las comunidades étnicas logren la comunicación clara y transparente con los directamente interesados en desarrollar una actividad, que afectará las vidas de los miembros de esa comunidad.

Por su parte, Amparo Rodríguez, en relación a la consulta de buena fe, afirma lo siguiente:

La buena fe en la realización de la consulta previa, significa que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, el cual se genera a partir de la información y la transparencia entre las partes. En este sentido, la Carta Política (artículo 83) señala que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que adelanten.

De igual manera, la Guía de aplicación del Convenio núm. 169 [OIT, 2009] reitera que la consulta previa debe realizarse de buena fe y por medio de procedimientos apropiados, lo cual significa que al llevar a cabo los procesos de consulta, los Estados deben: (a) proporcionar a los pueblos indígenas información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente y, (b) no consultar a cualquiera que declare representar a las comunidades afectadas porque éstas deben emprenderse con las organizaciones instituciones genuinamente representativas que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades. (Rodríguez, 2014, p. 38)

Las características antes mencionadas que describen el principio de buena fe, deberán ser garantizadas por el Gobierno nacional, en cabeza de la Dirección de Consulta Previa y así propiciar un ambiente de entendimiento entre las partes, desde el inicio del proceso de consulta previa.

La Corte Constitucional<sup>12</sup>, acerca del principio de buena fe ha señalado la necesidad de establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe.

La consulta previa se debe llevar a cabo “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias”,<sup>13</sup> para efectos de determinar las implicaciones de los proyectos que se busca adelantar, “a fin de definir la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten, con la flexibilidad que el artículo 34 del Convenio permite”.<sup>14</sup> En efecto, según ha explicado la Corte, las consultas “deberán adelantarse de buena fe, atendiendo las circunstancias, con miras a un concertación”.<sup>15</sup> En idéntico sentido, el artículo 6° del Convenio 169 dispone que la consulta a que los pueblos indígenas y tribales de los países miembros tienen derecho debe formularse “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas, acerca de las medidas propuestas”.

La realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados. De allí que se deba proveer información precisa, completa y significativa a los pueblos afectados sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios, y que el objetivo fundamental del proceso participativo sea llegar a un acuerdo

---

<sup>12</sup> Sentencia T-547/2010, M.P. Gabriel Mendoza Martelo.

<sup>13</sup> Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>14</sup> Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>15</sup> Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.



con tales pueblos, para proceder con el proyecto con respeto por sus derechos colectivos fundamentales. En sentencia, señala la Corte constitucional:

Siguiendo los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, entonces, las consultas que se ordenan no podrán tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que [los pueblos afectados] sean informados del contenido del Programa que se adelantará en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento, sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales. (...) Y que también conozcan las medidas actualmente en ejecución, con todas sus implicaciones, con miras a que estos pueblos consientan en la delimitación y continuación del Programa, y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativas<sup>16</sup>.

### **La consulta informada**

Gloria Amparo Rodríguez afirma que la consulta previa debe ser informada:

Los derechos a la consulta y a la participación se encuentran relacionados con el derecho a la información. En este sentido, partimos de la base que todo proceso de participación debe fundamentarse en la información. A través de la consulta se le otorga a las comunidades elementos para la toma de decisiones de manera consciente y por ello es fundamental que dicha información sea clara, veraz y, sobre todo, oportuna. Para poder garantizar las condiciones de diálogo y análisis, los pueblos indígenas tienen el derecho a ser informados y a participar desde el inicio del proyecto. (Rodríguez, 2014, p. 40)

---

<sup>16</sup> Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

De acuerdo con la jurisprudencia<sup>17</sup>, es necesario consultar a las comunidades indígenas y garantizar su participación efectiva, libre e informada, cuando se establece que la medida legislativa o administrativa genera un impacto sobre su “autonomía, diversidad e idiosincrasia”<sup>18</sup>, en los siguientes casos:

- En los eventos señalados expresamente en la Constitución en los artículos 329 y 330, es decir, cuando se van a crear entidades territoriales indígenas y, la adopción de decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales que se encuentren en los territorios indígenas<sup>19</sup>.
- A partir de la sentencia SU-383 de 2003 esta Corte ha sostenido que debe agotarse el procedimiento de la consulta previa cuando existe una afectación directa de otros aspectos inherentes a la subsistencia de la comunidad indígena como grupo reconocible.

En este punto es necesario señalar que de no adelantarse el proceso de consulta previa, libre e informada al que tiene derecho la población étnica que será impactada directamente con el proyecto, obra o actividad – POA, por no contar con la información del mismo, se verá amenazada en su supervivencia como grupo diferenciado.

Es necesario recalcar que es muy importante no solo ejercer la consulta previa, sino mantener una comunicación constante, inclusive de forma posterior a la consulta, esto es, durante el desarrollo y ejecución del proyecto, obra o actividad – POA.

---

<sup>17</sup> Sentencia T-005/2016. MP: J. Palacio.

<sup>18</sup> La sentencia T-857 de 2014 reiteró lo dicho en la T-698 de 2011.

<sup>19</sup> Según la sentencia T-857 de 2014, el concepto de *territorio* de las comunidades étnicas “no solamente se refiere a las áreas ‘tituladas, habitadas y explotadas por la comunidad’, sino también en las que tradicionalmente se desarrolla la vida social de la misma. En ese sentido, para efectos de establecer el derecho a la consulta previa, no basta con examinar de manera exclusiva que el grupo étnico tenga un asentamiento permanente en determinada ubicación geográfica, sino que el lugar resulte tener una verdadera vinculación con el desarrollo de actividades propias de su cosmovisión y de su identidad cultural”.

### **Una consulta culturalmente adecuada**

Otro factor central para la realización de una consulta efectiva, que no se limita a la mera provisión de información, es el desarrollo de procedimientos de consulta que sean culturalmente adecuados. Si bien el Convenio 169 de la OIT (1989, artículo 6º) y la declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas (ONU, 2007, artículo 30) simplemente ordenan que la consulta se haga mediante “procedimientos apropiados”, la importancia de respetar las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas en el desarrollo de las consultas ha sido reconocida y desarrollada por la CEACR en sus observaciones individuales a Colombia en 2003 y a México en 2004.

En su primera observación sobre el Convenio 169 en relación con Colombia, la CEACR afirmó que para que realmente la consulta permita la participación, debe adaptarse a los modelos culturales y sociales de los pueblos (OIT-CEARC, 2003, párr. 3). En el caso de México, la CEACR recomendó al Estado que determinara “un mecanismo de consulta adecuado, teniendo en cuenta al determinarlo los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas” OIT-CEARC, 2004, párr. 3).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también ha sostenido que los procedimientos de consulta deben ser culturalmente apropiados y según las “costumbres y tradiciones” de las comunidades consultadas (CIDH, 2007, párr. 133 y 134). Asimismo, las consultas deben “tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo (...) para la toma de decisiones” (párr. 133). Si bien los pronunciamientos de derecho internacional no han establecido tiempos fijos en los que se debe realizar la consulta, la cuestión temporal ha sido vinculada al respeto por las costumbres y formas de tomar decisiones de los pueblos indígenas. La CEACR afirmó en una observación individual:

Una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y puedan participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales (...). (OIT-CEACR, 2003, párr. 3)

En su análisis de la realización de una consulta del pueblo U'wa por el Estado de Colombia, esta comisión afirmó que, dada la desconfianza entre el pueblo y el Estado, la consulta no se agotaba en una reunión (OIT-CEACR, 2007, párr.8). Igualmente, un comité tripartito de la OIT encontró que la provisión de los tiempos necesarios para la toma de decisiones de una manera cultural y socialmente adecuada era un requisito fundamental de la consulta (OIT, 2001.párr. 79).

Por su parte, el informe del Foro Permanente sobre metodologías de consulta interpreta el término *previo* de tal manera que, para que una consulta sea previa, debe realizarse respetando los requisitos de tiempo que tengan los procesos comunitarios de consulta” (Foro Permanente, 2005, párr.. 46).

Esta característica es importante, si se tiene en cuenta los diversos grupos étnicos existentes en Colombia, cada uno con sus usos, costumbre, creencias y cultura determinados. Es por ello que no es posible adelantar un procedimiento de consulta previa sin tener en cuenta la cultura de la comunidad con la que se adelantará la consulta previa, así como sus usos y sus costumbres.

### **La consulta como medio para llegar a un acuerdo**

Señala la Corte Constitucional en la sentencia T-547 de 2010 que la necesidad de realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego, y de someter los derechos e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente legítimas.

La finalidad principal del proceso de consulta previa, cual es la de lograr un acuerdo con los grupos étnicos afectados (OIT, 1989, artículo 6°),

Exige que los pueblos consultados conozcan todos los aspectos de la propuesta y sus implicaciones, y que a su vez puedan recibirla, analizarla, difundirla, discutirla y responderla utilizando canales apropiados de persuasión, con miras a que sus intereses, prevenciones y recomendaciones sean considerados y valorados por sus interlocutores.<sup>20</sup>

Al realizar la ponderación entre los intereses enfrentados en un caso concreto, y con miras a dar adecuada protección al interés en preservar la diversidad étnica de la nación, deberá tenerse en cuenta que, según lo ha explicado la jurisprudencia constitucional,

Sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.<sup>21</sup>

Los deberes básicos de las autoridades que llevan a cabo la consulta previa son los de ponderar y explorar los siguientes cuatro elementos:

i) la posición y las propuestas que éstos ostentan y formulen, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, iii) la

---

<sup>20</sup> Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>21</sup> Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y  
iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano.<sup>22</sup>

Por otro lado, Gloria Amparo Rodríguez advierte lo siguiente al respecto de la consulta como medio para llegar a un acuerdo:

La pregunta entonces es: ¿qué pasa cuando el pueblo indígena dice que no a un proyecto? En este sentido, la Corte Constitucional (SU-039/07) estableció que cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, ésta debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena (2014, p. 47).

### **El carácter previo de la consulta**

Al referirse al carácter previo de la consulta, la Corte Constitucional<sup>23</sup> señala que la manera en la que se realice cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: “el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”.<sup>24</sup> Ello, en la medida en que así lo exigen la flexibilidad establecida en el Convenio 169 de la OIT y la diversidad propia de estos procesos:

---

<sup>22</sup> Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

<sup>23</sup> Sentencia T-547 de 2010, G, Mendoza.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado<sup>25</sup>.

A este respecto se debe tener en cuenta que una reglamentación jurídica rígida del procedimiento de consulta previa puede resultar inconstitucional en casos concretos, cuando de su aplicación se puedan derivar consecuencias contrarias a los mandatos plasmados en la Constitución y en las normas internacionales aplicables.<sup>26</sup> Las obligaciones internacionales consagradas en el Convenio 169 de la OIT otorgan al Estado colombiano un amplio margen de flexibilidad para determinar la manera en que se habrá de realizar la consulta previa. Sin embargo, es claro que las regulaciones procedimentales no pueden contrariar el contenido

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

<sup>26</sup> De esta manera, en la sentencia T-652 de 1998, la Corte no aplicó la regulación contenida en el decreto 1320 de 1998, por resultar en el caso concreto contraria a la Carta Política – y en su lugar fijó las pautas mínimas que debían seguirse en el proceso de consulta subsiguiente:

“(…) la firma propietaria del proyecto no ha reconocido los reales efectos de la obra sobre los recursos ictiológicos de toda el área de influencia de la hidroeléctrica, ni el largo término y alto costo que requerirá el repoblamiento de los ríos del área con especies nativas (mucho mayores desde que se decidió no remover la mayor parte de la biomasa presente antes de llenar la presa), ni los efectos sobre las condiciones climáticas de las cuencas, ni los impactos previsibles sobre la morbimortalidad en la zona de influencia de la represa. Por estas razones, por las irregularidades que se han presentado en el reconocimiento de las autoridades embera (asunto que considerará esta Sala en aparte posterior), y porque aún no se ha iniciado la concertación del régimen aplicable al área de superposición del Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos, la aplicación del Decreto 1320 de 1998 a este proceso de consulta resultaría a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991; por tanto, se ordenará a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que lo inapliquen, y atiendan en este caso las siguientes pautas: a) debe respetarse el término ya acordado para que los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; b) la negociación de un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta, se adelantará en los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo de revisión; c) este término sólo se podrá prorrogar, a petición del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, la firma propietaria del proyecto, la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría Agraria, hasta por un lapso razonable que en ningún caso podrá superar al doble del establecido en la pauta anterior; d) si en ese tiempo no es posible lograr un acuerdo o concertación sobre todos los temas, «la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros» [SU-039/97].

específico del derecho fundamental a la consulta previa o de los derechos conexos a él, ni ser incompatibles con el logro del objeto esencial de la consulta, como es tratar de llegar de buena fe a un acuerdo basado en el consentimiento libre, pleno e informado, del grupo étnico afectado.<sup>27</sup>

En este sentido, la Corte ha recordado que las normas generales contenidas en las leyes del Congreso que tocan la materia o en los distintos decretos generales expedidos por el Gobierno nacional reglamentando el tema de la consulta previa,<sup>28</sup> constituyen “pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado” cuya compatibilidad con los derechos fundamentales de los pueblos implicados y con el objetivo esencial del proceso de consulta, ha de ser evaluada en cada caso concreto; en términos de la Corte,

Hay que advertir que esos estatutos contienen conceptos tendientes a posibilitar el inicio de la concertación entre las partes a partir de la definición de algunas herramientas estructurales. Para todo caso es necesario señalar que dichas normas no pueden menoscabar

---

<sup>27</sup> En la sentencia C-169 de 2001 la Corte Constitucional explicó que el Convenio 169 “(...)otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1.969, según la cual ‘un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin’ (subrayado agregado). Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias”. Igualmente, en la sentencia T-382 de 2006, la Corte señaló que “conforme al artículo 34 del convenio, existe un margen ‘flexible’ para que el Estado, a través de los órganos competentes, determine los límites dentro de los cuales opera el derecho de consulta previa. (...) el derecho de consulta previa está sujeto a los lineamientos constitucionales y legales que faciliten y precisen la participación de los pueblos indígenas en las decisiones legislativas y administrativas que les afecten. Sin embargo, esta condición tiene como límite irrestricto la vigencia de los derechos fundamentales de las diferentes etnias y, por supuesto, las directrices del convenio que, por hacer parte de bloque de constitucionalidad, tienen prevalencia en el orden interno”.

