

Bogotá D.C., 2 de septiembre de 2015

¿La Consulta Previa es el mecanismo idóneo para proteger la integridad de los pueblos indígenas y es eficaz al momento de ser ejecutada?

Is Prior Consultation the ideal mechanism to protect the integrity of indigenous people and is it effective in its enforcement?

Jairo Andrés Realpe Portilla²⁹

Abstract

Prior consultation is an ideal mechanism to protect the rights of indigenous people because it has had a legal development from the international scenarios to the domestic legislation, promoting safety because of its establishment as Law. However, both the effectiveness of its application and the enforcement of established procedures in the most favorable way for indigenous communities can be questioned; this essay is about that.

Keywords: Prior Consultation, Indigenous People, Social State of Law, ILO Convention 169.

Resumen

La Consulta Previa es un mecanismo idóneo para proteger los derechos de los pueblos indígenas, puesto que este ha tenido un desarrollo normativo desde escenarios internacionales irradiando la normatividad interna, generando seguridad en cuanto a su tipificación en la norma. Ahora bien, la eficacia puede ser cuestionada en virtud de la aplicación de las mismas y la ejecución de los procedimientos establecidos de la manera más favorable para las comunidades indígenas; este ensayo es sobre esto último.

Palabras clave: Consulta Previa, Pueblos Indígenas, Estado Social de Derecho, Convenio 169 OIT.

²⁹ Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. E-mail: jarealpep@unal.edu.co

I. Conceptos Básicos

Según Garavito Cesar³⁰, la Consulta previa, se consolida como el derecho y el deber que tienen los pueblos indígenas y el estado respectivamente, al momento de dictarse reglamentaciones legislativas y administrativas o cuando se vayan a realizar obras o actividades en los territorios de las comunidades indígenas. De los que se trata pues, es de conservar la identidad cultural, autóctona y financiera de estos pueblos y garantizar su inclusión dentro del Estado Social de Derecho.

La garantía constitucional de la consulta previa, se enmarca dentro del proceso de luchas que han llevado los pueblos indígenas y también comunidades afrodescendientes por protegerse así mismos, a través de la inclusión de sus derechos en la normatividad nacional como internacional. Dichas comunidades pueden tomar decisiones respecto a cualquier actividad que vaya a realizarse y que vaya en contra o incide de alguna manera en sus cosmovisión, orden establecido, bienestar o afectación de sus tierras que ocupan y controlan.

Según la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario³¹, la consulta previa se erige a partir de la consolidación de este como “un derecho de carácter colectivo que debe responder al principio de buena fe y debe ser realizada antes de la toma de la decisión”³². Siendo así, se podría inferir que la violación al principio de buena fé en la realización de la consulta previa daría lugar a medidas coactivas por parte del Estado, quien en este caso es el garante del derecho de consulta de los pueblos indígenas.

Para dicha facultad, la consulta tiene que ser “un proceso que tiene que ser dado a conocer a todo el mundo”, esto es, a todos quienes podrían estar interesados en el proceso y también a todas las personas que decidan hacer un control social sobre el mismo. Adicionalmente dicho proceso tiene un carácter obligatorio, en razón a que nuestro ordenamiento jurídico así lo consagra en su artículo 330 de la Constitución Política:

Artículo 330º. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones : Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución, percibir y distribuir sus recursos, velar por la preservación de los recursos naturales, coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferente comunidades en su territorio, colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo

30

http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAdministrativas/MECI/Bibliotecadiseno/Archivos/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf. Fecha de Consulta: Febrero 2 de 2014.

31 <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/La-Consulta-Previa/Que-es-la-Consulta-Previa/>. Fecha de Consulta: Febrero 2 de 2014

32 Ibid.

con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional; representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y las que les señalen la Constitución y la ley.

Parágrafo.- La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

Adicionalmente de la normatividad internacional, que está adscrita a través del bloque de constitucionalidad y tienen vinculatoriedad directa y por ende su exigibilidad. Se pasaría entonces de un llamado “soft law” o derecho suave, a un derecho exigible y ejecutable por las partes de una controversia o conflicto de intereses.

