

**SARAMAKA Y SARAYAKU VS. REPRESA DE LA SALVAJINA Y LEY
FORESTAL:
¿DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ENTORNO AL DERECHO A LA CONSULTA
PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS?**

Por: *Daniel Felipe Dorado Torres**
danieldorado05@gmail.com

1. Introducción

Llama notoriamente la atención que un derecho como la «*consulta previa de los pueblos indígenas*», que ha sido objeto de desarrollo por parte de instrumentos e instancias internacionales y nacionales, no tenga por un lado, reconocimiento expreso ni en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 –en adelante CADH– ni en la Constitución Política de Colombia de 1991 –en adelante CP 91–; y, por el otro lado, revista un amplio análisis jurisprudencial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH– y la Corte Constitucional colombiana –en adelante CCC–.

Así las cosas, dos preguntas que valdría la pena plantearse sobre el desarrollo jurisprudencial del «*derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas*» en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos –en adelante SIDH– y el Ordenamiento Jurídico colombiano –en adelante OJC– serían: i) ¿Cuáles han sido los principales estándares jurisprudenciales que se han elaborado alrededor de este derecho?; y, ii) ¿Existe diálogo entre los criterios desarrollados por la Corte IDH y la CCC?

Por lo tanto, la presente ponencia buscará dar respuesta a dichos interrogantes, tomando como punto de partida el cotejo de los casos decididos por la Corte IDH: «*Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007)* y «*Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012)*»; y, los fallos resueltos por la CCC: «*Caso de Inconstitucionalidad de la Ley Forestal (2008)* y «*Caso de Revisión de Tutela de la Represa de la Salvajina (2014)*». Para luego, determinar los principales criterios jurisprudenciales que ambas corporaciones han emitido sobre el «*derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas*». Y, finalmente concluir si existe o no diálogo entre los referidos estándares de ambas corporaciones, en procura de evidenciar el panorama y desafíos que le asisten al Estado colombiano, como miembro del SIDH frente a la «*consulta previa*» en particular.

* Colombiano. Abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C.; Especialista en Derecho Médico, Pontificia Universidad Javeriana; Especialista Superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Diplomado en Inglés Legal y Derecho del Consumidor, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad Externado de Colombia. Su ejercicio profesional lo ha desempeñado entre otras: Superintendencia Nacional de Salud-Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación (Colombia), Educarconsumidores (Colombia) y Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Actualmente asesor en la Corte Constitucional del Ecuador y candidato a magíster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ tesis de grado «*Las licencias obligatorias de medicamentos: Una garantía jurídica insuficiente del derecho a la salud en los Estados miembros de la Comunidad Andina*».

2. Desarrollo

a) Cotejo Jurisprudencial: Casos del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007) y del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012) vs. Casos de Inconstitucionalidad de la Ley Forestal (2008) y de Revisión de Tutela de la Represa de la Salvajina (2014)

Previo a dejar sentados los principales criterios jurisprudenciales del «derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas» que han esgrimido la Corte IDH y la CCC, queremos dejar plasmadas las razones por las cuales escogimos estos «casos de análisis».

I. Razones

Conviene comenzar citando a la CCC “conscientes de la contribución de las comunidades étnicas al pluralismo de la sociedad, del respeto que merecen sus tradiciones y creencias, y la necesidad de respetar, reconocer y preservar su cultura e identidad, los Estados han adoptado normas internacionales de carácter general para su protección”,² para darnos cuenta de la importancia que reviste la tutela de los «derechos de las comunidades indígenas», entre ellos el «derecho a la consulta previa», ya que como bien lo manifiesta Andrea Schettini “la exigencia de participación, además de ser un derecho de estos pueblos y un deber de los Estados, es una condición necesaria para la concretización del respeto de las culturas, las formas de vida, las tradiciones y los derechos de las comunidades indígenas”.³

Con este antecedente, y teniendo en consideración que este ensayo se desenvuelve en el contexto del SIDH, señalamos puntualmente, que el motivo que nos condujo a seleccionar los casos objeto de estudio obedece a las siguientes dos razones:

En primer lugar, en lo que se refiere a los «Casos del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007) y del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012)», su selección se debió a que son el primer y último antecedente, de los tres casos que han sido resueltos por la Corte IDH sobre el «derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas».⁴ Lo anterior, nos brinda un panorama general sobre los estándares que ha ido construyendo esta corporación frente a este particular.

² Corte Constitucional colombiana, sentencia T-462A, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, *Acción de tutela instaurada por los Gobernadores del Cabildo Honduras y Cerro Tijeras contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía, la Gobernación del Cauca, la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y Colinversiones S.A., hoy Celsia*, 08 de julio de 2014. Consulta 22 de enero de 2016:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-462a-14.htm>.

³ Andrea Schettini, “Por un Nuevo Paradigma de Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas: Un Análisis Crítico de los Parámetros Establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos* No. 17. Consulta 22 de enero de 2016:

http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo17.php?artigo=17,artigo_04.htm.

⁴ El caso intermedio se refiere a la causa incoada por la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay de 2010*.

En segundo y último lugar, en lo que atañe a los «*Casos de Inconstitucionalidad de la Ley Forestal (2008) y de Revisión de Tutela de la Represa de la Salvajina (2014)*», su escogencia obedeció a motivos temporales –por la cercanía con los casos resueltos por la Corte IDH–, y temáticos –porque además de referirse al derecho a la «*consulta previa*» en general, desarrollan concretamente dos matices del mismo, es decir, la «*consulta prelegislativa y la consulta para mega proyectos (especialmente la construcción de represas)*»–.

II. Cotejo de casos

Mal haríamos en adentrarnos en el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH y de la CCC, sin antes referirnos a dos afirmaciones que dejamos sentadas en la introducción de esta ponencia, puesto que las mismas nos proporcionarán un panorama general del «*Estado del Arte*» a nivel internacional, interamericano y colombiano sobre el reconocimiento del «*Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas*».

i. Afirmaciones

- Amplitud de instrumentos internacionales que han desarrollado el derecho a la consulta previa

El instrumento que se ha ocupado con mayor profundidad sobre los «*Derechos de los Pueblos Indígenas*» –particularmente el de la Consulta Previa–, es el «*Convenio 169 “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales” de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*» en sus artículos 6, 7, 15, 17, 22, 27 y 28;⁵ sin que esto signifique que no se hayan elaborado otros instrumentos que se refieran sobre el particular,⁶ entre ellos, la «*Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007*» (artículos 26, 27, 28, 30 y 32).⁷

Así las cosas, y señalando de entrada que Colombia es signataria de varios de esos instrumentos,⁸ la importancia de dejar constancia sobre los mismos, radica en que se

⁵ Ver., consulta 22 de enero de 2016:

⟨http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf⟩.