<sup>28</sup> Estas normas incluyen los Decretos 1397 de 1996 y 1320 de 1998, así como las Leyes 99 de 1993, 160 de 1994, 191 de 1995, 199 de 1995 y 685 de 2001, entre otras.



la diversidad y autonomía de cualquier etnia<sup>29</sup> y por tanto, no constituyen un modelo único de acercamiento con los diferentes pueblos<sup>30</sup>.

Si la consulta previa no se realiza, como su nombre lo indica, en forma anticipada, se desnaturaliza este derecho fundamental, porque no tendría objeto entrar a consultar algo que ya se hizo o que se comenzó a ejecutar, conculcando los derechos de las comunidades que recibirán el impacto, producto de una actividad que desconocen, porque no se les informó con la antelación debida, que las normas tanto internacionales, como nacionales ordenan.

Señala, Gloria Amparo Rodríguez que en el evento de que se realice un proyecto, obra o actividad (POA) o se expida una ley o un acto administrativo que afecte directamente a las comunidades étnicas, sin adelantar el proceso de consulta previa, se genera para el Estado la responsabilidad patrimonial de reparar a las víctimas, por la violación del derecho a ser consultados previamente y por los demás derechos que puedan verse vulnerados con dicha omisión (Rodríguez, 2014).

---

<sup>29</sup> Sobre este asunto, el artículo 5 del Convenio 169 dispone: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: |a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”. Adicionalmente, el artículo 8 prescribe: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

<sup>30</sup> Sentencia T-382 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

#### IV. Principales normas sobre consulta previa en Colombia

A continuación nos ocuparemos de las principales normas que regulan la consulta previa en Colombia y analizaremos otras que, aunque están vigentes, son contrarias a la Constitución Política.

NORMA	CONTENIDO
<b>Convenio núm. 169 de la OIT Ley 21 de 1991</b>	Artículo 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.
<b>Constitución Política de Colombia</b>	Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de las comunidades en las decisiones que pueden afectarlo (Artículo 79). 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 (parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política de Colombia).

El profesor Quinche Ramírez señala que el *bloque de constitucionalidad* es un recurso metodológico que permite la integración del Derecho Internacional, pero sometiendo éste a la norma nacional (citado en Rodríguez, 2013, 6). Para la Corte Constitucional (SU-383/03), el Convenio Núm. 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa, conforman, junto a la Carta Política, el bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la OIT y estipula los derechos laborales de dichos pueblos –artículo 53 CP–; también por lo siguiente:

- En virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el

artículo 330 de la Carta, no puede entenderse como la negación del derecho de estos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 CP–.

- Dado que el convenio citado es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales
- Debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente, es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afectan a los pueblos indígenas y tribales –Declaración y Programa de Acción de Durban– y,
- Debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las comunidades étnicas el derecho a su identidad.

NORMA	CONTENIDO
<b>Ley General Ambiental- Ley 99 de 1993</b>	Art. 76. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, de acuerdo con el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

Teniendo en cuenta lo anterior, no hay duda de la obligación del Estado colombiano en el ámbito internacional y desde el punto de vista del derecho constitucional colombiano, de consultar previamente no solo a las comunidades indígenas, porque con esta ley el concepto de la consulta previa se amplía y ahora incluye a las comunidades negras, lo cual es un avance y muestra de inclusión, pluralismo, diversidad y respeto por el otro, a pesar de las diferencias.

NORMA	CONTENIDO
<b>Decreto 1320 de 1998</b>	Por el cual se reglamenta la Consulta Previa a comunidades indígenas y negras, para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.

Posteriormente, se expide el 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. Con este decreto ocurrió algo *sui generis* y es que en varios fallos (T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006, T-745 de 2010, SU-383 de 2003 y T-693 de 2012) (Álzate, 2014.), la Corte Constitucional sentenció expresamente su inaplicación por ser completamente contrario a la Constitución Política y es algo inusual porque quien conoce del examen de constitucionalidad respecto de un decreto reglamentario es el Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 237 numeral 2 de la Constitución Política. No obstante, para los seis (6) casos mencionados la violación en contra de las comunidades indígenas y negras, fue tan evidente que la Corte Constitucional asumió su posición de garante de éstas comunidades y ordenó su inaplicación por ser contrario a la Constitución Política. Por lo anterior, nuestro criterio es que ésta norma si bien se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico colombiano en estricto sentido, en la práctica es una norma que viola lo ordenado por el Convenio Núm. 169 de la O.I.T. y la Constitución Política, porque no fue consultada previamente con las comunidades étnicas al momento de su expedición.

En relación con el Decreto 1320 de 1998, dice Gloria Amparo Rodríguez:

Otra dificultad que se evidencia tiene que ver con la expedición, sin realizar la consulta previa, de una norma que reglamenta el procedimiento para la misma (decreto 1320 de 1998), la cual termina violando los derechos de las comunidades y el mismo derecho a la consulta y a la participación. Esta norma ha sido cuestionada incluso por la misma Corte

Constitucional en casos como el de la represa de Urrá, donde este Tribunal ordenó a los ministerios del Interior y de Ambiente que no se aplicara porque según el fallo proferido, el mencionado decreto “resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991<sup>31</sup>. (Rodríguez, 2009, p. 59)

NORMA	CONTENIDO
<b>Directiva presidencial No. 01 de 2010</b>	Reseña los mecanismos para la aplicación de la ley 21 de 1991, señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa y establece los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de Consulta Previa.

La directiva presidencial No. 01 del 26 de marzo de 2010 es un acto administrativo *sui generis* cuyo objetivo fue supuestamente garantizar el derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales, pero en su interior se contradice al afirmar “los Grupos Étnicos Nacionales, en ejercicio de este derecho fundamental, no pueden vetar el desarrollo de proyectos” (Presidente de la República, 2010). Entonces, ¿para qué hacer consulta previa? si no es posible presentar las observaciones por posibles impactos negativos del proyecto a un determinado grupo étnico. Adicionalmente, en el proceso formativo de esta directiva presidencial, tampoco se les consultó a los grupos étnicos del país, razón por la cual creemos que el mismo al haber incumplido la consulta previa con los grupos étnicos, es abiertamente contrario a la Constitución Política.

NORMA	CONTENIDO
<b>Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.</b>	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

31

Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<b>Artículo 46.</b>	los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar.
---------------------	---

En este punto es preciso señalar que en el ordenamiento jurídico colombiano, aún no existe ninguna norma que ordene expresamente la realización de una consulta previa con grupos étnicos, para la expedición de un acto administrativo, que impacte directamente a un grupo étnico en Colombia. Es por eso, que es pertinente, a través del presente trabajo de grado, recoger todas estas observaciones e incorporarlas en nuestra propuesta de Ley Estatutaria. Creo que esta norma del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, particularmente se hizo de una forma bien intencionada y con un propósito de contribuir de alguna forma a llenar el vacío legal existente, porque hasta este momento, si bien hemos venido enunciando varias normas, son solo normas que nos dicen que hay que hacer la consulta previa. Nuestra propuesta es establecer un procedimiento claro para las partes que son el Estado colombiano, los grupos étnicos y por último los interesados directamente en el proyecto, obra o actividad a desarrollar, incluyendo actos administrativos o leyes de la república.

<b>NORMA</b>	<b>CONTENIDO</b>
<b>Ley 1444 de 2011 y decreto 2893 de 2011</b>	Sobre las competencias del Ministerio del Interior y de las Direcciones con competencias en materia de consulta previa.
<b>Ley 1448 de 2011</b>	Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones

En esta última ley se dispuso en su artículo 205, la política pública diferencial para la regulación de los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, rom y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, en lo relacionado con

atención, reparación integral y restitución de tierras, de las comunidades mencionadas como víctimas del conflicto, pero incluyendo el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa. Gracias a la ley 1448 de 2011, se expidió por parte del Gobierno nacional, el Decreto Ley No. 4633 del 9 de diciembre de 2011.

NORMA	CONTENIDO
<b>Decreto ley 4633 de 2011</b>	Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas.

El Decreto ley No. 4633 del 9 de diciembre de 2011, “por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”, señala en uno de sus considerandos:

Que de conformidad con el numeral 9 del artículo 12 del decreto 1397 de 1996, la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas concertó una ruta metodológica excepcional y única para la **consulta previa del desarrollo del artículo 205 de la Ley 1448 de 2011**, que consistió en la realización de 25 encuentros departamentales, 4 encuentros macrorregionales y un proceso autónomo, que contó con la participación de autoridades, organizaciones y víctimas de los pueblos indígenas (resaltado agregado).

El Decreto Ley 4633 de 2011 también eleva a rango legal la consulta previa, entendida como un derecho fundamental, pero circunscrito al Plan Integral de Reparación Colectiva, en relación a los proyectos, obras o actividades, así como para los actos administrativos y leyes de la república, que tengan la capacidad de afectar a las comunidades en sus territorios, pero como ya se ha visto a lo largo del presente trabajo, este reconocimiento legal que se reclama, si lo ha

hecho la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>32</sup> en varios pronunciamientos, sin embargo este reclamo es la razón misma del presente trabajo, que propone llenar el vacío legal con una propuesta de Ley Estatutaria incluyente, diferencial, que reconozca y garantice el derecho fundamental a la consulta previa para las comunidades étnicas de nuestro país plenamente identificadas.

NORMA	CONTENIDO
<b>Directiva presidencial No. 10 de 2013</b>	Por medio de la cual se expide un protocolo que busca regular la coordinación interna de las entidades involucradas, a efectos de garantizar la integración de las competencias correspondientes y la distribución eficaz de los recursos, así como la eficiente circulación de la información relevante, la transparencia de los procesos y permitir el seguimiento al cumplimiento de los deberes de las entidades responsables en materia de consulta previa.

La directiva presidencial No. 10 del 7 de noviembre de 2013, es “la guía” para la realización de la consulta previa con comunidades étnicas, pero desafortunadamente al igual que la directiva No. 01 del 26 de marzo de 2010, es un documento que no fue consultado con las comunidades, al momento de su expedición, razón por lo cual, consideramos que viola la Constitución Política colombiana, así como las sentencias de la Corte Constitucional en este sentido.

NORMA	CONTENIDO
<b>Decreto 2613 de 2013</b>	Por medio del cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa <sup>33</sup>

<sup>32</sup> Véase la sentencia C-389 de 2016. Esta explica, en el mismo sentido, que el amplio margen de configuración que la Constitución le reconoció al legislador frente a la regulación de la explotación de los recursos naturales no supone que esta potestad se encuentre desvinculada de otros mandatos constitucionales, como los que protegen la garantía del principio de participación. En esta ocasión, sin embargo, la Corte determinó que el déficit de protección al principio de participación en las disposiciones que regulan el contrato de concesión no podía suplirse por vía de la aplicación directa de la Carta, porque la entrega de los títulos mineros es reglada. En consecuencia, dictó una decisión de exequibilidad condicionada para mitigar este déficit, y exhortó al Congreso a legislar sobre la materia.

<sup>33</sup> Rodríguez (2014) señaló la necesidad de establecer la legalidad de esta norma, toda vez que los mecanismos de participación como la consulta previa deben ser reglamentados mediante una ley estatutaria.