El debido proceso, consagrado como derecho fundamental (Art. 23 C.N.) está estrechamente ligado con el derecho de consulta previa (Art. 330 C.N), en razón a que la consulta deberá ser realizada de manera previa a la realización de las obras a realizar, la actividad legislativa o administrativa, que incida en el normal desarrollo de estas comunidades. Siendo así, se rescata que la Consulta Previa se erige como un derecho ya establecido, luego el debate ya no se centra en determinar si existe o no el derecho, sino más bien lo tendiente a su cumplimiento, eficiencia y eficacia y en la consolidación de mecanismos efectivos que garanticen su cumplimiento.

II. Procedimiento que se debe seguir en la Consulta Previa

En el año 2014, la presidencia de la república firmó un acuerdo para realizar el procedimiento de Consulta Previa, el cual se denominó “Procedimiento de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa” para consolidar el respecto del territorio y cultura de las minorías étnicas principalmente para evitar perjuicios irremediables ocasionadas por empresas con proyectos extractivos en materia de minería y en general energéticos.

El Estado, pues busca la protección de este derecho específicamente a través del Ministerio del Interior y de Justicia, en donde se adelantan buena parte de estos procesos. El proceso se ha reglamentado en los siguientes pasos³³.

- 1. “Solicitud de certificaciones de presencia de comunidades étnicas al Ministerio del Interior e Incoder: Presentar el modelo de oficio que han dispuesto estas entidades para evaluar objetivamente la presencia o no de minorías étnicas.*

33 Dinero.com. Fecha de Consulta: 2 de Febrero de 2013.

2. *Socialización con comunidades identificadas: Envío de oficios a los líderes, autoridades tradicionales y autoridades locales.*
3. *Apertura del proceso: Reunión con los diferentes actores involucrados donde oficialmente se informa el inicio del proceso de Consulta Previa.*
4. *Pre-consulta: Explicación del proyecto a realizar en la zona, evaluación de medidas de mitigación y compensación de los impactos identificados en el proyecto.*
5. *Talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo: Realización de mesas de trabajo participativo con la comunidad que será beneficiaria de las medidas de compensación que se acuerden.*
6. *Pre-Acuerdos: Formalización de los compromisos acordados entre las partes.*
7. *Reunión de Protocolización: Cierre de la fase de concertación que viabiliza el inicio de la implementación y cumplimiento de acuerdos.*
8. *Cumplimiento de los compromisos acordados: Entregar y ejecutar con cada comunidad de manera oportuna las compensaciones acordadas.*
9. *Sistematización y seguimiento al cumplimiento de acuerdos: Firma de actas y levantamiento de la evidencia del cumplimiento del proceso de Consulta Previa.*
10. *Cierre del proceso de Consulta Previa: Reunión de cierre con el Ministerio del Interior, autoridades locales y comunidad en general donde se verifica la ejecución y cumplimiento del proceso firmando un acta de cierre.”*

De acuerdo al anterior procedimiento, se evidencia que existen medidas taxativas que regulan la consulta previa y los mecanismos propios a seguir, surge la pregunta entonces ¿Cuáles son las deficiencias en torno a la Consulta Previa, cuando vemos que la regulación específica un proceso concreto frente a ella?

III. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El sistema interamericano de Derechos Humanos tiene dos componentes principales: La comisión interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte pues conoce de todos los casos que le son presentados por la Comisión Interamericana y de un Estado, cuando este Estado se haya adscrito a dicha comisión, es decir, que reconozca y avale sus fallos.

El punto que quizá despierta mayor relevancia en el equipo de trabajo, dentro del Sistema de Derechos Humanos tiene que ver con las Medidas Cautelares tanto nominadas como Innominadas, esto con el fin de evitar un perjuicio irremediable en la realización de una obra, implementación de una medida administrativa o sanciones legislativas que violen el derecho de

consulta. Para resaltar la importancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomaremos de ejemplo un caso tradicionalmente conocido que nos permite explicar las actuaciones de esta corte, este es, el Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam³⁴.

Situación Fáctica:

“El derecho a la consulta en los casos de explotación y exploración de recursos naturales se ha visto reflejado en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, particularmente, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En el caso del pueblo de Saramaka ventilado ante la Corte en el 2007, ella analizó la autorización del Estado de Surinam, en la década de los sesenta, de la construcción de una reserva hidroeléctrica en los territorios de los Saramaka sin consultar a esta comunidad.