⁶ Para ampliar sobre este tema: Ver., César Rodríguez Garavito dir., et al., *La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, (Bogotá: Universidad de los Andes, 2010). Consulta 22 de enero de 2016:

⟨www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf⟩.

⁷ Aprobada por la Asamblea General mediante Resolución 61/295. Consulta 22 de enero de 2016:

⟨http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf⟩.

⁸ Colombia ratificó el Convenio 169 de la OIT el 08 de julio de 1991. Consulta 22 de enero de 2016:

⟨http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf⟩.

Igualmente, tal y como lo manifiesta la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF por sus siglas en inglés) y Oxfam “En contraste, Colombia estuvo entre los once países que se abstuvieron de votar en 2007 cuando se adoptó la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y si bien recientemente retiró su abstención y adoptó la Declaración, lo hizo con ‘tres salvedades constitucionales’: 1) sobre la propiedad del Estado de los recursos del subsuelo; 2) sobre la desmilitarización y 3) sobre el consentimiento libre, previo e informado, que incluye una aclaración sobre la inexistencia del derecho de veto. Dichas salvedades han sido criticadas y cuestionadas en cuanto a su validez jurídica, dado que se oponen no solo al contenido y fin de la Declaración sino al propio Convenio N° 169 de la

constituyen en la base para que tanto la Corte IDH como la CCC, desarrollen su jurisprudencia sobre el «*Derecho a la Consulta Previa*».

- No consagración expresa del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la CADH ni en el CP 91

Una aproximación minuciosa a la CADH⁹ y a la CP 91¹⁰, arroja sin mayores dificultades, que ninguno de los dos textos consagra explícitamente el «*Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas*», tal y como se explica a continuación:

Por un lado, la Corte IDH ha sido enfática en esbozar, el ejercicio hermenéutico que ha tenido que realizar, para desprender el «*Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas*», del artículo 21 de la CADH¹¹:

En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (artículo 31.2 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (artículo 31.3 de mismo instrumento). Igualmente, este Tribunal ha considerado que podría “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano”, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección. En este sentido, la Corte ha interpretado el *artículo 21 de la Convención* a la luz de la legislación interna referente a los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales en casos de Nicaragua, Paraguay y Surinam, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio N° 169 de la OIT.¹²

Por su parte, Ramón Esteban Laborde nos contextualiza el panorama colombiano, y la fórmula restrictiva que se acuñó en el parágrafo del Art. 330 de la CP91, para referirse al «*Derecho a la Consulta Previa*»:

OIT⁹. Ver., DPLF y Oxfam, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas – La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, (Lima: Gama Gráfica SRL, 2011), 52. Consulta 22 de enero de 2016:

http://www.observatori.org/documents/INFORME_DERECHO_CONSULTA_2011.pdf.

⁹ Consulta 22 de enero de 2016:

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

¹⁰ Consulta 22 de enero de 2016:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

¹¹ “Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social; 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley; 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”. Consulta 22 de enero de 2016:

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012. Consulta 22 de enero de 2016:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf, par. 161.

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, los representantes indígenas promovieron la inclusión de una cláusula según la cual se les aseguraba el derecho de veto a los pueblos indígenas frente a las medidas que pudieren afectar su integridad cultural y particularmente en relación con la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios, [...]. Finalmente no fue aceptada la propuesta indígena, logrando acuerdo en una fórmula restringida que se tradujo en el texto del párrafo 330 de la Constitución del siguiente tenor: **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. En cuanto a la propiedad de los recursos naturales la Constitución estableció que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio a los derechos adquiridos conforme a leyes preexistentes (Art. 332), mientras que los recursos naturales renovables, es decir, los del suelo son de propiedad del dueño de la tierra y sobre los cuales operan las limitaciones que imponen la función social y ecológica de toda propiedad (Art. 58).¹³

Finalmente, la CCC al igual que la Corte IDH, nos refiere el ejercicio hermenéutico que ha efectuado para introducir el «*Derecho a la Consulta Previa*» vía la institución del «*Bloque de Constitucionalidad*»:

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.¹⁴

En este sentido, y dejando constancia expresa del deficiente desarrollo normativo de la «*Consulta Previa*» en Colombia,¹⁵ vemos como, la inserción del «*Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas*» en el SIDH y en el OJC, obedece al cumplimiento de la obligaciones internacionales que Estados como el colombiano adquirieron al momento de ratificar entre otros la CADH¹⁶ y el Convenio 169 de la OIT (se desarrollará con

¹³ Ramón Esteban Laborde, “Colombia: La implementación del derecho a la consulta previa previsto en el Convenio 169 de la OIT”, en Biviany Rojas Garzón et al., *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, (Quito: Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía –RAMA-, 2009), 82 y 83. Los destacados son añadidos.

¹⁴ Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-039, Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell, *Proceso de la acción de tutela radicado bajo el número T-84771 instaurada por el señor Defensor del Pueblo, doctor Jaime Córdoba Triviño, en representación de varias personas integrantes del Grupo Étnico Indígena U'WA, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc.*, 03 de febrero de 1997. Consulta 22 de enero de 2016:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm>.

¹⁵ Para ampliar sobre el particular (por no ser el objeto fundamental del ensayo). Ver., Natalia Orduz Salinas, *La consulta previa en Colombia*, (Santiago de Chile: Proyecto “Elites: Discriminación y Reconocimiento” financiado por la Fundación FORD, 2014), 10-14.

¹⁶ Fecha de Ratificación: 28 de mayo de 1973. Consulta 22 de enero de 2016:

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm.

posterioridad), así como al rol de garantes de derechos humanos y máximos intérpretes de las Cartas que los han creado, y que les ha sido asignado a la Corte IDH¹⁷ y a la CCC¹⁸.

ii. Cotejo jurisprudencial

Con fines netamente pedagógicos, hemos elaborado un cuadro que sintetiza los criterios que tanto la Corte IDH como la CCC, adoptaron frente al «*Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas*» y que podrán consultarse en el «ANEXO I» de esta ponencia (para ser fieles a las limitantes de espacio que se plantearon para este documento). No obstante, vale la pena señalar que en líneas posteriores nos referiremos puntualmente sobre algunos de ellos, con el propósito de evidenciar la existencia o no de diálogo frente a los estándares esgrimidos por ambas corporaciones.

Finalmente, si el lector desea conocer sumariamente los hechos de los casos objeto de estudio, puede revisar el «ANEXO II» de este documento.

