

---

## **Estándares jurídicos establecidos a través de la jurisprudencia de la corte IDH y la Corte Constitucional para la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas y étnicas.**

**Legal standards established through the jurisprudence of the Corte IDH and the Corte constitutional to execute prior consultation with indigenous and ethnic communities**

---

**Autores:**

**Paola Vanessa Hernández Villa<sup>1</sup>  
Alejandro Abraham De León Llanos<sup>2</sup>**

### **Resumen**

La consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas y étnicas que reviste una connotación esencial en el marco de las tensiones generadas entre la propiedad colectiva de las comunidades, sus formas de vida y el desarrollo de proyectos de extracción minera o similares en las zonas donde estos habitan. De lo anterior se deriva la existencia de conflictos constantes entre pueblos, estados y empresas, que tienden a solucionarse a través de la jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional, quienes se han encargado de plantear soluciones al debate alrededor de esta figura, determinando una serie de características y alcances de la consulta previa, las cuales han funcionado como herramientas para llenar el vacío legal que existe en razón de su no regulación en Colombia. Este análisis se realizará a través de una revisión doctrinal, jurisprudencial y legislativa orientada a entender los estándares jurídicos bajo los cuales se debe realizar la consulta previa.

---

<sup>1</sup> Estudiante de la Universidad Libre Seccional Barranquilla de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, del programa de Derecho, quinto año calendario A. Miembro del semillero «Transformaciones democráticas y Democracia participativa.», [paolav-hernandezv@unilibre.edu.co](mailto:paolav-hernandezv@unilibre.edu.co)

<sup>2</sup> Estudiante de la Universidad Libre Seccional Barranquilla de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, del programa de Derecho, quinto año calendario A. Miembro del semillero «Transformaciones democráticas y Democracia participativa.», [alejandroa-deleonn@unilibre.edu.co](mailto:alejandroa-deleonn@unilibre.edu.co)

**Palabras Clave:**

Consulta previa, Corte Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derechos fundamentales, comunidades indígenas.

**Abstract**

Prior consultation is a fundamental right of indigenous and tribal communities that has an essential connotation considering the tensions generated between the collective property of the communities, their ways of life, and the development of mining or similar projects in the areas where they live. This has led to the existence of constant conflicts between communities, states and companies, that tend to be solved through the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the Colombian Constitutional Court, these have been in charge of proposing solutions to the debate around this figure, determining a series of characteristics and scopes around the prior consultation, which have served as a tool to fill the legal vacuum that exists due to its non-regulation in Colombia. This analysis will be carried out through a doctrinal, jurisprudential, and legislative review aimed at understanding the legal standards that need to be followed in the process of prior consultation.

**Key Words:**

Prior consultation, Constitutional Court, Inter-American Court of Human Rights, fundamental rights, Indigenous Communities.

**INTRODUCCIÓN**

Derivado del convenio 169 de la OIT y la Constitución de 1991, en conjunto con el desarrollo jurisprudencial al respecto, la consulta previa se ha consolidado como a) un derecho fundamental en cabeza de los pueblos indígenas y b) un requisito de procedibilidad para la toma de decisiones administrativas o similares que puedan afectar directamente los derechos que se encuentran en titularidad de estos pueblos, derivados del reconocimiento hecho para con su autonomía, autodeterminación e instituciones propias. Esta consulta tiene

como finalidad la generación de espacios de diálogo entre el Estado y las comunidades, posibilitando la participación de estos últimos en la toma de decisiones sobre los proyectos de extracción minera y similares que pretendan realizarse en sus territorios, permitiendo que, a través de sus perspectivas sobre las medidas, se preste especial atención a la afectación que estos pueden generar sobre la integridad cultural, subsistencia y demás derechos de estas comunidades.

En Colombia conviven al rededor de 115 pueblos indígenas DANE (2018), los cuales suelen habitar en territorios ricos en recursos naturales de interés económico para el Estado, por lo que la toma de medidas administrativas sobre estos derivan en la necesidad de aplicar la consulta previa. Lo anterior explica que en Colombia se utilice el proceso de consulta previa de manera constante. Para ejemplificar esto, los datos del Ministerio del Interior (2019 - 2020) demuestran que hubo 923 consultas iniciadas en el lapso de junio de 2018 a junio de 2019 y las 372 del 2020.

La consulta previa tiende a generar tensión entre la protección de los derechos de las comunidades indígenas y los demás grupos étnicos, y la necesidad estatal de obtener recursos, por lo que la implementación de este mecanismo busca propiciar un marco en el que aquellos directamente afectados por el impacto ambiental, social y cultural participen en el proceso de desarrollo de las condiciones de intervención a su territorio, a través de la consulta previa. De esta manera se busca prevenir la generación de daños que repercutan gravemente en la subsistencia de estas comunidades así como del medio ambiente.