Dicha construcción tuvo como efecto la inundación del territorio tradicional del pueblo Saramaka, lo cual obligó a esta comunidad a desplazarse hacia unos pueblos de “transmigración”. Adicionalmente, tal construcción implicó la destrucción de los sitios sagrados de los Saramaka, la reducción de sus recursos de subsistencia y el irrespeto hacia los restos enterrados de sus miembros fallecidos. Surinam había otorgado concesiones mineras y madereras, omitiendo también el deber de consulta sobre recursos que se encontraban dentro del territorio de los Saramaka, y planeaba incrementar el nivel de la reserva para aumentar los suministros de energía.”

De los hechos anteriormente planteados se extrae entonces que: 1. Existió una violación al derecho de consulta previa del pueblo Saramaka. 2. Las obras destruyeron sitios sagrados, escasearon los recursos y se irrespetaron los restos de las personas miembros de la comunidad fallecidos. Esto es, pusieron en grave riesgo la supervivencia del pueblo Saramaka y vulneraron derechos colectivos como individuales.

Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“La Corte Interamericana consideró que, al omitir el deber de consulta al pueblo saramaka, el Estado de Surinam había violado los derechos de este pueblo a usar y gozar de los recursos naturales que se encontraban dentro del territorio que ocupaban tradicionalmente, los cuales eran necesarios para su supervivencia. Por lo anterior, la Corte estableció en su decisión que, en el futuro, el Estado sólo podía otorgar concesiones de exploración y explotación de los recursos naturales que se hallan en los territorios del pueblo saramaka si garantiza la participación de esta comunidad en el otorgamiento de dichas licencias y en los beneficios derivados de tales proyectos.

La Corte precisó que el derecho a la participación se concretaba, en estos casos, en la realización de consultas activas con dicha comunidad. Aunque el reasentamiento generalmente es más un componente o una implicación de la realización de proyectos de explotación o exploración de los recursos naturales, o de construcción de grandes obras de infraestructura,

34 <http://www.corteidh.or.cr/>. Caso Saramaka VS Surinam. Fecha de Consulta: Domingo 2 de Febrero de 2014.

algunas fuentes de derecho internacional mencionan específicamente el deber de consultar a los pueblos indígenas cuando algún tipo de proyecto que se pretenda llevar a cabo en los territorios indígenas implique el reasentamiento de estas comunidades. En algunos casos, tal necesidad también puede ser producto de la adopción de medidas legislativas o administrativas. En todo caso, el reasentamiento normalmente ocurre durante o después de la implementación del proyecto, y así está incluido en algunas de las normas emitidas sobre el derecho a la consulta.

La Corte precisa pues, una violación a las consultas activas que deben realizarse para con estas comunidades, desconociendo flagrantemente el Convenio 169 de la OIT, el cual presenta la protección internacional de los pueblos indígenas. El argumento principal de la corte fue la violación del Convenio 169 de la OIT.

IV. Convenio 169 OIT³⁵

El convenio 169 de la OIT, presenta como elementos fundamentales de protección a las Comunidades Indígenas la No Discriminación, las Medidas Especiales, el Reconocimiento de las Culturas y Otras Características Específicas, Consulta y Participación y el Derecho a decidir sus prioridades para el Desarrollo.

- 1. No Discriminación:** Entendida como la No exclusión de sus miembros dentro de la sociedad, por su condición, cultura, costumbres, etc. El convenio lo regula de la siguiente manera: Artículo 3: *“Los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación”.*
- 2. Medidas Especiales:** Esto es, acciones tendientes a evitar daños mayores que pongan en riesgo la existencia de las comunidades indígenas. El artículo 4 del Convenio expresa: *“necesidad de adoptar medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente de estos pueblos. Asimismo, tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas”.*
- 3. Reconocimiento de la Cultura y otras características Específicas:** Dicha figura enmarca el respeto por la cultura e idiosincrasia de las comunidades indígenas como factor determinante en las decisiones que se adopten por parte del Estado. El Convenio expresa: *“Las culturas e identidades indígenas y tribales forman una parte íntegra de sus vidas. Sus modos de vida, sus costumbres y tradiciones, sus instituciones, leyes consuetudinarias, modos de uso de la tierra y formas de organización social en general son diferentes a las de la población dominante. El Convenio reconoce estas diferencias y busca garantizar que sean respetadas y*

35 <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>. Fecha de Consulta: Febrero 2 de 2014.

tenidas en cuenta a la hora de tomar medidas que seguramente tendrán un impacto sobre ellos.

