



**Fecha:** Mayo 23, 2023

**Para:** Women's Earth & Climate Action Network – WECAN International

**De:** Camila Jimenez  
Laura Torres Restrepo

**Re:** **Análisis relacionado con la normatividad colombiana desde la perspectiva internacional aplicable al consentimiento libre, previo e informado**

## 1. Introducción:

En desarrollo de la Constitución Política Colombiana, el marco jurídico colombiano establece que la consulta previa es un derecho fundamental de los grupos étnicos (Pueblos Indígenas y Afrodescendientes). El derecho a la consulta previa permite a las comunidades étnicas participar en las decisiones (legislativas o administrativas) que afecten a estas comunidades y a las obras, proyectos y actividades que se desarrollen en sus territorios.

Desde la expedición de la reforma constitucional en 1991 y la ratificación por parte de Colombia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo ("Convenio 169 de la OIT"), se ha venido desarrollando el derecho fundamental a la consulta previa con el fin de proteger y garantizar la subsistencia de las culturas de los pueblos indígenas.

En agosto de 2022, el primer candidato de la izquierda, Gustavo Petro, fue elegido presidente de Colombia. Dos de sus principales propuestas, que han desatado una gran incertidumbre, han estado relacionadas con la reforma tributaria y las restricciones asociadas a la industria extractiva. Con respecto a la primera, el nuevo gobierno propuso una reforma tributaria que aumentaría el recaudo (alrededor del 1,8% del PIB), lo que ha generado preocupación teniendo en cuenta la alta inflación de los últimos meses. La segunda decisión está relacionada con algunas declaraciones asociadas a ciertas prohibiciones/restricciones sobre el desarrollo de proyectos extractivos en Colombia, así como el aumento de impuestos a empresas del sector financiero, industrias extractivas, alimentos no saludables, entre otros.

Hasta el momento, no ha habido modificaciones normativas o formales por parte del gobierno colombiano en materia de consulta previa. Sin embargo, en el plan nacional de desarrollo (que debe ser aprobado por el Congreso), se establece la consulta previa como un pilar fundamental del marco gubernamental actual y se indica que este derecho será fortalecido. Asimismo, este gobierno ha apoyado firmemente el Acuerdo de Escazú, el cual podría ampliar el alcance de la consulta previa.

En Colombia, el Acuerdo de Escazú está siendo revisado actualmente por la Corte Constitucional, dado que la ley que aprobó este acuerdo requiere una sentencia constitucional antes de su entrada en vigor.

Si se declara constitucional, el nuevo gobierno tendría que abordar la aplicación del Acuerdo de Escazú de forma que no afecte negativamente al desarrollo económico, garantizando al mismo tiempo el derecho fundamental a la participación.

## **2. Resumen ejecutivo**

### **2.1 ¿Colombia ha ratificado el Convenio 169 de la OIT?**

Sí, Colombia ratificó el Convenio 169 de la OIT por medio de la Ley 21 de 1991. El Convenio 169 de la OIT es parte fundamental del consentimiento libre, previo e informado ("CLPI") en Colombia.

### **2.2 ¿Dispone el país de leyes y/o reglamentos nacionales relativos al CLPI?**

Colombia no cuenta con una ley estatutaria que regule específicamente la consulta previa. Sin embargo, el marco normativo que rodea a la Constitución y la propia Constitución establecen principios que configuran este derecho.

Según el Ministerio del Interior (autoridad en materia de consulta previa), el marco normativo colombiano del CLPI se encuentra fundamentalmente en tres artículos de la Constitución Política:

*"Con fundamento en el artículo 1 de la Carta Política, que establece que Colombia es un Estado pluralista, en el artículo 2, que garantiza la participación, y en el artículo 7, que establece que se reconocerá y protegerá la diversidad étnica y cultural, nace el derecho fundamental a la consulta previa."*

Con este fundamento constitucional, el Estado colombiano ha entendido la consulta previa: (i) como un derecho fundamental de las comunidades étnicas, y (ii) como una obligación de las entidades públicas al momento de tomar decisiones administrativas o expedir normas. Así se ha manifestado a través de la Ley 1437 de 2011, en su artículo 46, que es uno de los ejemplos de algunas de las estipulaciones legales aisladas existentes de este derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es la ley en sí misma la que ha desarrollado el derecho al CLPI en Colombia. Hoy contamos con una amplia jurisprudencia que regula el derecho a la consulta previa con base en los principios establecidos por la constitución y algunas disposiciones legales que buscan garantizar este derecho aunque no lo desarrollan en su totalidad.