El carácter previo de la consulta implica que se deberá consultar a las comunidades antes de ponerse en marcha cualquier proceso o decisión que afecte su territorio; sin embargo, no son extraños a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional casos en donde se ordena la suspensión de la ejecución de un proyectos en marcha por la inobservancia del requisito de consulta previa, viniendo a servir como mecanismo para cesar la afectación a los derechos de los pueblos o retribuir el daño generado producto de a) la no realización previa de la consulta o b) la realización de esta con incumplimiento de los estándares jurídicos pertinentes. De lo anterior, resulta relevante para este artículo preguntarse, ¿Cuáles son los estándares jurídicos establecidos a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional para la realización de la consulta previa a los pueblos indígenas? Lo anterior con el objetivo

de identificar un marco jurisprudencial que permita entender las implicaciones de la consulta previa, la posición del ordenamiento jurídico colombiano y el aporte por parte de las disposiciones convencionales relevantes a la figura, con el fin de aclarar sus alcances a partir de la concepción contemporánea de este derecho fundamental de las comunidades indígenas y étnicas en el Derecho colombiano y latinoamericano.

## **METODOLOGÍA**

El texto parte de una investigación teórica planteada en base a una metodología cualitativa de tipo socio-jurídica, que se sustenta fundamentalmente en, por un lado, la revisión jurisprudencial con respecto a los estándares jurídicos relevantes al tema establecidos a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional y, por otro, la revisión legislativa con relación a la normatividad colombiana que regula este derecho. También se hace uso de la revisión bibliográfica doctrinal para la caracterización de este derecho fundamental de los pueblos indígenas. Las conclusiones serán extraídas a partir del método analítico-sintético. Del análisis realizado alrededor de los estándares jurídicos aplicables a la consulta previa desarrollada a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pudo concluir que estos pronunciamientos han permitido desarrollar en profundidad los derechos y prerrogativas de las comunidades indígenas y étnicas. Además, existe una necesidad de recoger estos estándares en una legislación que otorgue seguridad jurídica al respecto de las implicaciones de los procesos de consulta.

## **DISCUSIÓN**

### ***Caracterización de la Consulta previa a las comunidades indígenas de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH y la Corte Constitucional.***

La consulta previa surge como expresión del derecho de participación de las comunidades indígenas y étnicas. Esta participación es contemplada a través de los derechos políticos, y demás mecanismos de participación que permitirán la consideración de sus preocupaciones y la protección de sus derechos colectivos. Esto es fundamental para el desarrollo de la democracia, y el fortalecimiento de la representatividad de los Estados (ONU, 2011, párr. 79 - 80). La consulta implica que estas comunidades deben,

Ser consultadas sobre cualquier decisión que las afecte directamente, de manera que puedan manifestar su opinión sobre la forma y las razones en las que se cimienta o en las que se fundó una determinada medida, pues ésta incide o incidirá claramente en sus vidas. (Corte Constitucional, sentencia SU-123 de 2018, párr. 5.1)

Lo anterior implica que tienen derecho a expresar sus prioridades de manera activa en el proceso de la toma de cualquier decisión que les pueda afectar de forma directa en una dimensión física, cultural, espiritual, institucional, territorial. Esta garantía se establece en el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia a través de la ley 21 de 1991, instrumento esencial para el reconocimiento de este derecho, el cual, tal como indica Rodríguez et al (2010), fija la obligación de los estados de consultar a los pueblos indígenas en aquellas situaciones que podrían afectarlos de manera directa, como es el caso de las medidas administrativas, cualquier tipo de plan de desarrollo o similar y los proyectos de extracción o explotación.

La consulta previa materializa principios de la Constitución de 1991 como el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural (art. 7), el respeto por la autodeterminación de los pueblos (art. 9), la igualdad (art. 13), el pluralismo (art. 1), la participación (art. 2). Sin perjuicio de que esta no esté nombrada explícitamente en el texto constitucional, es una garantía diferenciada en cabeza de las comunidades indígenas y étnicas derivada del artículo 40 de la Constitución Nacional, tal como se expresó en sentencia T-080 de 2017; además, el artículo 330 es claro cuando establece que el gobierno deberá propiciar la participación de las comunidades indígenas en aquellos casos en los que se pretendan explotar recursos naturales en sus territorios.