- 4. Consulta y Participación:** Es quizá el punto de inflexión del convenio bajo el cual gira nuestro tema de estudio, frente a ello el convenio expresa: *“Los pueblos indígenas y tribales deben ser consultados en relación con los temas que los afectan. Estos pueblos pueden participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan”.*

Es sin duda, la norma jurídica que se adscribe al orden interno a través de la Ley 21 de 1990, y que permite que cualquier pueblo indígena colombiano, solicite la defensa de sus derechos a través del agotamiento de la vía interna. Esto quiere decir, una vez se ha solicitado dichas peticiones a la justicia colombiana y estas han sido negadas.

En cuanto a la consulta, el convenio presenta en su artículo 6, el mecanismo procedimental, que se debe surtir para el caso de la consulta en pueblos indígenas y tribales, el convenio establece:

“a) La consulta a los pueblos indígenas debe realizarse a través de procedimientos apropiados, de buena fe, y a través de sus instituciones representativas;

b) Los pueblos involucrados deben tener la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen directamente;

c) Otro componente importante del concepto de consulta es el de representatividad. Si no se desarrolla un proceso de consulta apropiado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales que son verdaderamente representativas de esos pueblos, entonces las consultas no cumplirían con los requisitos del Convenio”.

Vale decir, que la realización y eficacia de estos procedimientos, se evidencia en su ámbito práctico, luego se sigue afianzando la tesis de un problema más que jurídico, sociológico y fundamentalmente de “Buena Fé”, como expresa el convenio.

En concordancia con esto, la Organización Internacional ha expresado que *“Si bien se ha logrado un avance considerable en relación con la implementación del Convenio en los países que lo ratificaron, los órganos de supervisión de la OIT también han notado que existen varios desafíos en cuanto a su implementación, especialmente con relación a la acción coordinada y sistemática requerida y la necesidad de asegurar la consulta y participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que les conciernen.”*³⁶

Lo anterior nos da luces, para determinar que la Consulta Previa, no es una figura de carácter interno, sino que ha tenido un desarrollo mundial a través de las distintas luchas y controversias jurídicas que se presentan.

36 Organización Internacional del Trabajo. www.ilo.org. Fecha de Consulta: Febrero 2 de 2014.

V. Sistema de Naciones Unidas

La Organización de Naciones Unidas, ha ratificado la Declaración de los Pueblos Indígenas que enmarcan dentro de ella el pleno goce de sus derechos, dentro de los principales artículos encontramos los siguientes:

“Artículo 1: *Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.*

Artículo 2: *Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.*

Artículo 3: *Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.*

Artículo 4: *Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.*

Artículo 5: *Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.*

Artículo 18: *Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.*

Artículo 19: *Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.*

Artículo 28. *Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.*

Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.”³⁷

De tal manera, que los pueblos indígenas en su declaración, rescatan los derechos que tienen y los reafirman para que sean asumidos por los Estados y de esta manera sean garantizados. La presente declaración resalta el derecho de consulta, siendo esta una manera general de regular el tema. De esta manera se tiene que la sola declaración por sí sola, no garantizaría el cumplimiento efectivo de la consulta previa, por el carácter genérico enunciado. Si junto con esta declaración tomamos el Convenio 169 de la OIT, tendremos un marco más amplio y específico de aplicación en la figura de la consulta.

VI. Sentencias de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha emitido varios conceptos en torno a la Consulta Previa en diferentes sentencias protegiendo el territorio, ratificando el Convenio y otros tratados en materia internacional.

Sentencia T-769 de 2009: *“la consulta es una relación de comunicación y entendimiento, signada por el mutuo respeto y la buena fe, entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares”*

Tenemos pues de esta manera, ya pronunciamientos internos sobre la consulta previa, que reivindicar sus derechos. Adicionalmente otras sentencias de importancia jurídica son las siguientes: Comunidad Cristiana (T-428/92); pueblo U’wa (SU 039/97); Circunscripciones Especiales (C 169/01); Desarrollo Rural (C-175/09); Pueblo Wayú (C-615/09); Resguardo de UradaJiguamiando (T-769/09), Sentencia Puerto Brisa (T-547/10)³⁸.

37 Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Organización de Naciones Unidas. Fecha de Consulta: Febrero 2 de 2014.