3. Conclusión

Recordemos que las preguntas rectoras de la presente ponencia se circunscribieron a determinar ¿cuáles han sido los principales estándares jurisprudenciales que se han elaborado alrededor del derecho a la Consulta Previa por parte de la Corte IDH y la CCC?; y, si ¿existe diálogo entre los criterios desarrollados por ambas corporaciones?

De esta manera, podemos dar por descontado que el primer interrogante ha sido solventado suficientemente en el «ANEXO I» de este documento, y a su lectura remitimos. No obstante, nos queda por responder el segundo cuestionamiento, que sin duda, se convierte en punto medular para esclarecer si el Estado colombiano como signatario de la CADH está cumpliendo o no con las obligaciones generales consagradas en sus Arts. 1 y 2.¹⁹

Así pues, remitiendo nuevamente a la lectura del «ANEXO I» para corroborar las afirmaciones que se mencionarán a continuación, sea lo primero aducir que nuestra respuesta a la existencia de «diálogo» entre los criterios de la Corte IDH y CCC es afirmativa, por las siguientes razones:

¹⁷ Ver., Art. 63 CADH.

¹⁸ Ver., Art. 241 CP 91.

¹⁹ «Artículo 1. *Obligación de Respetar los Derechos*: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano; Artículo 2. *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades». Consulta 22 de enero de 2016: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>.

i) Reconocimiento expreso de la Corte IDH de la recepción de los estándares por parte de la CCC, tal y como quedó sentado en la casilla del cuadro referente al «Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador».

ii) Aunque en el «Caso de la Ley Forestal» no hay una referencia expresa a la jurisprudencia de la Corte IDH, si existe implícitamente la incorporación de criterios como por ejemplo el «carácter previo» de la consulta y la realización de esta amparada en el «principio de la buena fe»; creemos, que la omisión de la CCC a una cita textual de la Corte IDH, pudo obedecer a la particularidad del tema «Consulta Prelegislativa», que hasta el momento no ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la instancia judicial interamericana.

iii) El «Caso de la Represa de la Salvajina», es suficientemente ilustrativo de la recepción de los estándares que la Corte IDH ha venido construyendo desde el «Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam y desarrollando desde el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador». Aunque quisiéramos señalar muchos argumentos relativos a este caso, por las limitantes de espacio, simplemente nos gustaría acotar la similitud de criterios entre ambas corporaciones en lo que respecta a la obtención del consentimiento obligatorio, previo, libre e informado de las comunidades indígenas solamente para los eventos de los «megaproyectos», con la notoria contradicción insertada por la CCC, ya que pese a referirse a esta obligación, la matiza diciendo que dicha facultad no significa que tengan «poder de veto»; simplemente se utilizará como referente para determinar la «alternativa menos lesiva» para la comunidad (puede revisarse el cuadro anterior sobre este particular).²⁰

Ahora bien, nos encantaría decir que el interrogante ha sido contestado. Pero, mal haríamos en referir únicamente a que si existe un «diálogo» entre los estándares de ambas corporaciones judiciales, cuando del estudio que hemos realizado se evidencia la «carencia de interlocución» entre dichos criterios y el Estado colombiano, particularmente con la función ejecutiva y legislativa.

En páginas anteriores nos referimos a dos acontecimientos que deben ser tomados en consideración en pro de un mejor desarrollo del «Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas»: i) La ausencia o inadecuada reglamentación de este Derecho en Colombia (hasta el momento la reglamentación es dispersa –Ver., pie de página No. 14– y

²⁰ “Sin embargo, la ruptura es apenas parcial, ya que el consentimiento solo se existe en los casos de proyectos de grandes dimensiones a ser ejecutados en los territorios indígenas. Exigir el consentimiento apenas en casos especiales, a pesar de ser un paso significativo, continúa poniendo en cuestión la efectiva participación de los miembros de las comunidades en los asuntos de su interés. Aún si es en mediana o pequeña escala, la afectación de la forma de vida de una comunidad indígena, puede causar daños irreparables a su integridad cultural. En este sentido, el consentimiento, en la jurisprudencia interamericana es aún visto en buena medida, sólo como el resultado deseado de la consulta y no como un requisito esencial para el ejercicio de la autodeterminación de los pueblos indígenas”. Schettini, “Por un Nuevo Paradigma de Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas: Un Análisis Crítico de los Parámetros Establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Consulta 22 de enero de 2016: <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo17.php?artigo=17,artigo_04.htm>.

no existe una «Ley Estatutaria» que regule la materia –existe un Proyecto de Ley Estatutaria elaborado por el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia,²¹ que hasta la fecha no ha sido tramitado por el Congreso de la República–); ii) La renuencia del Estado colombiano a revisar el Decreto 1320 de 1998 (continúa aplicándolo), pese a la existencia de los dos informes emitidos por el Consejo de Administración de la OIT (Ver., pie de página No. 28).

De esta manera, llama la atención que por un lado la CCC se esmere por cumplir su rol de guardiana y máxima intérprete de la CP 91, no solo incorporando los estándares de la Corte IDH, sino también yendo un poco más allá (esto no quiere decir que estemos totalmente de acuerdo con todo lo desarrollado por la Corte en torno a este derecho – reiteramos la necesidad de profundizar sobre el tema del «*consentimiento obligatorio*» para todos los casos de consulta y el alcance del mismo en los eventos de los megaproyectos–) por ejemplo: Estableciendo criterios para los casos de duda en la realización de la consulta (en todo caso debe realizarse), elaborando estándares para la comunidades afrocolombianas,²² sentando criterios de temporalidad para la realización de la consulta (debe realizarse cada vez que se vaya a afectar directa o indirectamente a una comunidad), reconociendo que la omisión de la consulta afecta no solo el derecho a la participación de las comunidades, sino otro tipo de derechos como la salud, la educación, etc (sin duda esto abre una puerta para sustentar la aplicación directa del Art. 26 de la CADH referente a los Derechos Económicos Sociales y Culturales DESC)²³, entre otros; y, por el otro lado, las funciones ejecutiva y legislativa del Estado colombiano estén incumpliendo las obligaciones generales de la CADH.