El Decreto No. 2613 del 20 de noviembre de 2013, por el cual se adopta el protocolo de coordinación interinstitucional para la consulta previa. En este decreto realmente lo que se establece es un procedimiento al interior de las entidades del Gobierno nacional que intervienen o participan, en el proceso –aún no reglado -- de la consulta previa, pero no aporta al problema de fondo que se aborda en el presente trabajo de grado que es establecer, desde el punto de vista de una ley estatutaria, un procedimiento claro, garantista, incluyente, pero a la vez diferenciado en su formulación y en su implementación, que responda a las preguntas de ¿cómo se debe hacer la consulta previa?, ¿quién debe hacer la consulta previa?, ¿cuándo se debe hacer la consulta previa?, ¿cuánto tiempo debe durar el procedimiento reglado de la consulta previa? Estas preguntas serán respondidas con toda claridad más adelante y se verán reflejadas sus respuestas en el texto del proyecto de ley estatutaria, que propongo como solución al vacío legal que existe en Colombia en materia del ejercicio efectivo al derecho fundamental a la consulta previa, al que tienen derecho las comunidades étnicas a saber: pueblos indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

NORMA	CONTENIDO
<b>Decreto No. 1076 de 2015</b>	Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible
<b>Artículo 2.2.1.2.7.18. Consulta.</b>	En los casos que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de <b>consulta previa</b> con comunidades indígenas y negras tradicionales y al Decreto 1320 de 1998 o al que lo sustituya o modifique.
<b>Artículo 2.2.2.1.5.5. Consulta previa.</b>	La declaratoria, ampliación o sustracción de áreas protegidas, así como la adopción del plan de manejo respectivo, es una medida administrativa susceptible de afectar directamente a los grupos étnicos reconocidos, por lo cual durante el proceso deberán generarse las instancias de participación de las comunidades. Adicionalmente deberá adelantarse, bajo la coordinación del Ministerio del Interior y con la participación del Ministerio Público, el proceso de <b>consulta previa</b> con las

	comunidades que habitan o utilizan regular o permanentemente el área que se pretende declarar como área protegida.
<b>Artículo 2.2.2.3.3.3. Participación de las comunidades.</b>	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 <b>consulta previa</b> con comunidades indígenas y negras tradicionales, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulen la materia.
<b>Artículo 2.2.2.3.6.2. De la solicitud de licencia ambiental y sus requisitos.</b>	En los casos en que no se requiera pronunciamiento sobre la exigibilidad del Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA) o una vez surtido dicho procedimiento, el interesado en obtener licencia ambiental deberá radicar ante la autoridad ambiental competente, el estudio de impacto ambiental de que trata el artículo 21 del presente decreto y anexar la siguiente documentación: 7. Certificado del Ministerio del Interior sobre presencia o no de comunidades étnicas y de existencia de territorios colectivos en el área del proyecto de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones relacionadas con el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la <b>Consulta Previa</b> .
<b>Artículo 2.2.2.8.2.5. De la consulta previa.</b>	En el caso en el que las actividades de recolección requieran cumplir con la <b>consulta previa</b> a los grupos étnicos, la Institución Nacional de Investigación será la única responsable de adelantarla conforme al trámite legal vigente. El cumplimiento de dicho requisito es obligatorio, previo al inicio de la ejecución de cada proyecto, y deberá ser reportado en los informes de que trata el presente artículo.
<b>Artículo 2.2.2.8.3.2. Solicitud.</b>	Los documentos que deben aportarse para la solicitud del Permiso Individual de Recolección son los siguientes: g) Acta de protocolización de la <b>consulta previa</b> cuando sea necesaria.
<b>Artículo 2.2.3.1.5.1. Parágrafo 5.</b>	Si las determinaciones que se profieran en el proceso de formulación de los Planes de Ordenación y Manejo de Cuencas Hidrográficas inciden de manera directa y específica sobre comunidades étnicas, se deberá realizar de manera integral y completa la <b>consulta previa</b> específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la doctrina constitucional.
<b>Artículo 2.2.3.1.6.7. Parágrafo.</b>	En fase de aprestamiento se deberá desarrollar la preconsulta de la <b>consulta previa</b> a las comunidades étnicas cuando a ello haya lugar, de acuerdo con los procedimientos establecidos

		para tal efecto.
<b>Artículo</b>	<b>2.2.3.1.6.10.</b>	En fase de formulación se deberá desarrollar la <b>consulta previa</b> a las comunidades étnicas cuando a ello haya lugar, de acuerdo con los procedimientos establecidos para tal efecto.
<b>Parágrafo.</b>		
<b>Artículo</b>	<b>2.2.3.1.10.2.</b>	En los Planes de Manejo Ambiental de Microcuencas se deberá adelantar el mecanismo de <b>consulta previa</b> a las comunidades étnicas cuando a ello haya lugar, de acuerdo con los procedimientos establecidos para tal efecto.
<b>Parágrafo.</b>		
<b>Artículo</b>	<b>2.2.3.1.11.1.</b>	En los Planes de Manejo Ambiental de Acuíferos se deberá desarrollar el mecanismo de <b>consulta previa</b> a las comunidades étnicas cuando a ello haya lugar, de acuerdo con los procedimientos establecidos para tal efecto.
<b>Parágrafo.</b>		
<b>Artículo</b>	<b>2.2.4.2.3.5. Parágrafo.</b>	En el evento que las medidas dentro del proceso de formulación de los Pomiuac <sup>34</sup> incidan de manera directa y específica sobre comunidades étnicas, se deberá realizar de manera integral y completa la <b>consulta previa</b> específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la doctrina constitucional.

De todas las normas relacionadas se desprende, que en Colombia no contamos con un marco regulatorio del procedimiento que se deba adelantar, al momento de realizar la consulta previa con las comunidades étnicas que pueden verse afectadas directa o indirectamente, por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad – POA o por la expedición de una ley o de un acto administrativo que de igual forma impacte a un grupo de especial protección directamente en sus territorios.

Por otro lado, hay que decir que las normas que existen en materia de consulta previa violan la Constitución Política, a nuestro juicio porque fueron expedidas sin consultar a las comunidades, lo que las convierte en normas contrarias a derecho, porque violan lo mismo que persiguen regular. En otras palabras, al tratar de regular el procedimiento para la consulta previa, omitieron consultar a las comunidades, que serían quienes recibirían dicho procedimiento, como

<sup>34</sup> Definición: Plan de Ordenación y Manejo Integrado de las Unidades Ambientales Costeras (Pomiuac)

garante de su derecho fundamental a ser consultados. Es por ello que reiteramos que a nuestro juicio, ese objetivo no se ha conseguido respetando la normatividad que hace parte del bloque de constitucionalidad, ni mucho menos nuestra Constitución.

## V. ¿Cuál es el problema de que no haya regulación?

Rodríguez y Albán (2015) señalan que,

El país está en deuda de realizar consultas adecuadas, que exista seguridad jurídica no solo para el sector empresarial sino para todos y en especial para los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. Las directivas y los decretos anteriormente mencionados, generan incertidumbre, no solo por temas procedimentales y de tiempos de las consultas, sino por la limitación del alcance al derecho mismo a la consulta previa.

Los pueblos a través de los mecanismos de gobernanza como los protocolos pueden establecer la forma de relacionamiento con los actores externos y la forma como debe adelantarse la consulta previa. En todo caso, la seguridad jurídica para los grupos étnicos implica contar con elementos para hacer realidad las garantías legales, políticas y jurisprudenciales en materia de consulta previa, así como establecer mecanismos para promover la progresividad de este derecho a través del reconocimiento de los derechos étnicos, la inclusión y no discriminación de las comunidades, la promoción del diálogo intercultural en todos los temas de su interés. Aunque los pueblos cuestionan la necesidad de reglamentar la consulta previa porque consideran que con el Convenio 169, la Constitución Política y la jurisprudencia son suficientes, consideramos que cualquier disposición sobre esta materia, no puede hacer regresivo este derecho, todo lo contrario debe promover mayor alcance y debe garantizar la pervivencia y permanencia de los pueblos en sus territorios (pp. 117 y 118).

Al no existir una regulación clara que establezca un procedimiento igualmente claro, concreto, con un comienzo y un fin determinado, las comunidades étnicas en Colombia, continuarán acudiendo a la Acción de Tutela cuando la inversión privada bien sea extranjera o nacional, inicie un proyecto, obra o actividad (POA), sin consultarles previamente, porque muchas veces no tienen ningún reparo en dar inicio a un proyecto de exploración, que puede durar más de 2 años sin consultarle a las comunidades que se verán directamente afectadas, máxime si se tiene en cuenta que en Colombia no se requiere de la obtención de Licencia Ambiental para adelantar un proceso de exploración, en cuanto a minería se refiere de conformidad con el Decreto 1076 de 2015, artículo 2.2.2.3.2.2. Sólo para la explotación se requiere de Licencia Ambiental y con ella viene implícita la solicitud y posterior expedición por parte de la Dirección de Consulta Previa del certificado del Ministerio del Interior sobre la presencia o no de comunidades étnicas y de existencia de territorios colectivos en el área del proyecto, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones relacionadas con el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa (decreto No. 1076 de 2015, artículo 2.2.2.3.6.2.).

Por otro lado, también puede presentarse asimetría por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, al concentrar el poder en la toma de decisiones, tendientes a convocar a las partes, para dar inicio a las reuniones para dar a conocer el proyecto, obra o actividad o la ley o el acto administrativo, que tenga potencialmente la capacidad de impactar directamente a una determinada comunidad étnica. De igual forma, al no existir un procedimiento para el desarrollo de la consulta previa, pueden ser las comunidades quienes abusen de su posición, pues si bien es cierto que existe un reconocimiento de orden constitucional, hoy en Colombia no hay un procedimiento vinculante para las comunidades

étnicas y bajo ese entendido pueden llegar a entorpecer y dilatar un precario proceso de consulta previa, por la misma ausencia de procedimiento. Es por ello que se requiere una reglamentación real, como la que en el presente trabajo se propone, en el cual las comunidades étnicas del país, a partir de sus máximos órganos, sean consultadas y puedan inclusive aportar, su cosmovisión, lo cual es necesario e indefectiblemente enriquecerá el proyecto de ley y garantizará la inclusión, el pluralismo y el intercambio cultural, así como la flexibilización en la norma que regule el procedimiento de la consulta previa en Colombia, desde su inicio hasta su culminación y seguimiento posterior.

César Rodríguez (2012) afirma:

En la práctica de la consulta previa ha surgido la tensión entre derechos y desarrollo, entre participación y autodeterminación, es claro que en la versión adoptada por el texto del Convenio 169, la consulta está subordinada a la prioridad del desarrollo económico.

Este es otro claro problema al no existir una reglamentación. Por ello se requiere la Ley estatutaria que dote a las comunidades étnicas de más herramientas que garanticen no solo un procedimiento definido para desarrollar la consulta previa, sino también su protección como grupo diferenciado (p. 44).

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado en la sentencia T-547 de 2010 que uno de los requisitos jurisprudenciales para adelantar la consulta previa es:

La preservación de la competencia para adoptar una decisión, no arbitraria y constitucionalmente regulada, en cabeza de las autoridades públicas si no es posible llegar a un acuerdo.

Como se advirtió, el proceso de consulta previa no es un mecanismo adversarial de confrontación de intereses, sino una oportunidad valiosa provista por la Constitución Política para que las autoridades públicas propendan porque los proyectos que afecten directa y específicamente a las comunidades étnicas sean respetuosos de sus derechos fundamentales colectivos e individuales a la integridad étnica, cultural, social y económica.

Sin embargo, cuando después de un proceso de consulta previa en el que hayan sido cumplidas plenamente las diversas garantías constitucionales expuestas en esta providencia, no haya sido posible lograr un acuerdo o una concertación con el grupo étnico afectado, las autoridades preservan la competencia para adoptar una decisión final sobre la realización del proyecto. La adopción de esta decisión es, a su vez, un proceso sujeto a claros mandatos constitucionales; tal y como ha explicado esta Corporación, “cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.”<sup>35</sup>

En igual sentido, la Corte señaló lo siguiente:

si adelantadas las consultas de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, no se logra el consentimiento de los pueblos consultados acerca de

---

<sup>35</sup> Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.



las medidas propuestas, las entidades accionadas deberán evaluar, en lo que a cada una de ellas concierne, la gravedad de las lesiones individuales y colectivas que se causen con las medidas, a fin de implementarle al Programa los correctivos que sean necesarios para salvaguardar a las personas, sus bienes, instituciones, trabajo, cultura y territorio.

En cualquier caso, la Corte recuerda que la participación, expresada mediante la consulta previa es una garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos. Sin embargo, no es el único medio para alcanzar esta finalidad; de allí que en caso de generarse perjuicios actuales o potenciales para las comunidades indígenas o afrodescendientes del país como consecuencia de la realización de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios, sigan abiertas las demás vías provistas por el ordenamiento jurídico constitucional para la protección de sus derechos fundamentales colectivos e individuales y el resarcimiento de cualquier daño causado. Además, y en esto la Sala Plena hace hincapié, la mera realización de la consulta previa no justifica la violación material posterior de los derechos fundamentales de los grupos indígenas o afrodescendientes afectados por un proyecto en concreto.

## **VI. La importancia de establecer mediante una Ley Estatutaria el procedimiento para el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la consulta previa**

Lo más importante al establecer una norma que contenga un procedimiento para el ejercicio y goce de la consulta previa es la terminación de muchos años de ausencia de un procedimiento de orden legal estatutario toda vez que la Constitución Política ordena en su artículo 152 literal a) que mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección. Esta ley estatutaria es el reconocimiento del Estado a la protección de las comunidades étnicas, que están siendo amenazadas en sus usos, costumbres, cultura, identidad, economía, pero además por medio de este proyecto de ley se contribuye a garantizar la supervivencia de los integrantes de las etnias del país.

### **¿Cómo hacer la consulta previa?**

La Consulta previa es imperioso hacerla estableciendo primero un procedimiento definido, a través de una Ley Estatutaria, por tratarse de un derecho fundamental, como ya se explicó. La consulta previa se deberá adelantar con la concurrencia de todas las partes a saber: el Ministerio del Interior, en su calidad de consultante, las comunidades que serán directa o indirectamente afectadas, en su calidad de consultadas, los interesados en el proyecto, obra o actividad o la entidad pública que promueva un proyecto de ley o de acto administrativo que afecte directamente los intereses de las comunidades. Asimismo, es necesario contar en el proceso de consulta previa con la presencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Transporte, de tratarse de un proyecto de infraestructura, el Ministerio de Minas y

Energía, si el proyecto concierne a estos sectores y por último, se deberá contar con la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA y con el visto bueno de la Procuraduría General de la Nación, quien deberá dar su visto bueno en los acuerdos alcanzados, por las partes.

### **¿Quién debe hacer la consulta previa?**

El único que está facultado por el Bloque de Constitucionalidad y por la Constitución Política para consultar previamente a las comunidades étnicas en Colombia, es el Estado colombiano, a través de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Nadie más tiene la facultad de consultar, a los directamente afectados, sino el Estado. En consecuencia, no podrá adelantar un proceso de consulta previa una empresa privada colombiana, tampoco una multinacional extranjera, porque no tienen la competencia legal para ello. Serán reuniones en las cuales se den a conocer el proyecto a realizar, pero no se podrán considerar como el inicio de un proceso de consulta de previa, sino se cuenta con la presencia del Estado colombiano, que deberá estar representado por el Ministerio del Interior, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría de Pueblo, estas dos últimas entidades como garantes y en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.