38 Corte Constitucional de Colombia. Fecha de Consulta: Febrero 2 de 2014.

Stcia.	Situación Fáctica	Principales Argumentos Jurídicos	Problema Jurídico	Tesis
T- 428/92	<p><i>“El resguardo indígena de Cristianía, ubicado en jurisdicción del municipio de Jardín departamento de Antioquia, se ha visto afectado por la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera que de Remolinos conduce a Jardín, continuación de la "troncal del café", vía contratada por el Ministerio de Obras Públicas con el consorcio de ingenieros Solarte.</i></p> <p><i>El terreno donde se halla asentada la comunidad presenta una falla geológica, conocida con anterioridad</i></p>	<p><i>“como consecuencia de un perjuicio irremediable inferido a un derecho fundamental, se ponen en peligro otros derechos fundamentales y pueden derivarse perjuicios previsibles e irremediables que bien podrían evitarse mediante la acción de tutela”.</i></p> <p><i>“La ampliación del concepto de perjuicio irremediable hasta cubrir otros aspectos no circunscritos al daño específico, tales como el mantenimiento de la integridad comunitaria, las condiciones económicas y la existencia misma de la comunidad, están justificadas por la importancia y especial protección que la Constitución contempla para los indígenas y además por la flexibilidad y la primacía de lo sustancial en el</i></p>	<p><i>¿Qué derecho debe prevalecer ante dos Derechos Colectivos?</i></p>	<p><i>“En caso de conflicto entre el interés general y otro interés protegido constitucionalmente, la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto y a la luz de los principios y valores constitucionales. Esta labor de interpretación es función primordial del juez y en especial de la Corte Constitucional.</i></p> <p><i>En el caso a estudio, se trata de un conflicto entre dos intereses de tipo colectivo, no de un conflicto entre el interés particular y el interés general. Ambos intereses colectivos poseen diferencias en cuanto a su grado</i></p>

	<p><i>tanto por las autoridades como por los integrantes de la comunidad, hecho este que al parecer no se tuvo en cuenta al momento de tomar la decisión de ampliar la vía en mención.</i></p> <p><i>Se han producido destrozos en las construcciones ubicadas en zona aledaña a la carretera; de manera específica en el trapiche, el beneficiadero de café, un establo, varias corralejas y viviendas, todos los cuales han quedado inservibles. Las remociones de tierra, junto con el uso de dinamita y la utilización de parte del terreno</i></p>	<p><i>procedimiento constitucional.</i></p>	<p><i>de generalidad.</i></p> <p><i>El interés de la comunidad indígena está claramente delimitado en un ámbito espacial y temporal; en cambio el interés de los beneficiarios de la ampliación de la carretera, que en términos generales podría ser descrito como el interés de los pobladores de la zona cafetera del occidente colombiano, abarca un mayor número de personas, e incluso se puede afirmar que dentro de ese número de personas se incluye a la comunidad indígena. En estas circunstancias, se trata de un conflicto entre dos intereses colectivos, siendo uno de ellos compartido por ambas colectividades.</i></p> <p><i>El interés de la</i></p>
--	---	---	--

	<p><i>perteneciente a la comunidad como botaderos de tierra, se mencionan como causa de la destrucción de las instalaciones señaladas.”</i></p>			<p><i>comunidad indígena posee una legitimación mayor, en la medida en que está sustentado en derechos fundamentales ampliamente protegidos por la Constitución”.</i></p>
<p>SU-039/97</p>	<p><i>“El Ministerio del Medio Ambiente como consulta previa, para los efectos de la expedición de la licencia ambiental, tuvo como tal la reunión que sostuvieron algunos miembros de la comunidad U'wa los días 10 y 11 de enero de 1995 en la ciudad de Arauca, con participación de representantes de los Ministerios de Minas y Energía y del Medio Ambiente, Ecopetrol y la Occidental de</i></p>	<p><i>“La Consulta Previa se constituye en un derecho fundamental, 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.</i></p> <p><i>Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas,</i></p>	<p>¿Se agotó el mecanismo de consulta previa con las Comunidad es U'wa al haberse realizado dos reuniones previas?</p>	<p>“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.</p> <p>“No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un</p>

	<p><i>Colombia Inc. y, en tal virtud, procedió a expedir la resolución No. 110 de febrero 3 de 1995, mediante la cual se otorgó dicha licencia”.</i></p>	<p><i>la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación”.</i></p> <p><i>“... 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”.</i></p>		<p>proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.”</p>
C-169/01	<p>Revisión del texto de la ley Estatutaria 22-S 99 por el cual se asegura la participación de las comunidades indígenas, minorías políticas y colombianos residentes en el exterior.</p>	<p><i>“Si bien el proyecto bajo revisión cumplió con los requisitos constitucionales para el trámite de las leyes estatutarias ante el Congreso, observa la Corte que, tal y como lo señalan los ciudadanos que intervinieron en este proceso en representación de la Organización Nacional Indígena de</i></p>	<p>¿Es obligatorio realizar la consulta previa cuando se realizan sanciones legislativas ?</p>	<p><i>“Ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas.</i></p> <p><i>Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los</i></p>