Esperemos que esta ponencia académico se constituya en un elemento de reflexión y análisis sobre la necesidad no solo del «*diálogo*» entre la Corte IDH y la CCC, sino también de la necesaria interacción que deben tener a nivel interno todas las funciones del Estado (la responsabilidad no puede y no debe recaer sobre una de ellas exclusivamente, ya que el Estado es uno solo) en «*pro de la tutela efectiva*» de los derechos constitucionales. Tal y como lo ha manifestado David Cordero Heredia (aunque su reflexión es para el caso ecuatoriano, la extrapolamos al contexto colombiano por su pertinencia),²⁴ se hace preciso

²¹ Consulta 22 de enero de 2016:

⟨http://etnoterritorios.org/apc-aa-files/9c63c8457eda7c58617bef9093d23fe0/proyecto_de_ley_estatutaria_consulta_previa.pdf⟩.

²² Además de los casos objeto de estudio de este ensayo, también: Ver., Corte Constitucional colombiana, sentencia T-576, Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, *Acción de Tutela promovida por Moisés Pérez Casseres contra el Ministerio del Interior*, 04 de agosto de 2014. Consulta 22 de enero de 2016:

⟨<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-576-14.htm>⟩.

²³ Ver., Ramiro Ávila Santamaría, *Escrito de alegatos finales: Talía Gabriela González Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*, (Quito: 2015), 27. El autor nos proporcionó esta información con fines académicos, prohibida su reproducción sin autorización.

²⁴ David Cordero Heredia, “Implementación del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en Ecuador”, en Biviany Rojas Garzón et al., *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, (Quito: Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía –RAMA-, 2009), 139 y 140.

la elaboración de una «*Ley Estatutaria del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas*», que no sólo tenga en cuenta a las comunidades en su elaboración, sino también que “las características específicas del proceso de consultas requerido por el deber de celebrar consultas variará necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas”.²⁵

²⁵ James Anaya, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas presentado ante la Asamblea General, (2011). Consulta 22 de enero de 2016: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9699.pdf?view=1>>.

BIBLIOGRAFÍA

- Anaya, James. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas presentado ante la Asamblea General. 2011.
<<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9699.pdf?view=1>>.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Escrito de alegatos finales: Talia Gabriela Gonzáles Lluy (TGGL) y familia contra Ecuador CDH-6-2014/001*. Quito: 2015.
- Cordero Heredia, David. “Implementación del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en Ecuador”. En: Biviany Rojas Garzón et.al. *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Quito: Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía –RAMA-, 2009.
- DPLF y Oxfam. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas – La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima: Gama Gráfica SRL, 2011.
<http://www.observatori.org/documents/INFORME_DERECHO_CONSULTA_2011.pdf>.
- Laborde, Ramón Esteban. “Colombia: La implementación del derecho a la consulta previa previsto en el Convenio 169 de la OIT”. En: Biviany Rojas Garzón et.al. *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Quito: Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía –RAMA-, 2009.
- Orduz Salinas, Natalia. *La consulta previa en Colombia*. Santiago, Proyecto “Elites: Discriminación y Reconocimiento” financiado por la Fundación FORD, 2014.
- *Proyecto de Ley Estatutaria elaborado por el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia*.
<http://etnoterritorios.org/apc-aa-files/9c63c8457eda7c58617bef9093d23fe0/proyecto_de_ley_estatutaria_consulta_previa.pdf>.
- Rodríguez Garavito, César dir. et.al. *La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010.
<www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf>.
- Schettini, Andrea. “Por un Nuevo Paradigma de Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas: Un Análisis Crítico de los Parámetros Establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos* No. 17.
<http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo17.php?artigo=17,artigo_04.htm>.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos:
 - Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia de 12 de agosto de 2008.
 <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf>.
 - Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012.
 <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>.
- Corte Constitucional colombiana:
 - Sentencia SU-039. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. *Proceso de la acción de tutela radicado bajo el número T-84771 instaurada por el señor Defensor del Pueblo, doctor Jaime Córdoba Triviño, en representación de varias personas integrantes del Grupo Étnico Indígena U'WA, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc.* 03 de febrero de 1997.
 <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm>>.
 - Sentencia C-030. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. *Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006 “Por la cual se expide la Ley General Forestal”*. 23 de enero de 2008.
 <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-030-08.htm>>.
 - Sentencia T-462A. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. *Acción de tutela instaurada por los Gobernadores del Cabildo Honduras y Cerro Tijeras contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía, la Gobernación del Cauca, la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y Colinversiones S.A., hoy Celsia*. 08 de julio de 2014.
 <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-462a-14.htm>>.
 - Sentencia T-576. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. *Acción de Tutela promovida por Moisés Pérez Casseres contra el Ministerio del Interior*. 04 de agosto de 2014.
 <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-576-14.htm>>.
- *Convención Americana de Derechos Humanos*. (1969).
 <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>.
- *Convenio 169 “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales” de la Organización Internacional del Trabajo*. (1989).
 <http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf>.
- *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. (2007).

- ⟨http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf⟩.
- *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional No. 116, 20 de julio de 1991.
⟨<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>⟩.
 - ⟨http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=288&lang=es⟩.
 - ⟨http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=206&lang=es⟩.

ANEXO I: Cotejo Jurisprudencial

Caso	Criterios
<p><i>Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007)</i></p>	<p>La Corte sentó los siguientes estándares, sin desarrollarlos a profundidad: i) Las consultas deben ser realizadas previamente y de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados, teniendo como objetivo alcanzar un acuerdo entre las partes; ii) Los Estados deben asegurar que las comunidades tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluyendo los riesgos ambientales y para la salud, a fin de que acepten el proyecto a ser realizado en su territorio, con pleno conocimiento y de forma voluntaria; iii) La consulta debe tomar en consideración los métodos tradicionales de toma de decisión de las comunidades indígenas y tribales; iv) La Corte explicó la diferencia entre <i>consulta</i> y <i>consentimiento</i>. Según su parecer, la <i>consulta</i> siempre es necesaria, pero el <i>consentimiento previo</i> de la comunidad solo se exige en caso de proyectos de gran dimensión o escala que tengan un impacto mayor dentro del territorio ancestral.²⁶</p>
<p><i>Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012)</i></p>	<p>La Corte dotó de contenido los estándares que señaló en el <i>Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam</i>: i) El carácter previo de la consulta (<i>Pars. 180 a 184</i>); ii) La buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo dentro de la consulta (<i>Pars. 185 a 200</i>); iii) El carácter adecuado y accesible de la consulta (<i>Pars. 201 a 203</i>); iv) La necesidad de un Estudio de Impacto Ambiental (<i>Pars. 204 a 207</i>); v) El carácter informado de la consulta (<i>Pars. 208 a 2011</i>).</p> <p>Además la Corte fue enfática en señalar que: i) La obligación de realizar la consulta previa, además de constituir una norma convencional, es un principio general del Derecho Internacional; ii) Es un deber del Estado realizar la consulta previa con los pueblos indígenas, siendo un deber indelegable a terceros; iii) La violación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas afecta directamente su identidad cultural, sus costumbres, su cosmovisión y sus modos de vida; y iv) Diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), entre ellos Colombia, a través de su normativa interna y por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares elaborados por la Corte IDH (<i>Pars. 164, 198 y 220</i>).²⁷</p>
<p><i>Ley Forestal (2008)</i></p>	<p>Destacamos que no existe una referencia expresa al SIDH. No obstante, pese a que los argumentos de la Corte se centran en desglosar la <i>Consulta Prelegislativa</i> de medidas que puedan afectar a los pueblos indígenas y tribales <i>directamente</i>, como se verá a continuación, no podemos pasar por alto algunas referencias generales que realiza sobre la <i>Consulta</i>: i) Dimensiones del <i>Derecho de Participación</i> que se insertan en el Art. 6 del Convenio 169 OIT: “Por un lado, la obligación contenida en el <i>literal b)</i> de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, por otro, el deber de consulta previsto en el <i>literal a)</i> en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos”; ii) La Constitución solo reconoció explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto en el parágrafo del artículo 330. Sin embargo, mediante las <i>Leyes 70 y 99 de 1993</i>, se amplió el espectro de la consulta a las <i>comunidades negras o afros</i>; iii) Reitera el carácter fundamental del derecho de participación de la comunidad indígena, señalando que corresponde a cada Estado, ya sea en la Constitución y en la Ley, desarrollar los mecanismos idóneos para hacer</p>