Así, la consulta previa se constituye como un diálogo entre las comunidades y el Estado en donde los primeros no tienen la facultad del veto absoluto frente a las medidas que los afecten directamente ni el Estado puede desconocer las garantías de estos e imponer medidas arbitrarias, desconociendo los derechos de las comunidades (Sentencia T-376 de 2012, párr. 32). Entonces, se trata de un proceso que busca mantener una constante interacción entre las instituciones encargadas de formular las políticas públicas, autoridades mineras, ambientales y demás con las comunidades indígenas y étnicas, de modo que se puedan concertar medidas pertinentes, proporcionales y razonables, respetuosas de los derechos y la autodeterminación de las comunidades.

En este orden de ideas, se entiende que la consulta previa influye en la materialización de otros derechos fundamentales como, por ejemplo, la preservación de la integridad cultural de los pueblos y el derecho de participación (Salinas, 2011, p. 237). Así lo entendió la Corte Constitucional en sentencia SU-039 de 1997, cuando expresó que el derecho a la integridad cultural se hace efectivo a través del derecho de participación y que, la consulta adquiere la connotación de derecho fundamental debido a su especial relevancia para garantizar la autodeterminación de los pueblos, la protección de sus derechos colectivos y su subsistencia como grupo humano. Asimismo, es preciso mencionar que esta tiene una acepción procedimental (Salinas, 2011, p. 238) pues se configura como un requisito de procedibilidad previo a la realización o toma de medidas que puedan afectar directamente a las comunidades.

Con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) cobran especial relevancia los artículos 1.1, 21 y 23 de este instrumento. El artículo 1.1 establece la obligación en cabeza de los estados de respetar los derechos humanos y garantizar su libre y pleno ejercicio, disposición que permea todas las demás contenidas en la CADH, dicho deber se configura como un mandato en abstracto que se extiende a los distintos grupos poblacionales que se encuentran dentro de la jurisdicción de cada Estado vinculado a la convención; tal como se señaló en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* pues se trata de una obligación contraída por los Estados al respecto de cada derecho (Corte IDH, 1988, párr. 162).

El artículo 21 de la CADH se trata del derecho a la propiedad privada, el cual, ha sido entendido por la Corte IDH de forma amplia, incluyendo la protección de la propiedad colectiva, comunal o comunitaria de los pueblos; esto, en virtud la concepción diferenciada que tienen de propiedad, caracterizada por manifestarse desde una óptica comunal, considerando la estrecha relación que tienen las comunidades con el medio en el que viven, pues esta representa la base de sus culturas, su vida espiritual, integridad y sistema económico (Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párrs. 148, 149 y 151) por lo que se encuentra directamente relacionado con su subsistencia. Esto mismo ha dicho La Corte Constitucional en su jurisprudencia, expresando que,

Por propiedad colectiva se entiende el vínculo que tiene una comunidad indígena con el territorio, no sólo por ser éste un medio de subsistencia para la comunidad, sino también por hacer parte de su cosmovisión y constituir el substrato necesario para el

desarrollo de sus formas culturales características. (Corte Constitucional, sentencia T-153 de 2019, párrs. 59 y 60)

Aunado a lo anterior, tanto para la Corte IDH (Caso Nuestra Tierra Vs. Argentina, 2020, párrs. 94 y 95) como para la Corte Constitucional (Sentencia SU -123 de 2018, párr. 8.9) el concepto de propiedad colectiva acepta el uso tradicional, la posesión ancestral e histórica del territorio como la razón de ser del derecho que las comunidades, por lo que el reconocimiento oficial que haga el Estado de dicha propiedad, por ejemplo, a través de los resguardos, no implica la constitución de derechos sino el reconocimiento de los preexistentes. Por último, el artículo 23 de la CADH consagra los derechos políticos y, consecuentemente, el derecho de participación, el cual tiene una especial connotación frente a la consulta previa. Esto, en virtud de aquella relación estrecha entre el territorio y la identidad comunal, derivando en la necesidad de reconocer y dar lugar a la participación autónoma de las comunidades indígenas propio de una sociedad democrática, así, tal como ha dicho la Corte IDH,

La estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. (Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, párr. 159)

Esta especial connotación de la participación de las comunidades indígenas también se encuentra presente en el texto de la Constitución Política de Colombia, específicamente el artículo 330, en conjunto con el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. Esta especial configuración dialoga con la configuración pluralista, democrática y diversa del Estado colombiano (Sentencia C-461 de 2008). Además, permite materializar la libre autodeterminación de los pueblos, derecho que implica,

La posibilidad de 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. (Corte Constitucional, Sentencia T-462a de 2014)

Lo anterior, teniendo en cuenta que a través de la participación efectiva y los espacios de diálogo que se deben garantizar en el marco de los procesos de consulta, se constituyen momentos idóneos para el autogobierno de las comunidades.