		<p><i>Colombia (ONIC), se trata de una norma en la que se adoptan medidas susceptibles de afectar directamente a los grupos étnicos nacionales.</i></p> <p><i>Como se verá más adelante, el establecimiento de una circunscripción especial para garantizar la participación de los pueblos indígenas y las comunidades negras en la Cámara de Representantes, constituye una decisión legislativa de gran influjo sobre la vida de tales colectividades, ya que a través de dicha circunscripción podrán acceder, en condiciones más equitativas, a la instancia decisoria central del Estado colombiano”.</i></p>		<p><i>órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T., es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en los casos específicamente señalados”.</i></p>
C-175/09	<p><i>“Se solicita la revisión de la Ley 1152 de 2007 “por la cual se dicta el estatuto de desarrollo rural, se reforma el</i></p>	<p><i>“Para explicar la necesidad de la consulta, la corte inicialmente se remitió a las estipulaciones del convenio 169 de la OIT que establece</i></p>	<p><i>¿Es válido un proyecto de ley que afecte a los pueblos indígenas sin realizar</i></p>	<p><i>“En relación con el contenido de la norma acusada y su grado de incidencia en los intereses de las comunidades indígenas y</i></p>

	<p><i>instituto colombiano de desarrollo rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”.</i></p>	<p><i>dos modalidades de responsabilidades a cargo de los estados signatarios en relación con los derechos de las comunidades indígenas y tribales, entre las que se encuentra la provisión de escenarios que propicien la participación eficaz de las mismas.</i></p> <p><i>Con base en esas premisas, la corte ha fijado el alcance y contenido de este derecho fundamental que implica dos evaluaciones, la primera, relacionada con la diferenciación entre los niveles general y particular del derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales, y el segundo, tocante a las condiciones y requisitos de procedimiento que deben cumplirse para que la consulta previa sea un mecanismo adecuado y efectivo.</i></p>	<p>consulta previa?</p>	<p>afrodescendientes, se estableció que, por tratarse de un cuerpo normativo sistemático que reúne normas sustanciales y de procedimiento relacionadas con el aprovechamiento agropecuario de la tierra, se trata de una regulación que efectivamente incide en los intereses de la población que reside y deriva sus sustento de las actividades agrícolas rurales, de la cual hacen parte las comunidades indígenas y afrodescendientes. Dado el incumplimiento cabal de los requisitos fijados por el ordenamiento constitucional para la garantía del derecho de consulta y en vista del carácter determinante del impacto del proyecto de ley en</p>
--	--	--	-------------------------	---

				cuestión sobre la identidad de las minorías étnicas se decidió su inexequibilidad”.
--	--	--	--	---

VII. Análisis Jurídico

A. Aplicación de la Consulta Previa

De acuerdo al anterior recorrido, a partir de una conceptualización de la consulta previa, el marco normativo, la protección jurisprudencial y las diferentes convenciones a nivel internacional que brindan protección a las comunidades indígenas, es necesario evidenciar que en cuanto a su aplicabilidad la consulta previa ha tenido serias deficiencias.

Para el caso de los proyectos o construcción de obras se tiene que según el Protocolo de Coordinación Interinstitucional en su artículo 4 expresa: *“Socialización con comunidades identificadas: Envío de oficios a los líderes, autoridades tradicionales y autoridades locales.”*

Es de resaltar en este punto, la enorme discusión que se tiene ante quienes son los líderes de las comunidades indígenas, quienes son su autoridades y si estas están legitimadas para llevar a cabo un proceso de concertación. Vale decir, que existen comunidades en las cuales el escenario de concertación necesariamente debe desarrollarse en Asambleas en donde participa toda la comunidad de manera activa y propositiva.

Ahora bien, en cuanto a la realización de “escenarios de consenso”, no se trata simplemente de que las empresas o quienes estén a cargo del proyecto realicen reuniones informativas, que solo se limiten a dar a conocer los proyectos, sin generar espacios de debate, en donde se argumenten las diferentes posiciones de la controversia y se generen espacios de solución.