### **¿Quién debe ser consultado?**

Así como es necesario que no exista duda alguna acerca de quién está facultado para consultar a las comunidades étnicas, se debe ser inclusive más estricto aún, respecto de quién debe ser consultado por el Estado colombiano, como ya se explicó y la respuesta no es otra que las comunidades que se encuentre al interior de las coordenadas, del proyecto, obra o actividad a

desarrollar o la comunidad a la que directamente afecte un proyecto de ley o de acto administrativo.

**Cuadro 1. Población comunidades étnicas en Colombia**

<b>Pueblo</b>	<b>No. de integrantes</b>
Indígenas	1.392.623
Negra, mulata y afrocolombiana	4.273.722
Raizales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	30.565
Palenqueros	7.470
Rom	4.858
Total	5.704.380

Fuente: DNP, Bases del Plan Nacional de Desarrollo (2011).  
Tomado de Rodríguez, 2014, p. 50)

### **¿Cuándo se debe hacer la consulta previa?**

La consulta previa para que se efectiva debe realizarse previamente, de buena fe, con completa entrega de la información sensible, al inicio del proyecto, obra o actividad a ejecutar o antes de la expedición de una ley o de un acto administrativo que impactará directa o indirectamente a una o a varias comunidades étnicas determinadas. Ahora bien, es menester aclarar que aunque la consulta no se adelante previamente, el derecho de las comunidades si bien está siendo vulnerado puede ser objeto de protección por parte de los jueces constitucionales en cualquier momento, porque su exigencia no está sujeta a prescripción alguna y podrá ordenarse judicialmente la suspensión del proyecto, la obra o actividad, POA.

## **Reflexiones acerca de la consulta previa en Colombia**

Uno de los casos más emblemáticos resueltos por la Corte Constitucional, fue el caso de los U'wa, quienes demandaron a la empresa Occidental de Colombia Inc., y al Ministerio de Ambiente por la expedición de la Resolución Nro. 110 de 3 de febrero de 1995, "por la cual se otorga una licencia ambiental", expedida por el Ministerio del Medio Ambiente, violando los siguientes derechos constitucionales de la comunidad indígena: a la diversidad étnica y cultural (artículo 7 C.P.), al territorio (artículos 286, 329, y 357 C.P), a la autodeterminación (artículo 330 C.P), a la lengua (artículo 10 C.P), a la cultura étnica (artículos 70, 95-8 y 72 C.P), a seguir viviendo, a la participación social y comunitaria (artículos 40 y 75 C.P).

En efecto, “en concepto de dicha parte, la consulta previa relacionada con la expedición de la licencia ambiental no se realizó, pues como consulta previa no pueden ser tenidas en cuenta las reuniones que se adelantaron en el municipio de Arauca los días 10 y 11 de enero de 1995”<sup>36</sup>.

En 1992, la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., sobre la base de un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol, para la explotación de hidrocarburos en el país, inició ante el Instituto de Recursos Naturales Renovables, Inderena, los trámites necesarios destinados a obtener la correspondiente licencia ambiental, requerida para poder adelantar exploraciones sísmicas, en desarrollo del proyecto conocido como “Explotación sísmica bloque Samoré”, que le permitiera constatar la existencia de pozos o yacimientos petroleros, en una zona que comprende los municipios de Saravena, Tame y Fortul en el departamento de Arauca, Cubará en el departamento de Boyacá, y Toledo en el departamento Norte de Santander, con una extensión aproximada de 208.934 hectáreas, dentro de la cual se encuentran resguardos indígenas y parques naturales (véase sentencia SU-039 de 1997).

---

36

Sentencia SU-039 de 1997. MP: Antonio Barrera Carbonell.

No es posible que una empresa, así sea extranjera, pretenda explorar 208.934 hectáreas, en las que, además de encontrarse Parques Naturales, habitan más de 5.000 miembros de la comunidad indígena U'wa, pero lo peor es que la máxima autoridad ambiental del país, el mismo Ministerio de Ambiente, otorgó la Licencia Ambiental, con solo 2 reuniones, de acuerdo con lo manifestado por la comunidad U'wa.

La Corte Constitucional ordenó en ese entonces que,

Con el fin de hacer efectivo **el derecho fundamental de participación** de la comunidad U'wa, conforme al numeral 2 del art. 40 de la Constitución, se proceda en el término de 30 días hábiles, a partir de la notificación de esta sentencia a efectuar la consulta a la comunidad U'wa (negrita agregada).<sup>37</sup>

Este fue el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional, a través de una sentencia que señaló que era necesario garantizar el derecho a la participación de la comunidad U'wa y adicionalmente ordenó realizar la consulta. Nótese que para la fecha de la sentencia, 3 de febrero de 1997, no se hablaba propiamente de consulta previa, más allá de estar consagrada en el párrafo del artículo 330 de la Constitución Política. Hoy en día tenemos la certeza que el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, es mucho más que solo participar, es una integración cultural, en donde la diferencia es la constante y la clave para que la consulta previa se pueda desarrollar entendiendo al otro, que es diferente, porque hay una mentalidad de inclusión entre las partes.

A partir de este fallo siguieron muchos otros, que comenzaron a reconstruir lo que prácticamente tenían perdido las comunidades étnicas de Colombia y siguieron muchos más

---

<sup>37</sup>

Sentencia SU-039 de 1997. MP: Antonio Barrera Carbonell.

fallos, que continuaron edificando con solidez el derecho fundamental a la consulta previa que hoy respetuosamente proponemos se regule a través de una Ley Estatutaria.

**VII. Observaciones al proyecto de Ley Estatutaria del Gobierno nacional<sup>38</sup>. ¿Es posible renunciar al ejercicio de un derecho fundamental como la consulta previa, máxime si se trata de una comunidad étnica?**

El proyecto de ley elaborado por el Gobierno nacional no es de buen recibo en la academia, porque no garantiza ni el goce, ni el ejercicio del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas del país, por el contrario parece un proyecto de ley, diseñado por el sector privado, quienes son los únicos beneficiarios de esta propuesta, que pretende favorecer únicamente a las empresas que tengan a bien desarrollar un proyecto, obra o actividad del sector de infraestructura, eléctrico, minero o de hidrocarburos.

A continuación, haremos observaciones a los artículos más controversiales del proyecto de ley presentado por el Ministerio del Interior, cuya elaboración fue el resultado de más de dos (2) años de trabajo por parte del Ministerio del Interior, subrayando la parte del artículo del proyecto de ley a la que nos referiremos. Comenzaremos por el nombre mismo del proyecto de ley estatutaria,

Por la cual se reglamenta el derecho fundamental a la consulta previa, establecida en la Ley 21 de 1991 y de manera general en el numeral 2 del artículo 40 y el párrafo del artículo 330 de la Constitución Política, concordante con el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011; se adopta el procedimiento especial para realizarla; se crea la Unidad Administrativa Especial para la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones.

En el proyecto de ley además de reglamentar el derecho fundamental a la consulta previa, tienen como objetivo la creación de lo que el Ministerio del Interior denominó la Unidad

38

---

Proyecto de ley estatutaria- elaborado por el Ministerio del Interior. Véase [www.mininterior.gov.co](http://www.mininterior.gov.co)



Administrativa Especial para la Consulta Previa, con lo cual no estamos de acuerdo porque creemos que lo que se debe hacer es fortalecer presupuestal e institucionalmente, así como con personal altamente capacitado, la actual Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y no incurrir en más burocracia para el Estado. Máxime si se tiene en cuenta el déficit por el que atraviesa el Gobierno nacional, el cual asciende a varios billones de pesos, por lo que esta parte del proyecto resulta, por lo menos en éste momento inoportuno.

En el artículo segundo del proyecto de ley se establece la definición de consulta previa, así:

**ARTICULO. 2: DEFINICION:** la consulta previa es un derecho sustantivo fundamental de participación, que cuando procede, se garantiza y concreta a través de un procedimiento especial. Se trata de una garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de las comunidades étnicas, con ocasión de la ejecución de Proyectos, Obras o Actividades, en adelante POAs; así como para la implementación de medidas administrativas de carácter general, o iniciativas legislativas, que en todo caso, puedan afectar de manera directa, específica y particular a las comunidades étnicas.

Con toda convicción debemos afirmar que el derecho fundamental a la consulta previa, es mucho más que una garantía de orden procedimental. Es una garantía de orden constitucional, porque hace parte del Bloque de Constitucionalidad y es un compromiso del Estado colombiano, con la comunidad internacional, consistente en consultar a las comunidades étnicas, no solo cuando la afectación sea directa, como bien lo señala el artículo transcrito, pero se omitió en el proyecto de ley, las afectaciones de la comunidades de tipo indirecto, como consecuencia de la ejecución de Proyectos, Obras o Actividades, en adelante POAs; así como para la implementación de medidas administrativas de carácter general, o iniciativas legislativas.

El proyecto menciona veintiséis (26) veces la palabra “directa”, pero nunca asoció la palabra “indirecta”. Descartó con eso que hay afectaciones de tipo indirecto, para las comunidades ante el desarrollo de un POA, cuando realmente si existen. Por ejemplo: si se desarrolla un proyecto de hidrocarburos, que no se desarrollará al interior de un territorio indígena, debidamente constituido y reconocido, pero si estará muy cerca del mismo, la comunidad indígena sin duda será impactada, en éste caso indirectamente por el POA y a futuro se podrán establecer relaciones de cercanía entre miembros de la comunidad y el personal de la empresa dueño del proyecto, que a futuro podrán ser buenas o malas, eso es algo que realmente no se puede establecer en éste escenario, pero lo cierto es que en nuestro ejemplo, se trata de una afectación indirecta de tipo social y cultural innegable, que ha sido ignorada en el proyecto de ley que presenta el Ministerio del Interior, cuando si existen los impactos indirectos y en el proyecto sencillamente no se habla de ellos. Por lo que recomendamos que se tengan en cuenta no solo los impactos directos, sino también los indirectos.

En el artículo tercero del proyecto de ley, el Estado colombiano se erige como el garante de la consulta previa, así:

**ARTICULO. 3: EL GARANTE:** El Estado Colombiano, a través de la Unidad Administrativa Especial para la Consulta Previa, en adelante – La Agencia para la Consulta Previa, dentro del ámbito de cumplimiento del Convenio 169 de 1989 de la OIT, es el rector y garante del agotamiento del procedimiento especial de consulta previa a nivel nacional. Su desempeño será en favor del bien común, desprovisto de intereses propios, eliminando toda posibilidad de ventaja o desventaja, ajustando, apropiadamente, los mecanismos de accesibilidad a la información que debe ser dirigida a las comunidades étnicas, en busca de construir el conocimiento pleno, previo, libre e informado.

Nuestra postura es que la palabra agotamiento hace referencia en el contexto del proyecto de ley que presenta el Ministerio del Interior, a algo indeseable que se quiere que termine, por lo que resulta un término inadecuado. Otra cosa sería que el proyecto de ley, en este artículo omitiera el término agotamiento y su redacción no solo cambiaría, sino que realmente dignificaría lo que por ella se quiere regular.

El artículo sexto del proyecto de ley señala el objeto de la consulta previa, así:

**ARTICULO. 6: OBJETO DE LA CONSULTA PREVIA:** El objeto de la Consulta Previa para POAs es garantizar a comunidades étnicas ubicadas dentro del área de influencia de la ejecución de los mismos, al estar afectadas de manera directa, específica y particular, la concertación de las medidas requeridas para prevenir, mitigar, corregir, o, compensar los impactos identificados por su ejecución

Observamos con suma preocupación que no se tienen en cuenta las afectaciones de tipo indirecto, como ya se anotó arriba.

En el artículo octavo del proyecto de ley se señalan las características que debe tener el consentimiento en la consulta previa, por lo cual debemos hacer los siguientes comentarios, así:

**ARTICULO. 8: DEL CONSENTIMIENTO:** El consentimiento previo, libre e informado será exigible en relación a aquellos planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de las comunidades étnicas, en esos eventos, es deber del Estado no sólo consultar a las comunidades étnicas concernidas, sino obtener su consentimiento previo, libre e informado según sus usos, costumbres y tradición. De no lograrse, se aplicará el principio PRO HOMINE. Se debe entender que el consentimiento es el resultado del conocimiento pleno, que no implica la facultad de decidir sobre la materia objeto de consulta.

El conocimiento pleno es necesario cuando las afectaciones o impactos, impliquen el traslado, o, desplazamiento de las comunidades étnicas por la ejecución del POA; así como para la adopción de medidas administrativas de carácter general, o iniciativas legislativas, que estén

relacionadas con el vertimiento de sustancias tóxicas en los territorios de las comunidades étnicas y/o representen un alto impacto en las condiciones sociales, culturales y económicas que pongan en riesgo la supervivencia de la comunidad étnica.

Creemos que el texto subrayado no es buen recibo, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, para las comunidades étnicas, que por este proyecto de ley que presenta el Ministerio del Interior, se pretenden proteger, a través de la consulta previa, porque lo que se quiere, es solo informar, comentar o mejor notificar a las comunidades étnicas, pero que ellas no pueden decidir sobre la materia objeto de consulta. Es por ello que creemos que no estamos en presencia de una consulta previa real, sino de un mero trámite. De aprobarse así el texto la ley sería completamente inocua, para las comunidades étnicas y adicionalmente, se corre el grave riesgo, de que la Corte Constitucional no la apruebe, por ser violatoria de la Constitución Política, porque una consulta implica una respuesta, pero en éste proyecto no se tuvo en cuenta la respuesta de las comunidades a consultar, con lo cual no hay garantía para el ejercicio del derecho fundamental que se quiere reglamentar.

Adicionalmente, señala el inciso 2° del artículo octavo que el conocimiento pleno para desarrollar la consulta previa es necesario, por ejemplo, cuando el POA o la iniciativa de carácter administrativo o legislativo, estén relacionadas con el vertimiento de sustancias tóxicas en los territorios de las comunidades étnicas. Dicho texto es sumamente restrictivo, porque pueden presentarse también emisiones altamente contaminantes a la atmósfera, pero lo peor del texto es que a través del mismo, se legalizaría la contaminación ambiental y los daños al medio ambiente. Lo cual es contrario a nuestra Constitución Política.