### ***Estándares jurídicos para la realización de la consulta previa de acuerdo con la Corte Constitucional y la Corte IDH.***

Al respecto al ejercicio del derecho a la consulta previa, se han establecido criterios jurisprudenciales con el objetivo de conseguir que esta sea efectiva y respetuosa de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y étnicas. Esto en la responsabilidad estatal de garantizar que la realización de consulta se ajuste a dichos criterios durante todo el proceso de planificación y realización de este mecanismo (González et. al, 2019, p. 155). En Colombia, de acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación (2011), el Ministerio del Interior y los representantes de los proyectos comparten esta responsabilidad, debiendo proporcionar todos los recursos necesarios para una consulta efectiva. La consulta debe responder a principios específicos, tales como la buena fe; el respeto a la autodeterminación y participación libre de las comunidades, con el fin de que lleguen a las decisiones sin ningún tipo de coerción o injerencia injustificada; el respeto a la integridad cultural y la diversidad étnica de las comunidades, traduciéndose en la necesidad de adaptar los procesos de consulta a las particularidades de cada grupo con aspectos como el idioma, las creencias rituales y demás situaciones relevantes para la cosmovisión de cada grupo, con el fin de que “de manera que se prevengan posiciones arbitrarias o dominantes y así propender por acuerdos razonables respetuosos de los derechos” (Defensoría del pueblo, 2014, p. 3 - 4), y por supuesto, el respeto al debido proceso.

En este sentido, la consulta previa deberá realizarse a través de procedimientos adecuados, que, bajo el entendido de la Corte IDH (Caso Saramaka vs Surinam, 2007, párr. 130) comprenden el carácter de “culturalmente adecuados”, no siendo esto otra cosa que la realización de consulta en el marco del respeto de las tradiciones e instituciones propias de las comunidades indígenas y étnicas. Así, tal como expresa la Corte Constitucional en sentencia C-389 de 2016, la consulta debe ser flexible “de manera que se adapte a las



necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes”.

Por otro lado, se ha establecido que la consulta previa deberá ser debidamente informada, desarrollándose en un contexto donde las comunidades conozcan de forma profunda y clara los riesgos y beneficios que la medida pueda representar para su comunidad. Igualmente, las comunidades tienen derecho a ser informados sobre los mecanismos, procedimientos y actividades necesarias para poner en ejecución la medida objeto de consulta, un ejemplo de esto es la necesidad realizar y socializar con la comunidad los estudios de impacto ambiental que acrediten el nivel de afectación que sufrirá el territorio con alguna medida, tal como se establece en la opinión consultiva 23 de 2017 de la Corte IDH. Del mismo modo, en el marco del respeto a la diversidad cultural y al acceso efectivo a los mecanismos de defensa, se ha entendido que los canales de información apropiados también deben ser respetuosos de la cultura y el idioma de las comunidades consultadas (Rodríguez, 2015, p. 28).

Tal como plantea la Fundación para el Debido Proceso Legal (2011, p. 21), el proceso de la consulta previa mismo busca llegar a un acuerdo y como tal dispone que la posición y deber del Estado frente a esta, debe basarse en el diálogo permanente y en negociaciones que permitan arreglos mutuamente aceptados, pues no se trata solamente de un proceso de “suministro de información” de decisiones ya tomadas hacia las comunidades, en tanto deberá ser un proceso donde haya participación efectiva y concertada de las medidas que evidencie una influencia de las comunidades en la decisión final.

Esta participación efectiva, en términos de la Corte IDH, no se limita solamente al proceso de consulta, sino que se extiende a los planes de desarrollo, inversión, exploración y extracción. Además, la opinión y perspectiva de las comunidades es una garantía fundamental de este derecho a la consulta, tal como se ha dicho en los casos *Saramaka vs Surinam* (2007), *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* (2012) y *Nuestra tierra vs Argentina* (2020).

Además de lo anterior, se ha estipulado que las comunidades tienen derecho a participar equitativamente de los beneficios del proyecto de manera concertada, pues no se trata de una disposición unilateral del Estado (Corte IDH, 2012, párr. 157). Este derecho implica beneficios en dinero o no monetarios, a través de acuerdos, posibilidades de participación o gestión, teniendo en cuenta que comunidades, el Estado y las empresas serán asociados en el

desarrollo de un proceso, por lo que la participación de los beneficios deberá fundamentarse en los criterios de justicia, equidad e igualdad (Barros, 2019).