Así, en Colombia, la consulta previa es considerada un derecho fundamental, es decir, un derecho que se trata como "prioritario" y que debe ser garantizado en la mayor medida posible. Además, la consulta previa también se considera una obligación para las entidades públicas que toman decisiones administrativas o expiden reglamentos, so pena de dejar sin efecto su decisión.

### **2.3 En caso afirmativo, ¿cómo cumplen las leyes y/o reglamentos las normas y requisitos del CLPI en virtud de los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes? ¿Cuáles son los elementos específicos necesarios para cumplir con el CLPI en virtud de los requisitos de consulta de la legislación nacional? ¿Quién (gobiernos, empresas privadas, instituciones financieras, ONG) está cubierto por las leyes?**

Como se ha establecido anteriormente, el Gobierno colombiano no ha promulgado una ley sobre esta cuestión. Sin embargo, la jurisprudencia ha definido los pasos necesarios para cumplir con el CLPI.

Según la sentencia SU 123 de 2018 emitida por la Corte Constitucional ("Sentencia SU-123"), que recoge los principios establecidos en sentencias anteriores, los aspectos a tener en cuenta para entender la consulta previa son: eficacia, igualdad, flexibilidad, impacto y proporcionalidad.

## **2.4 ¿Contemplan las leyes el derecho de veto en alguna circunstancia o se trata de un derecho limitado?**

En el ordenamiento jurídico colombiano, el consentimiento previo no otorga a las comunidades un derecho de veto. Esto significa que, si no se llega a un acuerdo tras la consulta previa, el proyecto puede seguir desarrollándose siempre y cuando la decisión de continuar con el proyecto, a pesar de la negativa de la comunidad específica, sea más beneficiosa para el interés general. Esta justificación se denomina prueba de proporcionalidad (véase el apartado 3.4).

Por supuesto, en estos supuestos debe existir una justificación muy clara de por qué se continuó con el proyecto a pesar de la negativa de la comunidad.

En la sentencia SU-123 se recuerda que, para que un proyecto determinado pueda seguir ejecutándose en una situación de desacuerdo, la decisión de continuar el proyecto debe (i) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo, (ii) basarse en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación; (iii) tener en cuenta, en la medida de lo posible, las posiciones expresadas por las partes, en especial por la población étnica, durante la consulta; (iv) respetar los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT; y (v) prever mecanismos eficaces, idóneos y eficientes para mitigar los efectos negativos de la medida.

En resumen, el gobierno colombiano considera de suma importancia respetar la consulta previa y busca siempre el escenario ideal para llegar a un acuerdo con las comunidades sobre sus proyectos. Sin embargo, también reconoce la posibilidad de continuar y/o desarrollar proyectos sobre los cuales no hubo acuerdo, aun cuando se haya realizado la consulta previa como lo exige la ley.

Es importante aclarar que si bien no existe el derecho a veto, esto no faculta a ninguna entidad pública o privada a omitir la consulta previa como requisito para un proyecto. El análisis presentado anteriormente y que se desarrollará en la sección 3.4 se refiere a la situación en la que se realiza una consulta conforme a los requisitos de ley, pero no se llega a un acuerdo con la comunidad.