En cuanto al artículo 4 del protocolo: *“Pre-consulta: Explicación del proyecto a realizar en la zona, evaluación de medidas de y compensación de los impactos identificados en el proyecto”.*

La explicación de los proyectos, debe realizarse bajo un lenguaje común de las comunidades, esto es, que sea entendido por todos, y que el llamado lenguaje artificial en donde se utilizan términos técnicos sea transformado a un lenguaje sencillo y práctico entendible por los interlocutores.

La regulación y normatividad en sentido general, convenios internacionales como el 169 OIT, declaración de los pueblos indígenas (ONU), sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han protegido de manera especial a los pueblos indígenas. Estos se adscriben al llamado Bloque de Constitucionalidad, esto es en sentido estricto la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Colombia.

El Bloque de Constitucionalidad indica pues que son normas de obligatorio cumplimiento y que tienen que hacerse efectivas so pena de efectos jurídicos adversos para quienes las incumplan. De tal manera, que se hace necesario un seguimiento exhaustivo hasta las etapas finales de la consulta previa, momento en donde se presentan serias deficiencias. Si bien, no todos los casos son iguales, la normatividad anteriormente mencionada, debe guiar la decisión del juez a criterios más inequívocos de interpretación.

B. Medidas Cautelares.

El convenio 169 de la OIT hizo referencia taxativa al mismo dentro de las medidas cautelares nominadas e innominadas que se pueden aplicar para evitar un perjuicio irremediable, herramienta fundamental para evitar la destrucción o aniquilamiento de un pueblo indígena y como solución anticipatoria previa a dictar una providencia que emane del juez.

Así pues bien, las medidas innominadas como elementos no tipificados en escenarios normativos dan un margen de discrecionalidad al juez, que permite ponderar los derechos en controversia para acercarse en mayor medida al caso concreto.

VIII. Conclusiones

- ✓ La Consulta Previa es un mecanismo idóneo para proteger los derechos de los pueblos indígenas, puesto que este ha tenido un desarrollo normativo desde escenarios internacionales como el convenio 169 de la OIT, declaración de los pueblos indígenas (ONU), regulación y aplicación de la normatividad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- ✓ La eficacia puede ser cuestionada en virtud de fenómenos sociológicos propios de cada caso, ya que muchas empresas no llevan a cabo el procedimiento adecuado de consulta previa, y no tienen en cuenta las características propias de las comunidades indígenas y las formas de llevar a cabo los distintos procedimientos de consulta previa.
- ✓ La Corte Constitucional, ha establecido la obligatoriedad de la consulta de los pueblos indígenas cuando las decisiones que se vayan a tomar incidan sobre esto, producto de regulaciones legislativas, administrativas y proyectos a realizarse en los territorios de estas comunidades.

- ✓ La Declaración de los pueblos Indígenas por sí sola, no permite adecuar escenarios específicos procedimentales para llevar a cabo la consulta previa. En coordinación con el Convenio 169 de la OIT, estas normas adquieren sentido porque da un mayor grado de articulación y de aplicabilidad.
- ✓ Los escenarios de Consenso para la realización de proyectos que afecten derechos de pueblos indígenas, deben realizarse bajo posiciones dialécticas en donde haya interlocución y retroalimentación permanente que permite llegar a acuerdos favorables para ambas partes y no solamente sea un escenario en donde una parte exponga a la otra un tema determinado sin lugar al debate.

Bibliografía

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Consulta Jurisprudencial. Fecha de Consulta: Febrero 2 de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. <http://www.corteidh.or.cr/>. Caso Saramaka VS Surinam. Fecha de Consulta: Domingo, 2 de Febrero de 2014.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 169 OIT. <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>. Fecha de Consulta: 2 de Febrero de 2013.

RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. “La Consulta Previa a los pueblos indígenas. Los estándares de Derecho Internacional”. Bogotá, Colombia. 2010. http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAdministrativas/MECI/Bibliotecadiseno/Archivos/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf. Fecha de Consulta: Febrero 2 de 2014.

REVISTA DINERO. Fecha de Consulta: 2 de Febrero de 2013.

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/La-Consulta-Previa/Que-es-la-Consulta-Previa/>. Fecha de Consulta: Febrero 2 de 2014

VEGA RODRIGUEZ, Alejandra. Consulta Previa a Pueblos Indígenas y Tribales: Análisis y propuesta de legislación. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia. 2012.