En el artículo noveno del proyecto de ley estatutaria se consagró lo siguiente:

**ARTICULO. 9: AMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA:** La consulta previa procede siempre que la Agencia para la Consulta Previa, a solicitud de parte interesada, identifique y certifique una comunidad étnica dentro del área de influencia directa de un POA, iniciativa legislativa o decisión administrativa de carácter general, que simultáneamente y con ocasión de su ejecución, implementación o trámite, generen a esas comunidades étnicas certificadas, una afectación directa, específica y particular

En este punto es necesario aclarar con precisión las opciones de orden legal que tendrá la Dirección de Consulta Previa, frente a la solicitud de certificación o no de la presencia de comunidades étnicas, en el entendido de que manifieste si hay o no hay comunidades étnicas, porque en la práctica se han conocido certificaciones<sup>39</sup> en las que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, expide certificaciones en las que manifiesta que: existe indicio de presencia itinerante de miembros de las comunidades indígenas que integran a la etnia Motilón Barí, lo que resulta confuso para que las autoridades ambientales expidan la licencia ambiental. Nuevamente en este artículo se omitieron las afectaciones de tipo indirecto para las comunidades étnicas.

El párrafo del artículo noveno del proyecto de ley señala:

**PARAGRAFO:** No son consultables los POAs, ni la implementación de medidas administrativas de carácter general, ni, iniciativas legislativas, que generen impactos de manera uniforme para la todos los colombianos, sin importar la materia. Tampoco será viable la consulta previa a comunidades étnicas que no observen el ordenamiento jurídico vigente en Colombia.

<sup>39</sup> Certificación No. 56 y No. 57 del 04 de febrero de 2013 de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en la que certificaron: “existe indicio de presencia itinerante de miembros de las comunidades indígenas que integran a la etnia Motilón Barí”. Lo anterior, fue objeto de la respectiva Acción de Tutela que derivó en la Certificación No. 1170 del 4 de julio de 2014. Nótese todo el tiempo que transcurrió.

Este párrafo cierra la puerta a la realización de una consulta previa, cuando exista un grupo étnico, pero si no está debidamente certificado ante las autoridades competentes, no habrá lugar a la consulta.

El artículo 10 del proyecto de ley señala que:

**ARTICULO. 10: PARTES EN LA CONSULTA PREVIA:** Son partes de la consulta previa: a. Las comunidades étnicas certificadas dentro del área de influencia de un POA, o, para el trámite de una iniciativa legislativa, o, implementación de una decisión administrativa; siempre que se identifique una afectación directa, específica y particular. b. El titular, responsable, o, interesado en la ejecución del POA o, iniciativa Legislativa o implementación de una decisión Administrativa de carácter general; ya sea entidad pública, con o sin personería jurídica; o, persona natural o jurídica de derecho privado, nacional, o, extranjera, según corresponda. c. La Agencia para la Consulta Previa en su condición de máxima autoridad en la materia.

En este artículo sin duda alguna, faltó como parte de la consulta previa, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Corporación Autónoma Regional respectiva o si el proyecto es de interés nacional, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – Anla.

El párrafo segundo del artículo 10 del proyecto de ley afirma:

**PARAGRAFO SEGUNDO:** La ausencia de los entes de control y de los miembros de la asamblea de comunidad étnica en consulta, no invalida la legitimidad ni la legalidad de la consulta previa; será suficiente si asisten: el titular, responsable, o, interesado en la ejecución del POA; o, el interesado en la iniciativa Legislativa, o, implementación de una decisión administrativa de carácter general; las instituciones representativas de la comunidad étnica certificada y La Agencia para la Consulta Previa como máxima autoridad en la materia.

Este artículo es abiertamente contrario a la Constitución Política, porque no es posible que en nuestro Estado Social de Derecho, se legalice con una ley estatutaria, la consulta previa de las

comunidades étnicas, pero al mismo tiempo se consagre que se puede hacer dicha consulta, sin la comunidad étnica directamente afectada y además, sin los entes de control del Estado. Este artículo con toda seguridad será declarado inconstitucional cuando la Corte Constitucional lo revise por violar el derecho fundamental al debido proceso, defensa y contradicción, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

El literal a) c), d) y e) del artículo 13 del proyecto de ley, establece:

**La Nacionalidad:** Los derechos de las comunidades étnicas son los mismos que se le reconocen a cualquier nacional colombiano, no son especiales. No obstante, por ministerio del Convenio 169 de 1989 de la OIT, el gobierno adopta medidas especiales de consulta y participación para salvaguardar sus derechos en el marco del estado social de derecho.

Este artículo es realmente lamentable y contrario a la Constitución y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha establecido un factor diferencial,<sup>40</sup> para las comunidades étnicas en Colombia. No se logra comprender cómo se afirma algo tan equivocado justamente en el proyecto auspiciado por el Gobierno nacional.

**Veto:** Alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, es el propósito inicial del proceso de consulta previa y no un requisito indispensable, en este sentido, las comunidades étnicas, no tienen poder ni derecho de veto. El consentimiento es definido como el conocimiento pleno e indispensable que deben tener las comunidades étnicas en consulta, en los tres casos excepcionales.

Es inexplicable, que se consagre un texto de carácter legal estatutario que se convertirá en una patente de corso para que los empresarios, hagan lo que a bien quieran. El texto subrayado, es un sin razón, porque para qué se va a realizar una consulta previa, si el no llegar a un acuerdo, no es un requisito indispensable para su protocolización.

<sup>40</sup> Sentencia T – 576 de 2014. M.P. Doctor Luis Ernesto Vargas Silva

**Corresponsabilidad de los Representantes Legales y Autoridades Representativas:** El ejercicio de la representación legal de las comunidades étnicas, implica obligaciones y responsabilidades correlativas para quienes ejercen dicha representación o autoridad; en consecuencia, estas deberán asistir a las convocatorias que se realicen, justificar, con respaldo legal su inasistencia y presentar al rector y garante de la consulta previa, las explicaciones soportadas que les sean requeridas.

Creemos que en la redacción del literal d) es necesario que se consagre como una obligación de carácter legal, para los representantes legales de las comunidades étnicas asistir a las convocatorias. Razón por la cual el texto debe modificarse y cambiar el “deberán” por “tendrán que”.

**Principio del *continuum* de protección:** este principio se hace evidente cuando se amplía el espectro de las garantías de la participación, la consulta previa, la cooperación, el conocimiento pleno de las comunidades étnicas, **la participación en los beneficios, y la indemnización en los eventos en que son procedentes.**

Es necesario que la misma ley se encargue de garantizar y materializar este principio, porque esta es una de las grandes fallas que permanentemente están cometiendo las empresas dueñas de los POA, tanto nacionales, como extranjeras, porque quieren realizar una actividad extractiva, pero no ofrecen beneficios sociales a las comunidades.

**Principio de no Discriminación:** Exige reconocer a las personas de etnias diversas, el derecho a su autodeterminación, los derechos que les corresponden en igualdad al resto de la población, su condición étnica no puede ser obstáculo que les impida el goce de los derechos humanos.

Una vez más se encuentra otra inconsistencia en el proyecto de ley del Gobierno nacional, al pretender que exista una igualdad entre las comunidades étnicas y el resto de la población,



cuando la Corte Constitucional ha señalado que es necesario tener en cuenta, el factor diferencial<sup>41</sup>.

El artículo décimo quinto del proyecto de ley estatutaria, en sus literales b), d), h) y o) afirma que:

El término **comunidades negras** se refiere tanto a aquellas que habitan en la cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los elementos objetivo y subjetivo. Están incluidas en esta expresión, las agrupaciones raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia, al compartir, las primeras, un origen histórico común en las raíces africanas que fueron trasplantadas a América, y **porque han sido reconocidas jurisprudencialmente, como un grupo étnico titular de derechos especiales.**

En este punto, el proyecto de ley estatutaria se contradice porque al inicio expresamente señala que las comunidades étnicas no son objeto de derechos especiales<sup>42</sup> y aquí afirma lo contrario con respecto a las comunidades negras.

**La efectividad de la consulta** se relaciona con el fin perseguido en la consulta previa, cual es, que el procedimiento especial se adelante como un mecanismo eficaz y útil de participación, lo cual exige de la construcción de un espacio de conciliación y concertación, a partir de la intervención de las instituciones representativas de las comunidades étnicas, que contribuya al desarrollo y a la resolución de los diferentes desafíos asociados con el respeto de los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de las comunidades étnicas. **En este escenario, el punto de vista de la comunidad étnica consultada debe tener incidencia en el resultado.**

El texto en negrita del proyecto de ley se contradice completamente con lo ordenado por el artículo octavo del proyecto, que establece: “Se debe entender que el consentimiento es el

<sup>41</sup> Ver sentencia T-693 de 2011.

<sup>42</sup> Artículo 13 literal a) del proyecto de ley estatutaria presentado por el Ministerio del Interior.

resultado del conocimiento pleno, que no implica la facultad de decidir sobre la materia objeto de consulta”. Pero aquí se manifiesta que el punto de vista de la comunidad sí debe tener incidencia en el resultado, lo cual, es letra muerta si se tiene en cuenta lo primero.

**Línea Negra:** La “Línea Negra” es una zona de especial protección, debido al valor espiritual y cultural que tiene para los cuatro pueblos indígenas Kogis, Ikas, Wiwas y Kankuamos, de la Sierra Nevada de Santa Marta, por esa razón, esas comunidades deben ser consultadas cuando un POA, o, implementación de una decisión 10 administrativa de carácter general, o una iniciativa legislativa les cause afectación directa, específica y particular.

Uno de los grandes vacíos legales que deja éste proyecto de ley estatutaria es que no brinda protección, ni el blindaje legal necesario a las comunidades étnicas de los Kogis, Ikas, Wiwas y Kankuamos, porque no impide expresamente, que se adelanten POA en la zona de especial protección, como es la Línea Negra siendo Colombia un país con una extensión de más 1’100.000 kilómetros cuadrados, no se entiende como muchos proyectos pretenden desarrollarse, justo en las zonas de especial protección y de alto contenido espiritual y cultural de nuestros indígenas.

**Impacto ambiental:** es la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto, obra o actividad en un área determinada. El impacto ambiental es la modificación del ambiente ocasionada por la acción del hombre o de la naturaleza. Los proyectos, obras o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Es en la única parte del proyecto de ley estatutaria del Gobierno nacional en la que se habla del impacto ambiental de un POA, desde un punto de vista indirecto. A lo largo del proyecto siempre se han establecido los impactos únicamente directos, pero no se tiene en cuenta para

nada en el presente proyecto, los impactos indirectos de un POA en las comunidades étnicas y este es otro de los grandes vacíos de este proyecto, porque es una verdad innegable, la existencia de los impactos indirectos en una comunidad, como lo son: los impactos sociales, culturales y económicos.

El artículo décimo sexto del proyecto de ley señala:

**ARTÍCULO. 16: INICIO DE LA CONSULTA PREVIA:** La Consulta Previa, en todos los casos que sea procedente, se iniciará ante la Unidad Administrativa Especial para la Consulta Previa, a solicitud de parte interesada y con las comunidades étnicas que la Agencia para la Consulta Previa haya certificado en el área de influencia del POAs, o para la implementación de una decisión administrativa de carácter general, o para impulsar una iniciativa legislativa, en razón a la afectación directa, específica y particular que estas les ocasionan.

Reiteramos, que debe ser fortalecida la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, dotarla de un presupuesto sólido que permita integrar dieciséis (16) equipos interdisciplinarios, encargándose cada uno de dos (2) departamentos.

En este artículo se afirma sin lugar a dudas que la consulta previa se adelantará, con las comunidades étnicas que estén certificadas. Es decir, que no es posible tratar de certificar una comunidad étnica, que supuestamente se encuentre al interior de las coordenadas de un POA, sino que para dar inicio a la consulta previa la comunidad étnica, ya debe estar certificada ante el Ministerio del Interior.

El artículo décimo octavo del proyecto de ley del Gobierno nacional señaló que:

**ARTÍCULO. 18: DEL CONSENTIMIENTO:** El consentimiento, entendido como el conocimiento pleno, previo, libre e informado, es el resultado que se obtiene del ejercicio de la participación y concertación sobre las medidas de manejo que se propongan, con las comunidades étnicas en consulta; es la consecuencia de la actividad explicativa amplia, clara, sencilla, concreta y transparente realizada sobre los impactos generados por la ejecución de un POA, o, la implementación de una decisión

administrativa de carácter general, o una iniciativa legislativa.

En este artículo del proyecto de ley, se trató de acomodar una definición que no corresponde a lo definido, toda vez que *consentimiento*, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española<sup>43</sup> es: “la manifestación de la voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente” y no lo que tratan de imponer como definición en el precitado artículo, porque es posible conocer en forma plena, previa y libre y estar informado, pero aun así no estar de acuerdo con el POA.

Continúa errático el párrafo siguiente al artículo décimo octavo, cuando afirma que:

**PARAGRAFO: El consentimiento es necesario cuando las afectaciones impliquen el traslado, o, desplazamiento de las comunidades por el POA; estén relacionados con el vertimiento de sustancias tóxicas en los territorios donde se asientan las comunidades étnicas** y; cuando la ejecución de un POA, o, la implementación de una decisión administrativa de carácter general, o una iniciativa legislativa, represente tal impacto en las condiciones sociales, culturales y económicas de una comunidad étnica, que pongan en riesgo su supervivencia y pervivencia.