Asimismo, es importante resaltar lo relacionado a los momentos en los que se debe realizar la consulta previa. En virtud de esto, la Corte Constitucional en sentencia SU - 123 de 2018, estableció que, el momento idóneo para la realización de esta es justamente antes de la implementación de la medida, de ahí su carácter de previa; empero, la no realización de la consulta en ese momento no implica que la obligación desaparece, en tanto, los derechos y demás prerrogativas que están estrechamente relacionados con su desarrollo hacen que la procedencia permanezca a lo largo de todo el desarrollo de la medida que afecte a la comunidad.

Así, se han establecido tres momentos en los que se deberá llevar a cabo este proceso; el primero de ellos es previamente a la implementación de la medida, el segundo momento reviste dos situaciones relevantes, que serán a) es cuando la medida ya está en proceso y no se dio lugar a la realización de la consulta de manera previa o b) cuando las condiciones de la medida cambiaron significativamente apareciendo nuevas posibilidades de afectación a la comunidad indígena no contempladas en el proceso de consulta anterior, de modo que se hace necesario volver a consultar; y el tercer momento será cuando ya haya finalizado el proceso sin haberse realizado la consulta, por lo que en este caso el proceso estará encaminado a buscar formas de reparación, recomposición y restauración del tejido social y cultural afectado, sobre todo porque se trata de la vulneración a un derecho fundamental.

En concordancia con lo anterior, se ha establecido por la jurisprudencia nacional que el desconocimiento de este derecho fundamental implica un deber de reparar. Esto se ha entendido bajo el término etno-reparaciones, que implica la necesidad de entender que las vulneraciones a los derechos de las comunidades pueden afectarlos de maneras diferentes, lo que deberá ser tenido en cuenta a la hora de resarcir el daño cometido, Garavito y Lam (citado en España, 2020, p. 39). Así, entre los criterios que se deben seguir para la implementación adecuada de estas medidas está, la necesidad de consultar a las comunidades, de respetar su identidad cultural, de considerar la vulneración colectiva de los derechos, por lo que deberán ser planteadas reparaciones colectivas y, por último, las circunstancias específicas del grupo (España, 2020, p. 40). Estas formas de resarcir el daño se ven representadas no sólo a través de medidas monetarias sino también en forma de reparaciones simbólicas o de compensación

cultural que sean respetuosas de la diversidad cultural y estén encaminadas a la protección de los derechos de las comunidades.

Por otro lado, un punto importante para dar paso a la realización de la consulta previa es identificar los casos en los que sea necesaria, frente a esta situación, la Corte Constitucional ha establecido un parámetro de afectación que permite establecer los casos en los que se deberán realizar así: **a)** cuando la afectación no sea directa ni intensa para con los derechos de la comunidad, el derecho de participación estará igualado con el del resto de ciudadanos no miembros de la comunidad indígena o tribal; **b)** cuando exista una afectación directa de los derechos de la comunidad deberá darse paso a la realización del proceso de consulta, entendiendo esta afectación directa como el “impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica” (Sentencia SU-123 de 2018) que se puede dar ya sea por afectaciones físicas a la comunidad o por ruptura del tejido social y cultural; y **c)** cuando exista una afectación directa intensa que configure una amenaza para la subsistencia de la comunidad; caso en el que la realización de la consulta previa conlleva la necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas.

Puede decirse que el criterio de afectación directa reviste una cantidad de situaciones de diversa índole que se puedan presentar en el marco de los procesos, por lo que la Corte Constitucional ha entendido que esta se verifica cuando la medida legislativa o administrativa: **a)** tiene por objeto regular un tópico que debe ser sometido a procesos de participación articulados con las comunidades, por ejemplo la explotación de recursos naturales; **b)** cuando busca regular asuntos relacionados con la identidad de las comunidades y **c)** cuando, incluso tratándose de una medida de carácter general afecta materias relacionadas con la integridad de las comunidades (Corte Constitucional, Sentencia T-776 de 2015). De lo anterior se deriva que el criterio de afectación directa es más bien una cuestión discrecional y extensa que por lo general llega a ser solucionada a través del juez constitucional, el encargado de medir el impacto social, cultural y colectivo de la medida (Correal, 2020). Este triple parámetro de afectación anteriormente mencionado representa

tres facetas del derecho a la consulta previa, que se ve supeditado al grado de potencial afectación, atendiendo tanto a su carácter directo como a la intensidad de la afectación.

Por último, es menester hacer referencia a la aplicación del consentimiento previo, libre e informado, requisito especial de la consulta previa, que hace referencia a una garantía reforzada en cabeza de las comunidades indígenas y étnicas en virtud de la grave afectación que revisten las medidas administrativas o legislativas.