²⁶ Todas las referencias realizadas dentro de este acápite pueden consultarse en: Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia de 12 de agosto de 2008. Consulta 22 de enero de 2016:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf, pars. 133, 134, 153 y 154.

También: Ver., Schettini, “Por un Nuevo Paradigma de Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas: Un Análisis Crítico de los Parámetros Establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

²⁷ Todas las referencias realizadas dentro de este acápite pueden consultarse en: Ver., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012. Consulta 22 de enero de 2016:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

También: Ver., Schettini, “Por un Nuevo Paradigma de Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas: Un Análisis Crítico de los Parámetros Establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

	<p>efectiva la participación de las comunidades.</p> <p>Ahora bien, en lo que atañe a la <i>Consulta de Medidas Legislativas</i>, la Corte manifestó que: i) La Carta Magna guarda silencio en torno a la necesidad de consultar a las comunidades indígenas cuando se pretendan adoptar <i>medidas legislativas</i> que los vayan a afectar directamente, tal y como lo manda el <i>Art. 6 Lit. a) del Convenio 169 de la OIT</i>; ii) El Estado tiene la <i>obligación</i> de consultar previamente a los grupos étnicos, cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas que los afecten directamente; iii) Existe una <i>afectación directa</i> cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes. O, por el contrario, le confiere beneficios; iv) Señala, que por ejemplo, el Estado puede hacer uso de talleres preparatorios que tengan por objeto <i>forjar</i> el consentimiento completo, libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas, a partir de los cuales se procure y gestione de buena fe, un consenso real y lo más universal posible alrededor de la medida legislativa; v) En cuanto a las condiciones de <i>tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta</i> a la que se ha venido aludiendo, es preciso señalar que en la medida en que el <i>Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley</i>, debe atenderse a la <i>flexibilidad</i> que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al <i>principio de la buena fe</i>, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea <i>efectiva y conducente</i>, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar; vi) La <i>consecuencia jurídica de la omisión</i> frente al deber de consulta puede circunscribirse a: Encontrar que la ley como tal es <i>inconstitucional</i>, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que <i>excluya</i> a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una <i>omisión legislativa</i>, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para <i>subsanan</i> la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un <i>vacío legislativo</i>, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una <i>omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas</i>; vii) Amplia el estándar a las <i>medidas administrativas</i> que también afecten directamente a las comunidades indígenas.²⁸</p>
<p><i>Represa Salvajina (2014)</i></p>	<p>A diferencia de la anterior sentencia, el siguiente fallo constituye a nuestro criterio un <i>caso obligado de consulta</i> si se quiere tener una visión general de la <i>Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en Colombia</i>, no sólo por su reciente actualidad (2014), sino también porque se pronuncia específicamente sobre los siguientes temas: i) El marco normativo de las licencias ambientales en Colombia; ii) El derecho a la consulta previa como manifestación del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y a la participación en las decisiones que los afectan (haciendo referencia, entre otros a los casos resueltos por la Corte IDH); iii) El derecho a la participación de comunidades locales en la construcción de megaproyectos que generan una afectación al ambiente e impactan a las comunidades asentadas en su área de influencia; y, iv) Los impactos sobre los derechos humanos de las comunidades aledañas a la construcción y operación de megaproyectos como las represas. Así las cosas, por las limitantes de espacio propias de este ensayo, nos referiremos puntualmente a los estándares que la Corte fijó en los temas ii, iii y iv:</p> <p>- <i>El derecho a la consulta previa como manifestación del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y a la participación en las decisiones que los afectan (haciendo referencia, entre otros a los criterios elaborados por la Corte IDH): i)</i> El <i>carácter fundamental</i> de la consulta previa es consecuencia de su vinculación con la defensa de la integridad cultural de las comunidades indígenas, así como de las condiciones que permiten su supervivencia como pueblos diferenciados. Correlativamente, es una <i>obligación estatal</i> que se concreta en consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, <i>garantizándoles un espacio de participación especial en el que puedan decidir sobre las prioridades que influyen en sus procesos de</i></p>

²⁸ Todas las referencias realizadas dentro de este acápite pueden consultarse en: Ver., Corte Constitucional colombiana, sentencia C-030, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, *Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006 “Por la cual se expide la Ley General Forestal”*, 23 de enero de 2008. Consulta 22 de enero de 2016: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-030-08.htm>>.