## **2.5 ¿Existe algún ministerio u organismo gubernamental responsable de garantizar el cumplimiento de las leyes y/o reglamentos nacionales? ¿Ha publicado dicha entidad algún documento de orientación sobre el CLPI?**

- (a) Sí, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior es la entidad encargada de señalar si se debe realizar o no la consulta previa, hacer seguimiento al cumplimiento de los acuerdos y verificar si se han cumplido a cabalidad todos los requisitos de la consulta.
- (b) Así mismo, siendo la consulta previa un derecho fundamental, Colombia cuenta con un mecanismo de protección judicial muy efectivo y que ha sido ampliamente utilizado en las consultas previas: la acción de tutela. La tutela es una acción a través

de la cual se puede poner en conocimiento de un juez el incumplimiento de algún requisito de la consulta, la no realización de la misma, entre otros. El juez debe resolver en primera instancia en un plazo de 10 días y su orden debe ser cumplida en un plazo máximo de 48 horas, por lo tanto, es un medio muy importante para la protección del derecho.

### **3. Análisis legal**

#### **3.1 Legislación Nacional e Internacional aplicable**

Colombia ratificó el Convenio 169 de la OIT mediante la Ley 21 de 1991. El Convenio 169 de la OIT es un pilar fundamental del CLPI en Colombia. Hoy en día este convenio es tratado como una ley nacional y hace parte del bloque de constitucionalidad, lo que significa que tiene una posición primaria en la jerarquía normativa. Este convenio ha sido la base de la jurisprudencia en materia de consulta previa, lo que lo convierte en uno de los principales referentes para el desarrollo y garantía de este derecho en el país.

Asimismo, el Acuerdo de Escazú se encuentra actualmente en revisión constitucional. De aprobarse, esto podría significar un fortalecimiento de la consulta previa (debido al énfasis que el acuerdo pone en el derecho de participación de las comunidades), así como una ampliación del espectro del consentimiento libre, previo e informado. Esto tomando en cuenta que el acuerdo no se refiere exclusivamente a la participación de los pueblos indígenas, sino a la nación en general.

#### **3.2 Leyes y/o reglamentos nacionales aplicables al CLPI**

Aunque el Estado colombiano aún no ha expedido una ley estatutaria que regule la consulta previa, algunas disposiciones legales y jurisprudenciales han sido relevantes para establecer la forma en que las entidades competentes y los operadores (titulares) deben garantizar el derecho fundamental a la consulta previa de acuerdo con la Constitución colombiana.

El marco normativo vigente aplicable a la consulta previa se puede observar fundamentalmente en los siguientes artículos de la Constitución Política Colombiana:

- (a) Artículo 1 de la Carta Política, que establece que Colombia es un Estado pluralista;
- (b) Artículo 2, que garantiza la participación ciudadana;
- (c) Artículo 7, que establece que se reconocerá y protegerá la diversidad étnica y cultural.

Así mismo, el Acuerdo de Escazú se encuentra en trámite de aprobación constitucional y, como país parte del Convenio 169 de la OIT, Colombia se ha comprometido a garantizar la libre participación de las comunidades étnicas en los asuntos que puedan afectarlas.

Además de la Constitución y los acuerdos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, el derecho a la consulta previa puede encontrarse en las directivas presidenciales. Las directivas hacen parte de la potestad reglamentaria del presidente, que busca desarrollar los detalles necesarios para implementar una ley.

En este caso, el gobierno colombiano ha expedido ciertas directivas presidenciales con el propósito de orientar sobre el proceso a seguir durante la consulta previa con las comunidades étnicas. Por lo

tanto, los detalles procedimentales de la consulta previa se definieron con base en los derechos establecidos en la constitución.

Así, es importante entender que aunque las directivas presidenciales no tienen rango de ley, son jurídicamente vinculantes.

Actualmente se encuentra vigente la Directiva No. 8 de 2020, que modificó el procedimiento de consulta previa. Esta directiva presidencial establece nuevas etapas para la consulta y exige un concepto más riguroso de afectación directa, otorgando a la DANCP (Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior) la responsabilidad de expedir un acto administrativo en el que conste si existe o no dicha afectación. Así mismo, la directiva implementa la prueba de proporcionalidad en los eventos de (i) no acuerdo, (ii) inasistencia de la autoridad y (iii) falta de resolución del conflicto de representatividad en la comunidad étnica, la cual se establece con el fin de prevenir y mitigar el impacto directo que se pueda presentar en estos escenarios.