En Colombia, la Corte Constitucional ha retomado la aplicación de este criterio en sentencias como la T-769 del 2009, donde reconoce que la importancia de obtener este consentimiento previo, libre e informado (CPLI) deriva de las profundas modificaciones a la vida de una comunidad que puede generar una medida en sus territorios que envuelve una afectación intensa a sus derechos, por lo que se justifica el carácter vinculante de la decisión que tome la comunidad.

Así, la jurisprudencia constitucional ha definido tres situaciones en las que es absolutamente necesario conseguir el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades, criterios que describen situaciones en las que existe una afectación de tal magnitud que podría tener como consecuencia la desaparición de los modos de vida tradicionales de la comunidad o la colocación de este colectivo humano en un riesgo injustificado (Rodríguez y Orduz, 2012, p. 12), que son:

- (i) Traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento;
- (ii) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios;
- (iii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia. (Corte Constitucional, sentencia SU-123 de 2018, párr. 11.3)

Ahora, es relevante mencionar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si bien la consulta previa está encaminada a obtener un consentimiento a través de acuerdos, en el caso de que no se llegue a uno aceptable por ambas partes, el Estado aún puede elegir la implementación de la medida siempre que sea proporcional y respetuosa de los derechos de las comunidades. En el caso del CPLI, lo ideal es que, “a falta de consentimiento y de acuerdo entre las partes de la consulta, el Estado debe respetar la decisión de la comunidad y suspender el proyecto” (Anaya, 2010, pág. 134), en tanto este consentimiento debe ser una condición para la ejecución de la decisión, al tratarse de situaciones especialmente críticas para la subsistencia de la comunidad indígena como

colectivo humano; no obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ofrece certeza sobre el carácter indiscutible que debería tener el consentimiento libre, previo e informado, en tanto ha dicho que,

El Estado en principio sólo tiene la facultad de implementar la medida si obtiene el consentimiento, previo, libre e informado de la comunidad indígena. La anuencia del pueblo étnico diverso es en principio vinculante, puesto que, sin éste, la implementación de la medida entraña una violación de los derechos de estos colectivos. En casos excepcionales, la medida podrá ser implementada sin el consentimiento de los pueblos, pero el Estado deberá en todo caso garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia (física-cultural) de las comunidades étnicas diversas y deberá realizar las correspondientes reparaciones a los pueblos por esta determinación (Corte Constitucional, sentencia SU-123 de 2018, párr. 11.5).

Lo anterior parece dar a entender que existe cierto nivel de discrecionalidad estatal al respecto del respeto por el consentimiento previo, libre e informado que puede propiciar eventos de vulneración de derechos. Por último, es menester mencionar que la Corte Constitucional en la sentencia T-002 de 2017 establece inequívocamente la obligatoriedad de cumplir con lo estipulado en el marco de este proceso. En tanto la consulta previa que no acaba con la protocolización de los acuerdos pues se debe dar paso a la implementación íntegra de las reparaciones, compensaciones y demás medidas de mitigación producto de la afectación causada, bajo el entendido de que la materialización de un derecho fundamental se consigue a partir de la implementación de garantías encaminadas a la protección de su pleno ejercicio.

### ***Sobre la consulta previa en la legislación colombiana.***

En Colombia los principales avances en la concreción de un marco legal que permitiera la consolidación de la consulta previa como un derecho fundamental con implicaciones jurídicas sólidas empiezan desde su reconocimiento constitucional, como se ha mencionado anteriormente, en los artículos 2, 7, 40 y 330 de la carta política de 1991; ampliándose luego a partir de la Ley 21 de 1991, la cual aprueba el Convenio 169 de la OIT. Por su parte, la ley 70 de 1993 desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Nacional, reconociendo a

las comunidades negras como grupos étnicos y estableciendo mecanismos para la protección de sus derechos.

El Decreto 1320 de 1998 reglamentó el procedimiento de la consulta previa con las comunidades indígenas y negras en lo relativo a la explotación de los recursos naturales a partir del establecimiento de directrices encaminadas a definir el objeto de la consulta, indicando que esta deberá “analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la exploración de los recursos ambientales”. A su vez, la Ley 165 de 1994 aprueba el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas de 1992, hace hincapié en el interés de protección de los recursos naturales frente a la protección de las comunidades étnicas al reconocer la existencia de una estrecha y tradicional interdependencia entre el medio ambiente y las comunidades, fundamental para conservar la diversidad biológica y el desarrollo sostenible. Por último, en las directivas presidenciales número 01 de 2010 y número 10 de 2013 se establecieron una serie de disposiciones consultivas que sirvieron de guía para la realización de la consulta previa, definiendo un marco general en lo que respecta a las implicaciones y contenidos del proceso de consulta.