desarrollo; **ii)** La *libre determinación* comprende el derecho de las comunidades étnicas a “(...) determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines”. *Se manifiesta en tres (3) ámbitos concretos:* a) *El derecho a participar de cualquier decisión que pueda afectar directa o indirectamente los intereses de la comunidad*, prerrogativa que se expresa en el derecho a la participación, y concretamente, a de consulta previa, b) La participación en las decisiones políticas y c) El derecho al autogobierno por medio de las autoridades tradicionales; **iii)** Respecto de otras decisiones que puedan afectar *indirectamente* a las comunidades, el *Art. 7-3 del Convenio 169 de la OIT* prevé la obligación de los estados parte de “(...) velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”; **iv)** En el *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*, relativo a la protección de los derechos a la propiedad colectiva y a la participación de una comunidad tribal frente al otorgamiento de concesiones por el Estado que implican la exploración y explotación de los recursos naturales de territorios indígenas y étnicos, se estableció que es una *obligación estatal garantizar:* “a) La participación efectiva de los miembros de las comunidades afectadas con el proyecto, de conformidad con sus costumbres y tradiciones en relación con el plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción; b) Asegurar que los beneficios de la obra o proyecto sean también para la comunidad indígena o étnica asentada en el territorio donde se realiza la explotación de los recursos; y c) Controlar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio de las comunidades hasta tanto, bajo la supervisión del Estado, se realice un estudio previo de impacto social y ambiental. Igualmente, la Corte IDH ha sido clara en señalar que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un mayor impacto dentro del territorio de comunidades indígenas tribales o étnicas, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultarlas, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstas, según sus costumbres y tradiciones. Conforme a esto, la consulta debe cumplir con requisitos estrictos: Debe ser adelantada de buena fe, realizada con carácter previo, debe ser adecuada y accesible, contar con un estudio de impacto ambiental y social, y debe tener la finalidad de llegar a un acuerdo con las comunidades presuntamente afectadas”; **v)** El *proceso de consulta previa* debe observar ciertas *características esenciales* para que sea adelantado conforme a los *estándares exigidos en la normativa internacional e interna*, y además, se logre un *espacio de participación efectivo* en el que existan verdaderas concertaciones entre las entidades estatales, los agentes privados interesados y las comunidades indígenas: a) La consulta previa debe buscar el *consentimiento libre e informado* de las comunidades frente a las medidas que afectarán sus intereses. Este consentimiento es indispensable cuando las medidas impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto, estén relacionados con el vertimiento de sustancias tóxicas en los territorios donde se asientan las comunidades y/o representen un alto impacto en las condiciones sociales, culturales y económicas que pongan en riesgo la supervivencia de la comunidad indígena o étnica. Lo anterior *no significa* que las comunidades tengan *poder de veto*, pero el consentimiento de las comunidades es imprescindible para determinar la alternativa *menos lesiva* sobre la medida administrativa o legislativa a realizar conforme el principio de interpretación *pro homine* (en caso de no llegarse a una concertación, deben tomarse todas las medidas necesarias para mitigar, corregir o restaurar los efectos que pudieran derivarse de las obras o actividades realizadas en el territorio de la comunidad afectada); b) La consulta previa debe ser un *proceso de concertación o acuerdo con la comunidad*, a través de sus representantes autorizados, quienes manifiesten sus conformidades e inconformidades con el proyecto u obra a realizar y la manera como posiblemente puede verse afectada su identidad e integridad étnica y cultural, así como las posibles medidas de compensación que se requieren para mitigar los efectos. Por tanto, *no es suficiente la mera información o notificación a la comunidad sobre el proyecto que se realizará*, es decir, la reunión de divulgación de un proyecto en la que no se brinda oportunidad a los representantes o autoridades tradicionales de las comunidades de pronunciarse, no se considera una consulta previa; c) Antes de llevar a cabo la consulta, deben *existir conversaciones preliminares con la comunidad o comunidades que puedan ser afectadas*, con el objeto de identificar las instancias de gobierno y los representantes, socializar el proyecto y concertar la metodología con la cual se adelantará el proceso de consulta previa; d) La consulta debe realizarse *indefectiblemente* antes de que comience el proyecto de explotación o de que se tome la decisión normativa o de otro tipo que afecta a las comunidades directamente, so pena de que la medida pueda ser invalidada por un vicio de ausencia de consulta; e) Conforme al *Art. 6 del Convenio 169 de la OIT*, la consulta previa debe regirse por el *principio de la buena fe*, lo que quiere decir que el proceso no debe ser manipulado y debe adelantarse en un ambiente de transparencia de la información, claridad, respeto y confianza; f) Debe *garantizarse el acompañamiento y apoyo a las comunidades* en el proceso de consulta por autoridades como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, para asegurar que estén informadas de las propuestas del proyecto y sus implicaciones; g) Los *resultados de la consulta*, es decir, las decisiones que se tomen

conjuntamente y las medidas de compensación acordadas, deben tener efectos sobre la decisión del proyecto; h) La consulta debe ser un *proceso que no se agota con "acercamientos" o la simple socialización de las decisiones con las comunidades afectadas*, sino que exige un *verdadero diálogo* entre los agentes involucrados, en el que se identifiquen las ventajas y desventajas de la ejecución de las decisiones que eventualmente afectarán a los pueblos indígenas y tribales, y las medidas de compensación y mitigación más adecuadas; i) Cuando *existan dudas sobre la procedencia de la consulta*, debe adelantarse un escrutinio, preliminar pero formal, con las comunidades, en orden a establecer si existe una potencial afectación de sus derechos que haga imperativa el proceso consultivo. Igualmente, el proceso de consulta debe *respetar un límite temporal* porque, a partir de la identificación precisa de los elementos que se encuentran en juego, es menester llegar a una definición, sin que quepa mantener en suspenso, de manera indefinida, las expectativas de las distintas partes.