El aparte en negrita del párrafo es completamente inverosímil y no corresponde a la realidad. El consentimiento es necesario porque es la razón de ser la consulta previa, libre e informada y no porque estemos en presencia de un daño ambiental, que es lo que realmente significa el vertimiento de sustancias tóxicas en el recurso suelo, pero que además es parte de una comunidad étnica. Por lo anterior, este artículo está llamado a ser declarado contrario a la Constitución Política por la Corte Constitucional.

Los literales a), b), c) y d) del artículo décimo noveno del proyecto de ley señalan que:

---

<sup>43</sup> Véase RAE (2014).

**Desistimiento del procedimiento:** el desistimiento se puede presentar por decisión del solicitante de la consulta, aduciendo causal que imposibilita su avance, o, culminación; o, por decisión autónoma, en uso de la autodeterminación y autogobierno de la comunidad concernida. El desistimiento no viabiliza los procedimientos que dependen del agotamiento de la consulta previa.

Aquí nos enfrentamos a otra contradicción del proyecto de ley del Gobierno nacional, porque en el artículo 16 del presente proyecto se dejó claro que la consulta previa iniciará a solicitud de la parte interesada, bien sea un POA o una decisión administrativa de carácter general, específica y particular o para impulsar una iniciativa legislativa. Teniendo en cuenta lo anterior, ¿cómo una comunidad étnica desistirá del procedimiento si no fue dicha comunidad quien solicitó que se iniciara? Estamos frente a una mala redacción, por no entender el contexto que se plantea.

**Acuerdo entre las partes:** Cuando los interesados en la ejecución de un POA, o, la implementación de una decisión administrativa de carácter general, o iniciativa legislativa, manifiesten de manera conjunta a la Agencia para la Consulta Previa, su deseo de no ejercer este derecho, en ejercicio de su autonomía y autodeterminación.

Este procedimiento de acuerdo entre las partes, se daría si al interior de una comunidad étnica reconocida, se pretenda ejecutar un POA y al mismo tiempo, se adelante una iniciativa legislativa o una decisión administrativa y solo en este escenario, cabría el que los interesados manifiesten de manera conjunta, su deseo de que termine de forma irregular la consulta previa. En todo caso es una redacción desafortunada y su planteamiento es casi que ilusorio, por la dificultad de que ocurran todos estos eventos al mismo tiempo. Tampoco se entiende mucho la parte final, cuando se refiere a en ejercicio de su autonomía y autodeterminación, por ser derechos fundamentales de las comunidades étnicas.

**Renuncia a la Consulta Previa:** Es la decisión adoptada por una comunidad étnica en ejercicio de su autodeterminación, autogobierno y autonomía, a fin de no participar en la consulta previa. La Agencia para la Consulta Previa, procederá a la realización del test de proporcionalidad.

Este planteamiento del proyecto de ley estatutaria, presentado por el Ministerio del Interior, es sin lugar a dudas lo que lo hace completamente nocivo y tóxico para todas las comunidades étnicas del país, si se tiene en cuenta, que el mismo comporta una eliminación de una garantía para el ejercicio y goce efectivo a su derecho a ser consultados y se constituye en el resultado de una lucha de las comunidades étnicas que no comenzó en 1989, con el convenio No. 169, sino mucho antes desde 1957, con motivo de la expedición del Convenio No. 107 de la Organización Internacional del Trabajo; ¿y todo esto para qué? Para que las comunidades étnicas terminen, siendo presionadas y terminen renunciando a su derecho fundamental a ser consultadas. Es algo que no tiene sentido.

Por lo anterior, la pregunta que surge es: ¿puede una persona natural que ha sido acusada formalmente por la comisión de un delito en Colombia, renunciar a su derecho fundamental al debido proceso, defensa y contradicción y así manifestárselo al Juez que en lo penal está conociendo de su proceso?, la respuesta con seguridad será que no puede renunciar a esta garantía que el Estado le brinda por ser de carácter constitucional y al mismo tiempo ser un derecho fundamental.

Veamos otro caso similar. ¿Puede un menor de edad en Colombia, renunciar a su derecho fundamental a la salud? En este caso la respuesta también es un no rotundo, ¿por qué se puede ver con tanta claridad en los dos (2) ejemplos planteados, que la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental, contiene en sí misma, su irrenunciabilidad?, pero el Ministerio del Interior,

no lo ve así de claro, olvidando que los derechos fundamentales, son irrenunciables y tanto el Estado colombiano, como la sociedad deben garantizar que se cumplan. Es por ello, que no deja de sorprender que el proyecto de ley estatutaria del Ministerio del Interior, contemple que las comunidades étnicas del país, renuncien al ejercicio del derecho fundamental, a ser consultados.

En el examen de constitucionalidad de la Corte Constitucional, sin lugar a dudas, el literal c) del artículo 19 será declarado inexecutable, por violar el Convenio No. 169 de 1989 de la OIT, que hace parte del Bloque de Constitucionalidad y por violar el artículo 29 y el párrafo del artículo 330, de la Constitución Política.

Si este proyecto de ley estatutaria, hubiese sido propuesto por una multinacional o por una empresa colombiana, del sector hidrocarburos, minera o de infraestructura, sería inclusive algo entendible, porque éstas empresas son irremediabilmente parciales, pero es sorprendente ver la torpeza del Ministerio del Interior, al hacer un planteamiento completamente ofensivo, para todas las comunidades étnicas del país.

Además de lo ya señalado, en el mismo literal c) del artículo 19 del proyecto de ley, en su parte final señala que como solución a la renuncia por parte de las comunidades étnicas la Agencia para la Consulta Previa, procederá a la realización del test de proporcionalidad, que es un ejercicio diseñado por la Corte Constitucional, para que los jueces de la república puedan dar solución en sede de una Acción de Tutela, en el evento en el que se encuentren varios derechos fundamentales enfrentados. Este es un gravísimo error heredado de la Directiva Presidencial No. 10 de 2013, que es completamente contraria a la constitución, porque fue expedida, sin consultar a las comunidades étnicas en Colombia.

El párrafo primero del artículo 19 del proyecto de ley estableció que:

**PARÁGRAFO PRIMERO:** En los eventos de renuncia y renuencia, la Agencia para la Consulta Previa, aplicará el test de proporcionalidad en garantía de los derechos colectivos de las comunidades étnicas consultadas.

Una vez más, se comete el mismo error arriba comentado.

El párrafo segundo del artículo 19 del proyecto de ley estatutaria estableció que:

**PARAGRAFO SEGUNDO:** En caso en que se avance con acuerdos parciales sin que se logre el consenso sobre la totalidad de los impactos, la Agencia para la Consulta Previa propenderá por culminar el ejercicio sin la comunidad étnica, procediendo al cierre de la consulta.

Esto es abiertamente contrario a la Constitución Política, porque si no hay a quien consultar, no es una consulta en estricto sentido.

El artículo vigésimo del proyecto de ley estatutaria señaló que:

**ARTÍCULO. 20: CONSECUENCIAS DE LA RENUNCIA A LA CONSULTA PREVIA:** Una vez recibida la comunicación o notificación de la renuncia a una consulta previa por parte de una comunidad étnica, con derecho a participar en ella, la Agencia para la Consulta Previa, agotará el test de proporcionalidad, previniendo al interesado en su realización, de la responsabilidad de vincular a la comunidad étnica en los beneficios de los acuerdos protocolizados institucionalmente, los cuales serán objeto de seguimiento, como medida de protección a la comunidad étnica.

No deja de sorprender el Ministerio del Interior, con su creatividad. En el artículo 20 del proyecto de ley le traslada su responsabilidad como garante del Estado al interesado en el POA, para que vincule a la comunidad étnica en los beneficios de los acuerdos que serán protocolizados, a nuestro juicio de forma ilegal. Lo cual es completamente absurdo.

El párrafo del artículo 20 del proyecto de ley estatutaria señaló que:



**PARAGRAFO:** La renuncia a la participación en la consulta previa será revocable por la Asamblea de la comunidad étnica certificada, siempre que el test de proporcionalidad no haya iniciado el análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo; en tal evento, la comunidad se vinculará al proceso institucional en el estado en el que se encuentra, con voz.

En el proyecto de ley se contempló la posibilidad de revocar la renuncia a la participación en la consulta previa, pero sujeta a que no se haya dado inicio al test de proporcionalidad. Lo cual no debería ser así, porque debería bastar que la Asamblea de la comunidad étnica, no esté de acuerdo con la renuncia, para que sea revocada, sin más condicionamientos, que el respeto por su decisión.

El artículo vigésimo primero del proyecto de ley, señala que:

**ARTÍCULO. 21: ADOPCIÓN DE LA MEDIDA MENOS LESIVA:** En todo caso, si después de agotados todos los procedimientos; formuladas diferentes posibilidades y alternativas en busca de lograr un acuerdo, sin que éste se consolide, la Agencia para la Consulta Previa continuará el procedimiento, con el propósito de adoptar la medida menos lesiva a fin de viabilizar la ejecución del POA, o, la implementación de la decisión administrativa de carácter general, o una iniciativa legislativa.

Es evidente que lo realmente interesante para el Ministerio del Interior no son las comunidades étnicas, sino el inicio de la ejecución del POA.

El artículo vigésimo segundo del proyecto de ley, señala que:

**ARTÍCULO. 22: VETO:** Alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, es el propósito inicial del proceso de consulta previa y no un requisito independiente, en este sentido, las comunidades étnicas diversas en consulta, no tienen poder ni derecho de veto, son las autoridades las que definen la viabilidad o no de un POA.

Es desafortunada el contenido de este artículo, por decir lo menos, porque son precisamente las comunidades étnicas, quienes si tienen todo el derecho a manifestar y a expresar que su deseo es que el proyecto no se realice. Este artículo es violatorio del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, o este proyecto de ley no se trata de garantizar el derecho fundamental a la consulta previa, porque una vez consultadas las comunidades, no pueden manifestarse con libertad y decir, que están en desacuerdo con el POA, ni tampoco pueden exponer su deseo de que no se ejecute. Este artículo no tiene ningún sentido e inclusive viola el derecho fundamental de libertad de expresión que tenemos todos en Colombia.

El artículo vigésimo noveno del proyecto de ley señala que:

**ARTÍCULO. 29: CERTIFICACION DE COMUNIDAD ETNICA ROM O PUEBLO GITANO:** Las comunidades étnicas Rom o Gitana, serán certificadas previo concepto antropológico resultante del estudio y comportamiento de la comunidad, en relación con el Proyecto, Obra o Actividad, iniciativa legislativa o decisión administrativa de carácter general, a fin de establecer la afectación directa, específica y particular que se les ocasiona. Una vez certificadas, serán objeto de consulta previa observando los protocolos y procedimientos adoptados en la presente ley.

Este artículo generará mucha inestabilidad jurídica, porque se debe hacer la consulta previa con comunidades étnicas certificadas, como éste mismo proyecto de ley lo contempla, en su artículo 16, pero es sistemáticamente contradictorio. Afirma algo y luego lo contrario y para la muestra un botón. No se debe permitir las certificaciones de una comunidad, so pretexto de la realización o ejecución de un POA, porque no hay garantías, en este caso para quienes han estudiado el POA y evidenciaron que no había en dichas coordenadas, la presencia de comunidades étnicas, reconocidas formalmente por el Estado colombiano.

El numeral 10 del artículo 36 del proyecto de ley estatutaria afirma que:

**Ponderación conjunta de intereses:** Es de la esencia de la consulta previa, el ejercicio mancomunado de ponderación de intereses en consulta, a fin de conciliar las diferencias. Cuando ello no sea posible, la Agencia para la Consulta Previa debe adoptar la decisión menos lesiva a los derechos e intereses de la comunidad étnica en consulta. Excepcionalmente se impondrá una medida.

Se advierte que el proyecto de ley no señala, cuál o cuáles son las medidas que puede llegar a imponer y a título de qué, tampoco lo señala. ¿Serán de carácter definitivo o temporal? No lo establece el proyecto de ley.

El artículo 40 del proyecto de ley, afirma que:

**ARTÍCULO. 40: DURACION DE LA CONSULTA:** El agotamiento de la Consulta Previa debe ser dinámico, eficiente y de colaboración entre las partes, su duración no puede ser superior a los seis (6) meses, contados a partir de la fecha de realización de la preconsulta, término dentro del cual se deberán evacuar todas sus etapas hasta la protocolización.

El término de seis (6) meses, es excesivo y significa que un equipo multidisciplinario de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, únicamente podrá llevar a cabo dos (2) consultas previas en el año, en el mejor de los escenarios.

### **VIII. Propuesta de regulación. Proyecto de Ley Estatutaria de consulta previa**

Con el presente proyecto de ley estatutaria, nos permitimos recoger los pronunciamientos de la Corte Constitucional en cuanto al derecho fundamental a la consulta previa se refiere y procurar el ejercicio y goce efectivo, para las comunidades étnicas de Colombia. Para lo cual nos dimos a la tarea de construir un texto legal garantista en favor de las comunidades, para que el derecho fundamental que se quiere proteger sea una realidad en la vida nacional y al mismo tiempo proponemos procedimiento que deberá ser consultado previamente con las comunidades, para que el texto final sea coherente con el noble propósito que nos hemos trazado, esto es, llenar lo que consideramos un vacío legal, en el ordenamiento jurídico colombiano.

Este trabajo como se mencionó en su comienzo, tiene como propósito que las comunidades de especial protección por parte del Estado, no se vean en la obligación de tener que acudir a la presentación de una acción de tutela, para que se proteja su derecho a ser consultados, sino que de convertirse el presente proyecto en una ley estatutaria, el Gobierno nacional garantizará el ejercicio del derecho a ser consultados previamente a las comunidades y por último, pero no por ello menos importante, con este proyecto de ley se contribuye desde la academia a garantizar la protección de los usos, costumbre, cultura y la vida de los miembros de las comunidades étnicas.

**PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA No. 500 DE 2017. POR MEDIO DE LA CUAL SE  
REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA Y SU  
PROCEDIMIENTO EN COLOMBIA, PARA LAS COMUNIDADES INDÍGENAS,  
AFRODESCENDIENTES, RAIZALES, PALENQUERAS Y PUEBLO ROM (Gitanos).**

**EL CONGRESO DE COLOMBIA**

**DECRETA:**

**Artículo 1°.** El principal objetivo de la presente ley estatutaria es establecer el procedimiento para la realización de la consulta previa y garantizar la preservación de los usos, costumbres, cultura de las comunidades étnicas del país, además de la pervivencia de sus integrantes<sup>44</sup>.

Con el fin de dar cumplimiento a la presente ley, para todos los efectos legales, el procedimiento que por esta ley se define, se cumplirá con las organizaciones representativas de estos pueblos.

**Artículo 2°.** Dando cumplimiento al Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo, al párrafo del artículo 330 de la Constitución Política de Colombia de 1991, a la Ley 21 de 1991, por medio de la cual se incorporó a la legislación colombiana el mencionado convenio y dando cumplimiento a los fallos expedidos por la Corte Constitucional de Colombia, por medio de la presente ley se establecerá el procedimiento, a través del cual tanto los indígenas, los afrodescendientes, raizales, palenqueros y pueblo Rom (gitanos) colombianos, podrán ejercer su derecho fundamental a la consulta previa, siempre que se vaya a adoptar una

---

<sup>44</sup> Desde 2009, la OACNUDH viene prestando especial atención al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, tras constatar que “algunos de los líderes y lideresas indígenas que participaron en procesos de consulta y espacios de concertación han sido asesinados”. En esa ocasión recomendó al gobierno **asegurar** la activa participación de estas comunidades en el proceso de reglamentación del derecho a la consulta previa que se había anunciado en aquel momento. Ver Consulta previa y conflictos territoriales en pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes – Observaciones y recomendaciones de Organismos de Naciones Unidas a los Estados de Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia. Diana Murcia Riaño. Primera Edición 2016. Red Observa Consulta Previa en América Latina Convenio 169 – Universidad del Bosque – Cooperación Alemana GIZ.

decisión de carácter legal, administrativa o se vaya a ejecutar un proyecto, obra o actividad, entiéndase cualquier proyecto minero, energético, de hidrocarburos, de infraestructura, que afecte, con su realización o ejecución, los territorios de propiedad de los indígenas o que fueron adjudicadas en propiedad colectiva a los afrodescendientes, raizales, palenqueros y pueblo Rom (gitanos) colombianos. También se aplicará el procedimiento que por esta ley estatutaria se establece, cuando el proyecto obra o actividad se va a desarrollar en zonas tituladas y habitadas en forma regular y permanente por comunidades indígenas o afrodescendientes, raizales, palenqueros y pueblo Rom (gitanos) colombianos.

### **Artículo 3°. PRINCIPIOS DE LA LEY COMO CONSECUENCIA DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA DE COLOMBIA.**

**Principio Diferencial:** Por el principio diferencial se entiende que las partes que participan en el procedimiento de consulta previa, son diferentes y, por consiguiente, este será el punto de partida, para el diálogo intercultural relacionado con la medida legislativa, o acto administrativo o el proyecto, obra o actividad, a desarrollar.

**Principio de Flexibilización:** Por el principio de flexibilización, se entiende que las partes que participarán en el proceso de consulta previa no asumirán posiciones radicales, ni absolutas, sino que por el contrario teniendo en cuenta el principio anterior, se buscarán fórmulas para llegar a puntos comunes.

**Principio de Inclusión:** Por el principio de inclusión se entiende que el sector privado tiene la obligación de contar con la colaboración de los indígenas, los afrodescendientes, raizales, palenqueros y pueblo Rom (gitanos) colombianos, siempre que el proyecto, obra o actividad se vaya a desarrollar en sus territorios. De igual forma, el congreso de la república deberá contar con la colaboración de los indígenas, los afrodescendientes, raizales, palenqueros y pueblo Rom

(gitanos) colombianos, cuando un proyecto de ley afecte o impacte directa o indirectamente a las comunidades étnicas del país. Este mismo procedimiento se aplicará, cuando una autoridad del orden nacional, departamental, municipal o distrital este en proceso de expedir un acto administrativo, que tenga el potencial de afectar o impactar directa o indirectamente a las comunidades étnicas, ya mencionadas.

**Principio de Publicidad:** Todos los detalles del proyecto, obra o actividad a realizar, o de la iniciativa de carácter legislativa o del acto administrativo de carácter general, serán revelados por los interesados en llevarlos a cabo, a las comunidades étnicas, que se vea afectadas, directa o indirectamente con la ejecución del mismo.

**Principio de Buena Fe:** En todas y cada una de las actuaciones que se adelanten en el ejercicio y desarrollo del derecho fundamental a la consulta previa, deberá observarse el cumplimiento del Principio de Buena Fe, esto es, con completa rectitud y probidad.

**Principio de Transparencia:** Hace referencia a que todas las actuaciones que expidan en el ejercicio del derecho fundamental de consulta previa, son públicas y están disponibles para cualquier ciudadano y no tendrán reserva alguna.

**Principio Previo de la consulta:** Se dará inicio la consulta con un ejercicio previo con las comunidades afectadas directa e indirectamente con la ejecución del proyecto, obra o actividad a realizar, o de la iniciativa de carácter legislativa o del acto administrativo de carácter general, en las que se le pondrá en conocimiento el proyecto de forma clara y completa, para que una vez estudiado el mismo y con la ayuda de sus asesores, puedan formular las observaciones que a bien tengan, en la consulta previa formalmente.

**Principio de la Responsabilidad Social Empresarial:** Por responsabilidad social empresarial, se entiende los beneficios que los interesados en desarrollar el proyecto, obra o

actividad a realizar, o de la iniciativa de carácter legislativa o del acto administrativo de carácter general, brindarán a las comunidades étnicas que serán impactadas directa o indirectamente.

**Principio de No Renuncia a la Consulta Previa:** Las comunidades étnicas del país no podrán renunciar a su derecho fundamental a ser consultas, ante la existencia de un proyecto, obra o actividad – POA a ejecutarse en sus territorios o ante la expedición de una Ley o Acto Administrativo que los afecte directamente.

**Principio de consulta informada:** El Estado colombiano a través de la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior deberá garantizar el acceso a toda la información del proyecto, obra o actividad, que se planea a ejecutar, así como del proyecto de ley o de acto administrativo, que se pretenda expedir y ponerla a disposición de las comunidades étnicas que serán impactadas directa o indirectamente con ellas.

**Principio de Bilingüismo:** Se reconoce la consulta previa como un diálogo intercultural, que deberá contar con la respectiva traducción simultánea, para que los representantes legales de las comunidades étnicas que no hablen el castellano, puedan comprender en su propio idioma, lo que se explica, al momento de llevarse a cabo la consulta previa propiamente dicha.

#### **Artículo 4°. ENTIDADES PÚBLICAS DEL ORDEN NACIONAL QUE PARTICIPARÁN EN EL PROCEDIMIENTO DE LA CONSULTA PREVIA.**

Las entidades públicas del orden nacional que participarán en el procedimiento de consulta previa, son: el Ministerio del Interior, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Minas y Energía, en representación del Gobierno nacional. De igual forma, participarán la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, las Corporaciones Autónomas Regionales y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.



## **Artículo 5°. Artículo 5°. DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA**

El procedimiento de consulta previa tendrá una duración de dos (2) meses<sup>45</sup>, prorrogables por una (1) sola vez, por un (1) mes.

## **Artículo 6°. GASTOS DE LA CONSULTA PREVIA**

Todos los gastos que implique la realización de la consulta previa, serán sufragados directamente por el interesado en el desarrollo del proyecto, obra o actividad a realizar, o de la iniciativa de carácter legislativa o del acto administrativo de carácter general.

Todos los desplazamientos, viajes, viáticos, comidas, alojamiento de las partes involucradas en el procedimiento de consulta previa, serán sufragados por el interesado en el desarrollo del proyecto, obra o actividad a realizar, o de la iniciativa de carácter legislativa o del acto administrativo de carácter general.

**Artículo 7°. Por el cual se modifica el Decreto No. 2893 del 11 de agosto de 2011.** El cual quedará, así:

Ampliar la planta de personal de la Dirección de Consulta Previa con el fin de conformar dieciséis (16) equipos profesionales multidisciplinarios, los cuales tendrán a su cargo cada uno dos (2) de los 32 departamentos del país. Cada equipo tendrá a su cargo los proyectos, obras o actividades a desarrollarse al interior de dicho departamento. Lo anterior, con el fin de darle celeridad y eficiencia a los procesos de consulta previa que en adelante se realizarán en el país. Cada equipo estará conformado por un abogado, un antropólogo o un sociólogo, un biólogo, un ingeniero ambiental, un ingeniero forestal, un ingeniero químico y una trabajadora social.

---

<sup>45</sup> El tema del plazo también deberá ser sometido a consulta con las comunidades previamente. Es solo una propuesta, que se deberá discutir.

**Artículo 8°. Procedimiento aplicable para la consulta previa de las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueros y pueblo Rom (gitanos) colombianos.**

a) El presente proyecto deberá ser socializado con los indígenas, los afrodescendientes, raizales, palenqueros y pueblo Rom (gitanos) colombianos, con el fin de que presenten sus observaciones y sugerencias, conforme a sus usos, costumbres y cultura, con el fin de que se incorpore al procedimiento que cada grupo tendrá. Dicho procedimiento será específico y diferenciado para las comunidades indígenas, será específico y diferenciado para los afrodescendientes, será específico y diferenciado para los raizales, será específico y diferenciado para los palenqueros y será específico y diferenciado para el pueblo Rom.

b) A continuación, se propone un procedimiento **inicialmente** estándar, pero que deberá sufrir los cambios propios para cada comunidad étnica, de acuerdo con sus costumbres, usos y cultura y dichas sugerencias se integrarán al cuerpo del presente proyecto de ley y serán producto de la respectiva consulta previa que a cada comunidad étnica se le haga.

c) Una vez confirmado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y por la Agencia Nacional de Tierras, la presencia real de los indígenas, los afrodescendientes, raizales, palenqueros o del pueblo Rom (gitanos) colombianos, al interior de las coordenadas de un proyecto, obra o actividad que impactará directa o indirectamente a las comunidades étnicas que están al interior de las coordenadas, en el cual se ejecutará el proyecto, obra o actividad. De inmediato la empresa interesada, tendrá que enviar toda la información acerca del proyecto y poner en conocimiento de la comunidad étnica, de todos los detalles del mismo, con el fin de darle la respectiva publicidad y transparencia al proyecto. Una vez la sociedad interesada, reciba la certificación por parte del Ministerio del Interior de la presencia de comunidades étnicas al interior de las coordenadas del proyecto tendrá cinco (5) días hábiles para enviar toda la

información relacionada con el proyecto a la comunidad que será impactada con la ejecución del proyecto.

d) Una vez las comunidades étnicas reciban de parte de la empresa interesada, la información completa acerca del proyecto que se ejecutará dentro de sus territorios, tendrán que dirigirse a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, dentro de los siguientes diez (10) días, con el fin, de que se comience a programar el siguiente cronograma, para dar inicio al procedimiento de consulta previa.

(Nótese que en este punto no ha comenzado el proyecto, obra o actividad a ejecutarse, porque se dará cumplimiento al Principio Preventivo de la consulta previa y a la ejecución de la pre consulta).

#### **Parágrafo 1°. Cronograma del procedimiento de la Consulta Previa**

La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior convocará a las partes, a saber: Ministerio del Interior, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y las comunidades étnicas afectadas, que serán notificada por medio de sus autoridades debidamente constituidas y la sociedad o sociedades interesadas en desarrollar el proyecto, obra o actividad, para concertar un cronograma de actividades, con el fin de surtir el procedimiento de consulta previa.

**Parágrafo 2.** De conformidad con el artículo 6° de la presente ley, el procedimiento tendrá una duración de dos (2) meses, prorrogables por una (1) sola vez, por un (1) mes.

El lugar para desarrollar el procedimiento de la consulta previa, será en la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en Bogotá.

**Parágrafo 3.** En la instalación de la consulta previa, el Estado colombiano, por medio de la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, instalará las sesiones de

consulta previa, en donde se escuchará primero, todas las inquietudes, dudas o sugerencias de la comunidad étnica que será impactada directa o indirectamente. Luego se le dará el uso de la palabra a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, luego a la Procuraduría General de la Nación, posteriormente se le dará el uso de la palabra a la Defensoría del Pueblo y por último, hablará la sociedad interesada en el proyecto.

**Parágrafo 4.** En su presentación la sociedad interesada deberá manifestar cuáles son los beneficios sociales<sup>46</sup> que su proyecto le dejará a la comunidad étnica, en cumplimiento del principio de responsabilidad social empresarial. Para lo cual, la comunidad étnica impactada podrá solicitar beneficios para su comunidad, tales como: colegios bilingües, puesto de salud, hospitales de III y IV nivel, parques, bibliotecas, así como trabajo y capacitación para los miembros de su etnia. Estos beneficios serán entregados a título de donación a la comunidad étnica, por parte de la sociedad interesada en llevar a cabo el proyecto, obra o actividad.

**Parágrafo 5°.** En este procedimiento, las autoridades nacionales, garantizarán que la sociedad interesada escuche todas las inquietudes de las comunidades étnicas que serán impactadas con la ejecución del proyecto y las atiendan en forma efectiva.