Partiendo de lo anterior se reconoce que, pese a que en Colombia existe legislación referente al reconocimiento de la multiculturalidad y de la existencia física y cultural de los pueblos indígenas. La consulta previa no cuenta con un marco normativo específico que, de cuenta de su aplicación integral, desde la posición empresarial y extractiva como desde la postura de los pueblos indígenas que discuten sus derechos en estos procesos. Esta situación ha llevado a que el desarrollo jurídico de la consulta previa se haya dado a partir del derecho de origen judicial, a partir de la exploración jurídica de la Corte Constitucional y la Corte IDH surgida de la interpretación de los principios constitucionales y convencionales. Dicha labor judicial ha concluido en un amplio y robusto marco jurisprudencial al respecto de la consulta previa el cual es desconocido justamente por su extensión.

Cabe apuntar que en Colombia ha habido intentos de regular la consulta previa, como, por ejemplo, la iniciativa del Ministerio de Interior a finales de 2016, en el 2018, cuando el partido Cambio Radical radicó un proyecto ante el Senado para regular la consulta previa mediante una ley estatutaria o el del año 2020 presentado por un representante de Cambio Radical, el cual buscaba regular íntegramente el mecanismo de la Consulta Previa,

determinando alcances y obligaciones para las partes intervinientes. Sin embargo, en el mes de abril del 2021, la iniciativa legislativa fue retirada de la discusión en el Congreso debido a la falta de consulta con los pueblos indígenas, afro y ROM, quienes hicieron voz de la situación de exclusión frente a estas normas que afectarían directamente sus derechos, alegando que tal proceder atenta con los estándares jurídicos establecidos para garantizar la consulta previa en los casos de acciones legislativas que tengan tal grado de afectación a los derechos de estas comunidades.

### **CONCLUSIONES**

Los estándares que establecidos a través de la jurisprudencia de la Corte IDH y la Corte Constitucional permiten evidenciar que el examen de la consulta previa va más allá de un análisis procedimental relativo al ejercicio de un derecho fundamental, a partir de la sucesión de actos que lo componen o la concepción de ésta como un mecanismo para la interrumpir la ejecución de lo dispuesto en las decisiones y medidas estatales económicamente relevantes para la nación siempre que no haya acuerdo con las comunidades indígenas; pues esta envuelve principios, derechos y situaciones que están íntegramente relacionadas con la dignidad humana y las garantías jurídicas afines en el desarrollo de los principios constitucionales dispuestos para la protección de las comunidades indígenas. Lo anterior teniendo en cuenta que con la consulta previa se busca armonizar los intereses de estos pueblos con el interés del Estado y el sector minero frente a la explotación de los recursos naturales.

A partir de las garantías y prerrogativas dispuestas para el ejercicio de la consulta previa se advierte desarrollo de diversos estándares jurídicos, tanto formales como sustanciales, desarrollados de manera extensa y dispersa en las sentencias proferidas por las altas cortes, en informes de importantes organizaciones internacionales y por la doctrina sobre el tema; recursos que no aseguran de forma certera la garantía íntegra de los mismos ni la atención a las múltiples implicaciones de estos procesos consultivos sobre los derechos de las comunidades indígenas a raíz de la falta de una regulación nacional concreta que no solamente sea respetuosa de los derechos de las comunidades, sino que cuente con disposiciones que aseguren una participación efectiva de los mismos.

En virtud de lo anterior, se considera fundamental conseguir que la participación de las comunidades indígenas en los distintos procesos democráticos sea impulsada, respetada y tenida en cuenta, con el fin de materializar una participación efectiva, en los términos examinados en este texto. Asimismo, se precisa que la consulta previa se desarrolle sobre la base de un diálogo en igualdad, a partir del cual se busque la construcción y no la imposición, fundamentado en la transparencia y el respeto por las diferencias culturales y sociales. La concreción de estas características es necesaria para la materialización de la autodeterminación y demás derechos propios de las comunidades étnicas en un contexto que propicie el respeto a su dignidad.

En este orden de ideas, se ha entendido la necesidad de realizar un cambio de paradigma; de una visión mayormente occidentalizada y propensa a la invisibilización de las culturas y cosmovisiones distintas a la suya, a una donde el reconocimiento y la legitimación de la diversidad permita dar a luz a una concepción del Estado desde un enfoque social que conecte el desarrollo de las acciones estatales y empresariales con los intereses y necesidades propios de las comunidades indígenas y étnicas.