- *El derecho a la participación de comunidades locales en la construcción de megaproyectos que generan una afectación al ambiente e impactan a las comunidades asentadas en su área de influencia:* **i)** El *derecho de participación*, no se limita al campo político sino que se extiende a *múltiples materias* (económicas, sociales, rurales, familiares y ambientales, entre otros), debido al *carácter universal* (en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social) y *expansivo* (pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción) del *principio democrático*. Es así como *este derecho se traduce* en la facultad que tienen los ciudadanos de escuchar y conocer las propuestas de las entidades estatales que les puedan afectar de alguna forma, e intervenir, informarse y comunicar sus intereses frente a ellas y así incidir en la toma de decisiones; **ii)** Para garantizar el *derecho a la participación*, hay *múltiples mecanismos*, según el ámbito en el que se vaya presentar la intervención estatal. Por ejemplo, las *consultas populares* son un mecanismo de participación en el ámbito político. En *materia ambiental*, existen otros mecanismos de participación administrativa, dentro de los cuales está la *consulta previa*, la audiencia pública ambiental, la intervención en los procedimientos administrativos ambientales, el derecho de petición, las veedurías ciudadanas en asuntos ambientales y la participación en los procesos de planificación ambiental, entre otros; **iii)** El *derecho a la participación de la comunidad en megaproyectos* cuando estos implican una *afectación del ambiente y de los recursos naturales*, se encuentra garantizado en el artículo 79 de la Constitución; **iv)** La importancia de garantizar los espacios de participación de la comunidad en el *diseño y ejecución de megaproyectos que intervienen recursos del medio ambiente*, se fundamenta además en que el ambiente es un bien jurídico constitucionalmente protegido en el que concurren varias dimensiones: Es un *principio* que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con la protección de los recursos naturales; es un *derecho constitucional* de cada individuo como ciudadano y puede ser exigido por vía judiciales; es origen de la *obligación a cargo del Estado* de prestar saneamiento ambiental como un *servicio público*, como la salud, la educación y el agua, cuya protección garantiza al mismo tiempo la calidad de vida de los habitantes; y finalmente, es una *prioridad* dentro de los fines del Estado, comprometiendo la *responsabilidad directa del Estado* al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección; **v)** La participación comunitaria debe ser *previa*, toda vez que es la mejor forma de armonizar las obligaciones estatales de protección del medio ambiente con los intereses de la comunidad, y adquiere mayor relevancia en los eventos en que la actividad pueda ocasionar un daño considerable o irreversible al medio ambiente, para concertar medidas de compensación y de reparación acordes con la naturaleza de la comunidad afectada; **vi)** En la *construcción de megaproyectos que implican la afectación o intervención de recursos naturales*, las autoridades estatales tienen la *obligación* de garantizar espacios de participación que conduzcan, de un lado, a la realización de *diagnósticos de impacto comprensivos*, y de otro, a *concertaciones mínimas* en las que tanto los intereses del proyecto u obra a realizar como los intereses de la comunidad afectada se vean favorecidos (en esta etapa es indispensable entonces garantizar la participación de las *comunidades asentadas en el área de influencia del proyecto*, pues ellas tienen conocimiento de primera mano y son quienes eventualmente sufrirán los impactos, de modo que la información que aporten al proceso garantizará la realización de una evaluación completa); **vii)** Antes de realizar cualquier proyecto que implique la intervención o afectación del medio ambiente, *es necesario obtener una licencia ambiental*, la cual comprende necesariamente el análisis del impacto del megaproyecto en el área de influencia (debe considerarse los casos insertos en régimen de transición anteriores a la entrada en vigencia de la *Ley 99 de 1993 Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema*

Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones, que reguló entre otros el tema de las licencias ambientales); viii) El artículo 57 de la Ley 99 de 1993 contempla la necesidad de realizar un Estudio de Impacto Ambiental dentro del proceso de obtención de la licencia ambiental, el cual debe contener “información sobre la localización del proyecto, y los elementos abióticos, bióticos, y socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad, para cuya ejecución se pide la licencia, y la evaluación de los impactos que puedan producirse. Además, deberá incluir el diseño de los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de impactos y el plan de manejo ambiental de la obra o actividad (cuando se trata de comunidades indígenas y afrocolombianas deben interpretarse estas normas en conjunto con 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, concretamente el artículo 10 que consagra el contenido del componente socioeconómico en los estudios ambientales²⁹); ix) La identificación y corrección de impactos de la obra o proyecto debe realizarse en todo momento y no sólo en la etapa de planeación o construcción; x) Según cada caso y la decisión que se esté adoptando, deben analizarse cuáles son las comunidades que se verán afectadas, y por ende, a quienes debe garantizársele los espacios de participación y de concertación oportunos para la ejecución de determinada decisión; xi) La participación es indispensable para el diseño de las medidas de compensación y corrección que deben adoptarse en los megaproyectos; éstas deben ser producto de una concertación con las comunidades locales afectadas, según sus intereses. Serán distintas por un lado las medidas adoptadas en una consulta previa con una comunidad indígena; que las adoptadas con una comunidad campesina en el espacio de participación con ella, toda vez que las cualidades de ambos grupos y su relación con los recursos naturales son disímiles, pero de igual importancia para su subsistencia; xii) En materia ambiental, conforme el Decreto 1320 de 1998 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el caso de un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales que generan una afectación directa o indirecta, como requisito sine qua non, se debe consultar a las comunidades indígenas y afrodescendientes antes de expedirse una licencia ambiental; xiii) Tratándose de proyectos y obras de exploración y explotación de los recursos naturales que afectan el territorio de estos pueblos e impactan el ambiente, el Estado debe adelantar procesos de consulta que observen las necesidades y costumbres de los miembros de dichos pueblos para cumplir de forma efectiva, no sólo con el goce de los derechos a la propiedad y a la participación, sino de otros derechos que son el pilar de su subsistencia, como lo son la salud y la educación, entre otros; xiv) Si el proyecto ya estuviere ejecutado, la consulta debe versar sobre las medidas de compensación y mitigación de los impactos generados.

- Los impactos sobre los derechos humanos de las comunidades aledañas a la construcción y operación de megaproyectos como las represas: i) Cuando se trata de la construcción de grandes represas y embalses, y para ello se requiere la modificación de un ecosistema así como la alteración de cauces de ríos y la inundación de áreas, es necesario que el Estado observe estrictamente los parámetros de protección de los derechos de las comunidades aledañas a la zona de influencia, incluyendo las indígenas y étnicas; ii) Los problemas que genera la construcción de una obra de la envergadura de una represa no se agotan en los conflictos sobre consulta previa; otros derechos de las comunidades también suelen encontrarse en riesgo.³⁰

Fuente: Elaboración Propia.

²⁹ El Consejo de Estado mediante sentencia de la Sección Primera, rad. 5091 de 1999, Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, resolvió una acción de nulidad contra el Decreto 1320 de 1998 reglamentario del Derecho a la Consulta Previa a comunidades indígenas y negras, disponiendo su conformidad con la Constitución y las leyes. No obstante, la Central Unitaria de Trabajadores –CUT- y la Asociación Médica Sindical de Colombia –ASMEDAS- presentaron una reclamación ante la OIT por el incumplimiento del Convenio 169 por parte del Estado Colombiano, en particular y entre otros casos, por la expedición inconsulta del Decreto 1320 de 1998, reclamo atendido y resuelto mediante los informes aprobados por el Consejo de Administración GB. 282/14/4 y GB. 282/14/3 en donde se insta al Gobierno colombiano a modificar el referido Decreto, para ponerlo de conformidad con el espíritu del citado Convenio, y a realizar tal modificación en consulta y con la participación previa y activa de los representantes de las comunidades indígenas destinatarias. A la fecha el Decreto sigue vigente y Colombia no cuenta con una Ley Estatutaria sobre el tema. Vid. Esteban Laborde, “Colombia: La implementación del derecho a la consulta previa previsto en el Convenio 169 de la OIT”, 101.