**(Este procedimiento estándar<sup>47</sup> constituye una propuesta que deberá consultarse previamente con todas las comunidades étnicas del país, con el fin de que el proceso de consulta previa de la presente ley, sea inclusivo, de buena fe, transparente y atienda a las**

---

<sup>46</sup> Los pueblos indígenas tienen derecho a participar de los beneficios generados por los proyectos de inversión o desarrollo sobre sus tierras y territorios. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 15.2 del C169 y forma parte de los estándares de protección desarrollados por los órganos del SIDH. En ese sentido, los Estados tienen la obligación de asegurar esta participación mediante procedimientos adecuados. La determinación de estos beneficios deberá realizarse en coordinación con el pueblo y no de forma unilateral por parte del Estado. - **Estándares de la aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Perú Ministerio de Cultura, Junio 2016, página 58**

<sup>47</sup> Aunque está definido que la consulta debe ser previa al trámite legislativo, hay poca claridad sobre las etapas del proceso. La Corte ha tendido a dictar parámetros muy generales y a establecer medidas referidas solo para el caso concreto que examina. En lo que sí ha hecho énfasis es en la necesidad de llevar a cabo un proceso preconsultivo, es decir, un diálogo anterior a la consulta misma en el que se definen los términos del proceso. Los detalles procedimentales quedan entonces relegados a lo que se defina en el proceso preconsultivo (Rodríguez y Orduz, 2012, p. 9).

**necesidades, usos, costumbres y cultura de cada una de las comunidades étnicas del país y además se efectúe la consulta previa del presente proyecto de ley y se enriquezca el mismo.)**

**Parágrafo 6º.** Este proceso debidamente aprobado por las comunidades étnicas del país se deberá repetir para obtener la aprobación o no del proyecto, obra o actividad, proyecto de ley o de acto administrativo. La única limitante del presente proceso será el plazo de dos (2) meses, prorrogable por un (1) solo mes<sup>48</sup>.

**Artículo 9º. Protección Especial para las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural – Línea negra.**

En ninguna de las áreas sagradas o de especial importancia ritual o cultural, perteneciente a las comunidades étnicas del país, se podrá desarrollar un proyecto, obra o actividad, en respeto a los usos, cultura y pluralismo de las comunidades étnicas de nuestro país. Se establece como área de protección especial, la línea negra para las comunidades étnicas Kogis, Ikas, Wiwas y Kankuamos. Por lo tanto, en dicho lugar de especial importancia para las comunidades indígenas mencionadas, no se podrá adelantar ningún tipo de proyecto, obra o actividad.

**Artículo 10º. Proyectos de obras civiles, que requieren del procedimiento de la consulta previa.**

Cualquier proyecto de obra civil que requiera desarrollar el procedimiento de la consulta previa, se prorrogará en su duración por diez (10) meses, para que el contratista pueda llevar a cabo, no solo, el procedimiento de la consulta previa, sino también el procedimiento para la obtención de su licencia ambiental.

**Artículo 11º. Protocolización de los acuerdos alcanzados en el marco de la consulta previa.** Una vez terminado el trámite de la consulta previa, con los acuerdos alcanzados la

---

48

El tema del plazo también deberá ser sometido a consulta con las comunidades previamente.

Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, procederá a protocolizar los acuerdos, con las partes, en el que se incluirán todos los compromisos a los que quedará sometido el interesado en el desarrollo del proyecto, obra o actividad a realizar, o de la iniciativa de carácter legislativa o del acto administrativo de carácter general. La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, podrá exigir el cumplimiento de lo acordado a los interesados en el desarrollo del proyecto, obra o actividad a realizar, o de la iniciativa de carácter legislativa o del acto administrativo de carácter general.

Las actas en las cuales quede establecido el acuerdo expreso alcanzado entre las partes o el consentimiento de las comunidades étnicas para la realización del proyecto, obra o actividad a realizar, o de la iniciativa de carácter legislativa o del acto administrativo de carácter general, deberán ser suscritos por la Procuraduría General de la Nación en su calidad de garante del cumplimiento de los mismos.

**Artículo 12°. Etapa de exploración de los proyectos mineros y de hidrocarburos.** Para la etapa de exploración de los proyectos de minería y de hidrocarburos, será necesario adelantar, la respectiva consulta previa, siempre y cuando el POA a realizar, se encuentre al interior de los territorios de las comunidades étnicas del país. Por lo anterior, por ésta ley se modificará el Decreto No. 1076 del 26 de mayo de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector ambiente y desarrollo sostenible, en el sentido de exigir la respectiva licencia ambiental, para los proyecto de hidrocarburos y de minería, desde la etapa de exploración.

**Artículo 13°. Vigencia y derogatorias.** La presente Ley rige a partir de su publicación y deroga el Decreto No. 1320 de 1998, la Directiva Presidencial No. 01 del 26 de marzo de 2010,

la Directiva Presidencial No. 10 del 7 de noviembre de 2013 y el Decreto No. 2613 del 20 de noviembre de 2013, así como todas las disposiciones que sean contrarias.

## Conclusiones

- Con el presente trabajo de grado, observamos muchos beneficios que el ejercicio efectivo de la consulta previa le puede aportar a la sociedad, como una oportunidad de resolver potenciales conflictos ambientales y disminuir al mismo tiempo la visión que no compartimos de muchos al considerar, a la consulta previa como una amenaza, para el desarrollo, cuando realmente no es otra cosa que una oportunidad de inclusión social.
- La consulta previa al ser un diálogo intercultural, es también garantía de pluralismo, y de tolerancia por la diferencia y en consecuencia de este ejercicio de participación en la vida nacional, se logrará garantizar los usos, costumbres, cultura, pero sobre todo la vida de los integrantes de las comunidades étnicas.
- Uno de los grandes aspectos con los que podemos concluir es que de acuerdo con lo afirmado por (Rodríguez, 2014) se requiere que el Estado invierta no solo en el fortalecimiento de las instituciones que tendrán a cargo la tarea de materializar, lo que proponemos, sino que también deberá hacer enormes esfuerzos para contar con profesionales conozcan acerca de los derechos de las comunidades y de la diversidad étnica y cultural de la nación, para que así, estén preparados para afrontar los retos que traerá la aplicación de la ley estatutaria de llegar a convertirse en ley de la república.
- Este proyecto de ley que se presenta como una propuesta académica para optar al título de Magister en Derecho Público para la Gestión Administrativa de la Universidad de Los Andes y contribuye con el diseño de un procedimiento definido para el ejercicio del **DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA** de todas las comunidades étnicas de Colombia a saber: indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueras y pueblo ROM (Gitanos) cuando sus territorios, usos, costumbres, tradiciones, se vean amenazadas



por disposiciones de orden legislativo (leyes de la república), o por reglamentaciones administrativas (licencias ambientales, permisos, autorizaciones o concesiones expedidas a través de actos administrativos), o por cualquier tipo de proyecto bien sea: minero, energético, de hidrocarburos o de infraestructura, para que a través de un diálogo intercultural respetuoso se logre llegar a un acuerdo o al consentimiento y se garantice el bienestar de la minoría impactada positiva o negativamente, directa o indirectamente con el proyecto, obra, actividad o la norma que entre en vigor.

- Es necesario lograr que se convierta en Ley Estatutaria la consulta previa en Colombia y por tal razón, éste trabajo es un valioso aporte de la academia, porque sin lugar a dudas contribuirá a preservar los usos, costumbres, la invaluable cultura de nuestras comunidades étnicas, y sobre todo ayudará a garantizar y a preservar el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo de las minorías étnicas que hoy se encuentran amenazadas por diversas actividades industriales, extractivas y depredadoras, realizadas por nosotros los seres humanos.
- Es importante resaltar que ésta Ley Estatutaria que se propone será exitosa, en la medida en que se logró consultar previamente con las comunidades étnicas de Colombia, quienes enriquecerán el procedimiento propuesto y el texto de la ley en general con sus usos, costumbre y cultura.
- En el texto legal, se propuso derogar algunas de las normas existentes en Colombia en materia de consulta previa, porque nunca fueron consultadas con las comunidades étnicas. Se propuso de igual forma, que la consulta previa inicie con la pre-consulta en la que se deberá iniciar un diálogo intercultural y para el sector de minería y de hidrocarburos, se propuso específicamente que se adelante la consulta previa, desde la etapa exploratoria y no

únicamente desde la etapa de explotación, como actualmente está en nuestra legislación colombiana.

- Creo que éste trabajo es un gran aporte de la academia en pro del bienestar de los más débiles **y es una gran avance en materia de Justicia Ambiental**, porque las comunidades no tendrán que acudir a los jueces de la república de Colombia para hacer valer su derecho fundamental a la consulta previa, sino que el Estado colombiano, a través de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, se convertirá en **garante** del ejercicio y goce del **DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA** de las comunidades étnicas.
- Nuestra carta política de 1991, pionera en el reconocimiento de derechos y garantías fundamentales y el Convenio Núm. 169 consagran el derecho a la diversidad étnica y cultural, pero es el Estado colombiano quien tiene la obligación de carácter constitucional, de establecer las medidas efectivas para hacer una realidad, no solo la participación y protección de las comunidades indígenas, sino también la de los afrodescendientes, raizales, palenqueras y Rom, en concordancia con cada una de sus tradiciones y cultura. (Rodríguez, Albán, 2016)
- Por último, insisto en que este trabajo académico es un esfuerzo que contribuye a la lucha contra la aniquilación colectiva de las comunidades étnicas.

### Referencias bibliográficas

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. (2007). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Consultado el 9 de mayo de 2017 en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf).
- Ministerio de Cultura de Perú. (2016). *Estándares de aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: IDEHPUCP.
- Organización de las Naciones Unidas, ONU. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Consultado el 9 de mayo de 2017 en [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf).
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OACDH. (s. f.) *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas – Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Consultado el 9 de mayo de 2017 en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602.pdf>.
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. (1957). Convenio 107 Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes. Consultado el 9 de mayo de 2017 en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C107](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107).
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. (1989). *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Consultado el 9 de mayo de 2017 en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314).
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. (2001). *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT)*. Consultada el 9 de mayo de 2017 en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507143,es](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es)
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. (2007). *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (número. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC)*. Consultado el 9 de mayo de 2017 en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507321,es:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507321,es:NO).

- Organización Internacional del Trabajo, OIT. (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. Consultado el 9 de mayo de 2017 en [http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/cat\\_view/52-convenio-169-oit.html](http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/cat_view/52-convenio-169-oit.html).
- Organización Internacional del Trabajo, OIT - Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR. (2005). *Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2005, Publicación: 95ª reunión CIT (2006). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) - Bolivia, Estado Plurinacional de (Ratificación: 1991)*. Consultado el 9 de mayo de 2017 en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID:2243444](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2243444).
- Organización Internacional del Trabajo, OIT - Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR. (2003). *Observación individual sobre el Convenio 169, Colombia*. Consultado el 9 de mayo de 2017 en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/637-ceacr-colombia-c169.html>.
- Organización Internacional del Trabajo, OIT - Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR. (2007). *Observación individual sobre el Convenio 169, Colombia*. Consultado el 9 de mayo de 2017 en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/637-ceacr-colombia-c169.html>.
- Organización Internacional del Trabajo, OIT - Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR. (2007).
- Presidente de la República. (2010). *Directiva presidencial No. 01. Asunto: garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales*. 26 de marzo. Consultada el 9 de mayo de 2017 en <http://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/directiva-presidencial-01-de-2010>.
- Real Academia Española, RAE. (2014). *Diccionario de la lengua española*. Vigésimotercera edición. Consultado el 9 de mayo de 2017 en <http://dle.rae.es/>.
- Rodríguez, C. (2012). *Etinicidad.gov Los recursos Naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Reino de los Países Bajos: Colección DeJusticia.
- Rodríguez, C. y Morris, M. (directores); Orduz, N. y Buriticá, P. (2010). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Rodríguez, C. y Orduz, N. (2012). *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia.

Rodríguez, G. (2009). El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia. *El otro derecho. No. 40. El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*. Junio. Bogotá: Publicaciones ILSA.

Rodríguez, G. (2010). *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Consultado el 9 de mayo de 2010 en [http://www.urosario.edu.co/urosario\\_files/1f/1fd9b49f-b717-4dc1-8875-657612776cff.pdf](http://www.urosario.edu.co/urosario_files/1f/1fd9b49f-b717-4dc1-8875-657612776cff.pdf).

Rodríguez, G. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Rodríguez, G. y Albán, D. (2015) *Las rutas de la consulta. Una discusión sobre la reglamentación de la consulta previa, libre e informada*. Moncayo H-L (coordinador). Bogotá: ILSA.

Morales, J. (2014). *La consulta previa un derecho fundamental*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.

González, L., Rivadeneira, S. y Boulanger, B. (2012) *Consentimiento y consulta previa libre e informada en Colombia, Ecuador y Perú*. Bogotá: por International Alert con socios locales de la Región Andina: INDEPAZ de Colombia, ECOLEX de Ecuador y SOCIOS PERÚ.

### **Jurisprudencia**

Corte Constitucional. Sentencia T-007/1995. MP: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia T – 652 de 1998. MP: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T – 955 de 2003. MP: Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional. Sentencia T-737 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia. T-382 de 2006. MP: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia T – 880 de 2006. MP: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2009. MP: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. Sentencia T-547 de 2010 MP: Gabriel Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia T – 745 de 2010. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia T-129 de 2011. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T-698 de 2011. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2012. MP: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia T-858 de 2013. MP: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 2014. MP: Doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T-849 de 2014. MP: Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional. Sentencia T-857 de 2014. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia T-660 de 2015. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T-764 de 2015. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia T-766 de 2015. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia T-005/2016. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T-197 de 2016. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia SU -- 383 de 2003. MP: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia SU—039 de 1997. MP: Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional. Sentencia SU-133 de 2017. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2001. MP: Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-418 de 2002. MP: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-891 de 2002. MP: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C-389 de 2016. MP: María Victoria Calle Correa.