## REFERENCIAS

- Barros Sepúlveda, M. G. (2019). La participación en los beneficios para los pueblos indígenas, recursos naturales y consentimiento previo, libre e informado. *Estudios constitucionales*, 17(1), 151-188.
- Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. (6 de febrero de 2020). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. (31 de agosto de 2001). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. (28 de noviembre de 2007). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. (7 de junio de 2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://cutt.ly/qbG3b5m>
- Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. (29 de julio de 1988). Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://cutt.ly/obG4cdO>
- Constitución Política de Colombia (1991).



- Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 de noviembre de 1969. <https://cutt.ly/5bG4z0G>
- Convenio N. 169 de la OIT, 27 de junio de 1989. <https://cutt.ly/IbG4lvH>
- Correal Peña, M. P. (2020). Análisis de la eficacia del Derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, étnicas y tribales étnicas en Colombia. [Trabajo de Grado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Institucional. <https://cutt.ly/dbG1Ga9>
- DANE (2011). Apuntes sobre la consulta previa con grupos étnicos. Documento de trabajo interno DNP-DDTS-SODT. <https://cutt.ly/cbFPEco>
- DANE (2018) Censo Nacional de Población y Vivienda. <https://n9.cl/esl2t>
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 13 de septiembre de 2007. <https://cutt.ly/kbG4RiB>
- Defensoría del pueblo. (2014). Derecho Fundamental a la Consulta Previa.
- España Enríquez, N. V. (2020). La etno-reparación a favor de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado [Tesis doctoral, Universidad Externado de Colombia]. Biblioteca digital.
- Fundación para el debido proceso legal (2011). El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas: la situación de Bolivia, Colombia, Ecuador Y Perú. Oxfam. <https://cutt.ly/GbFPuqA>
- González, A., Katz, M., Mendoza, A., Romero, L., Wamani, B., y Esquivel, A. (2019). El Derecho a la Consulta y el Acceso a la Justicia. Derechos de los pueblos originarios y de la Madre Tierra: Una deuda, 151-178.
- Ministerio del Interior. (2019) Informe de gestión al Congreso de la República.
- Ministerio del Interior. (2020) Informe de gestión. <https://cutt.ly/YbJAObC>
- Naciones Unidas, Asamblea General (2009). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34.
- Naciones Unidas, Asamblea General (2011). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/66/288.

- OC 23 de 2017, Medio Ambiente y Derechos Humanos. (15 de noviembre de 2017). Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://cutt.ly/SbG8LOd>
- Rodríguez Garavito, C. A., y Orduz Salinas, N. (2012). La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia. Dejusticia. <https://cutt.ly/KbJAIOQ>
- Rodríguez Garavito, C. y Lam, Y. (2011) Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia. Dejusticia. <https://cutt.ly/xbG1jVC>
- Rodríguez, G. A. (2010). La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia. Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. A. (2015). Consultas previas en la solución de conflictos ambientales en la Amazonia Colombiana. Revista Colombiana amazónica Nueva Época, (8), 25-40. <https://cutt.ly/cbFccqi>
- Salinas Alvarado, C. (2011). La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia. Revista Derecho Del Estado, (27), 235-259.
- Sentencia C-389 de 2016. (21 de julio de 2016). Corte Constitucional. (María Victoria Calle Correa, M.P).
- Sentencia C-461 de 2008. (14 de mayo de 2008). Corte Constitucional. (Manuel José Cepeda Espinosa, M.P).
- Sentencia SU-123 de 2018. (15 de noviembre del 2017). Corte Constitucional. (Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes, M.P). <https://cutt.ly/hbJAUsN>
- Sentencia T-002 de 2017. (7 de febrero de 2017). Corte Constitucional. (Jorge Iván Palacio Palacio, M.P)
- Sentencia T-153 de 2019. (3 de abril de 2019). Corte Constitucional. (Alberto Rojas Ríos, M.P).
- Sentencia T-376 de 2012. (18 de mayo de 2012). Corte Constitucional. (María Victoria Calle Correa, M.P).
- Sentencia T-462a de 2014. (8 de julio de 2014). Corte Constitucional. (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M.P).

Sentencia T-769 de 2009. (29 de octubre de 2009). Corte Constitucional. (Nilson Pinilla Pinilla, M.P).

Sentencia T-776 de 2015. (18 de diciembre de 2015). Corte Constitucional. (María Victoria Calle Correa, M.P). <https://cutt.ly/1bG87Ua>

Vargas Cubillos, L. H. (2019). Consulta previa en caso Cerromatoso: etnoreparación como consecuencia jurídica de la implementación del mecanismo de defensa de los Derechos Humanos. [Trabajo de Grado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio institucional. <https://cutt.ly/mbG1TF0>