³⁰ Todas las referencias realizadas dentro de este acápite pueden consultarse en: Ver., Corte Constitucional colombiana, sentencia T-462A, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Consulta 22 de enero de 2016: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-462a-14.htm>>.

ANEXO II: Síntesis Hechos

Caso	Hechos
<p><i>Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007)</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Se relacionan con el Pueblo Saramaka, cuyos integrantes forman un pueblo tribal con características culturales específicas y una identidad conformada por una compleja red de relaciones con la tierra y las estructuras familiares. La ocupación del territorio de los Saramaka data de comienzos del Siglo XVIII. - Aun cuando el Estado es el propietario de los territorios y recursos ocupados y utilizados por el Pueblo Saramaka, por aprobación tácita del Estado, éste ha obtenido cierto grado de autonomía para gobernar sus tierras, territorios y recursos. No obstante, el Estado empezó a otorgar concesiones a terceros para actividades madereras y de minería en la zona del Río Suriname Superior y el territorio del Pueblo Saramaka. Asimismo, las concesiones madereras otorgadas dañaron el medio ambiente. - El Pueblo Saramaka carecía de estatuto jurídico en Suriname y por tanto no era elegible para recibir títulos comunales en nombre de la comunidad o de otra entidad colectiva tradicional que posea la tierra. A pesar de haber solicitado que se establezca o reconozca un título de propiedad sobre sus territorios, el Estado no realizó mayores acciones para ello.³¹
<p><i>Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012)</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Se enmarcan en la región de la provincia de Pastaza, donde habita el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. Esta población, la cual tiene alrededor de 1200 habitantes, subsiste de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. En el año 2004 se registró el estatuto del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku. - En 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región Amazónica entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku. - En numerosas ocasiones la empresa petrolera CGC intentó gestionar la entrada al territorio del Pueblo Sarayaku y conseguir el consentimiento de dicho Pueblo para la exploración petrolera, aunque fueron infructuosas. En el año 2002 la Asociación de Sarayaku envió una comunicación al Ministerio de Energía y Minas en que manifestó su oposición a la entrada de las compañías petroleras en su territorio ancestral. - A raíz de la reactivación de la fase de exploración sísmica en noviembre de 2002 y ante el ingreso de la CGC al territorio de Sarayaku, la comunidad paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolares. Con el propósito de resguardar los límites del territorio para impedir la entrada de la CGC, miembros del Pueblo organizaron seis en los linderos de su territorio. La empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 fueron denunciados una serie de hechos de presuntas amenazas y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes, miembros y un abogado de Sarayaku. - El 19 de noviembre de 2010, PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23. El Pueblo Sarayaku no fue informado de los términos de la negociación que sostenía el Estado con la empresa CGC ni de las condiciones en las que se celebró el Acta.³²

³¹ Los hechos fueron extraídos de: Ver., *Ficha Técnica: Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Consulta 22 de enero de 2016: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=288&lang=es.

³² Los hechos fueron extraídos de: Ver., *Ficha Técnica: Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Consulta 22 de enero de 2016: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=206&lang=es.

<i>Ley Forestal (2008)</i>	- Los demandantes solicitan a la Corte Constitucional que declare la inexecutable de la totalidad de la Ley 1021 de 2006 “Por la cual se expide la Ley General Forestal” por cuanto, en su trámite de expedición, no se realizó consulta previa a las comunidades indígenas, ni a los pueblos afrodescendientes, lo cual constituye una violación del artículo 6° del Convenio 169 de 1989 de la OIT y de los artículos 1, 2, 3, 7, 9, 13, 93 y 330 de la Constitución Política. ³³
<i>Represa Salvajina (2014)</i>	<p>- En el año de 1981, el gobierno nacional comenzó la construcción del embalse Salvajina al norte del departamento del Cauca, región poblada por comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes.</p> <p>- Sin hacer ningún tipo de consulta con las comunidades sobre los efectos del proyecto, el Estado inició y continuó las obras que terminaron en 1985. Aclaran que al año siguiente comenzó la regulación del cauce del río Cauca a través de la represa.</p> <p>- La construcción del embalse sin la consulta debida, tuvo varios efectos sobre las comunidades que vivían en la zona.</p> <p>- El día 17 de agosto de 1986, los representantes de las comunidades y los representantes del gobierno llegaron a un acuerdo que “quedó consignado en un acta. En ella el gobierno nacional se comprometió una serie de obras en infraestructura, salud, empleo y obras públicas (...) se acordó en relación con el derecho a la educación, la construcción, dotación y consecución de profesores para varias escuelas (...) a proveer la cantidad suficiente de profesores y a modificar el pensum escolar para adecuarlo a las necesidades de la comunidad”. Asimismo, añaden que el gobierno se comprometió a construir carreteras para que los diferentes territorios que estuvieran incomunicados, contaran con vías idóneas de acceso a sus comunidades.</p> <p>- Estos compromisos fueron adquiridos por el Estado “hace más de 25 años, y desde hace 25 años las comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes han venido exigiendo el cumplimiento de este acuerdo, sin que el gobierno nacional, departamental, ni local hayan cumplido a cabalidad sus compromisos”. Igualmente expresan que de los acuerdos concertados en el acta de 1986 se ha dado cumplimiento sólo al 30%, lo que ha generado graves perjuicios para la vida diaria de las diversas comunidades afectadas.</p> <p>- El Gobernador del resguardo indígena de Honduras, Rolando Talaga Campo y el Gobernador del cabildo de Cerro Tijeras, Carlos Cobo Chandillo (actualmente el señor Marino Pilcue Quiguanas), en representación de sus comunidades, particularmente, de los niños y niñas, interpusieron acción de tutela, solicitando que se amparen sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la diversidad cultural y étnica (artículo 7 C.P.), a la educación (artículos 10, 67 y 68 C.P.), y a la protección especial de los menores de edad (artículo 44 C.P), todo ello relacionado con el principio de la buena fe (artículo 83 C.P.), y en consecuencia, que se ordene a las entidades demandadas que “en un plazo razonable acometan todas las acciones necesarias para que dejen de vulnerarse los derechos fundamentales señalados”.</p> <p>- Tanto en primera como en segunda instancia la acción de tutela fue denegada. Esta llegó a conocimiento de la Corte Constitucional vía procedimiento de Selección y Revisión de Tutelas.³⁴</p>

Fuente: Elaboración Propia.

³³ Los hechos fueron extraídos de: Vid. Corte Constitucional colombiana, sentencia C-030.

³⁴ Los hechos fueron extraídos de: Vid. Corte Constitucional colombiana, sentencia T-462A.