Las nuevas etapas de la consulta previa son:

- (A) Determinación de la aplicabilidad de la consulta previa: etapa en la que se determina si es necesaria la consulta previa por el concepto de impacto directo.
- (B) Consulta previa: diálogo previo con las autoridades comunitarias para definir la ruta metodológica (aspectos logísticos).
- (C) Consulta previa: diálogo entre el Estado, la entidad promotora o ejecutora del proyecto y las comunidades étnicas, para que la autoridad asegure el cumplimiento del deber de garantizar la participación real, oportuna y efectiva en la toma de decisiones del proyecto.
- (D) Seguimiento de los acuerdos: para garantizar el cumplimiento de las medidas.

### **3.3 Autoridades relevantes y acción de tutela**

(a) Autoridad relevante:

El Ministerio del Interior es la autoridad encargada de los trámites de consulta previa en Colombia.

Mediante el Decreto 2353 de 2019, se creó una división especial del Ministerio del Interior. Esta división se denominó Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa y asumió todas las funciones del ministerio en materia de consulta previa. Por lo tanto, la dirección es la encargada de certificar la existencia o no de comunidades Indígenas en un territorio determinado y es la encargada de expedir un acto administrativo en el que conste si se requiere o no consulta previa por la posible afectación directa a las comunidades étnicas. Además de las funciones anteriormente mencionadas, el Decreto asigna a la Dirección las siguientes funciones:

- (i) Impartir directrices para la determinación de la procedencia de la consulta previa para la expedición de medidas legislativas o administrativas o la ejecución de proyectos, obras o actividades, que puedan impactar directamente a las comunidades étnicas.
- (ii) Conducir, dirigir y coordinar el ejercicio del derecho a la consulta previa, mediante procedimientos adecuados, garantizando la participación de las comunidades a través de sus instituciones representativas, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural.
- (iii) Adoptar los criterios para brindar capacitación, asesoría y asistencia técnica en materia de consulta previa, dirigir la consolidación, actualización y custodia de la información sobre los procesos de consulta previa, así como promover el conocimiento y divulgación de los mismos y su marco jurídico.

(b) Acción de tutela

La acción de tutela es un mecanismo establecido por la Constitución Política colombiana, mediante el cual cualquier persona puede acceder a la justicia para la protección de sus derechos de manera inmediata. El fallo debe ser proferido dentro de los 10 días siguientes, lo que la convierte en un medio sumamente eficaz y rápido para la defensa de los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional ha establecido en múltiples sentencias que este es el medio idóneo para proteger el derecho fundamental a la consulta previa, no sólo cuando este procedimiento no se cumple antes del desarrollo del proyecto, sino también cuando los acuerdos establecidos por la consulta no se cumplen.

La acción de tutela ha sido ampliamente utilizada para la protección del derecho a la consulta previa y ha sido claro para las comunidades indígenas y sus autoridades que a través de este mecanismo obtendrán una respuesta rápida y efectiva a sus derechos.

### 3.4 Normas de CLPI. Definición y aplicación en Colombia

En ausencia de una ley estatutaria, la definición de CLPI en Colombia ha sido establecida por la Corte Constitucional mediante la Sentencia SU-123, en los siguientes términos:

"El derecho fundamental a la consulta previa se fundamenta en la defensa de las comunidades indígenas y tribales y en la eliminación de las exclusiones históricas que han sufrido. Establece un modelo de gobernabilidad, en el que la participación es un requisito indispensable para garantizar los demás derechos e intereses de las comunidades, como la integridad cultural, la autodeterminación, el territorio, el aprovechamiento de los recursos naturales, etc., razón por la cual es irrenunciable e implica obligaciones tanto para el Estado como para los particulares. Este derecho implica que las comunidades indígenas y tribales deben ser consultadas sobre cualquier decisión que les afecte directamente, de manera que puedan expresar su opinión sobre la forma y razones en que se fundamenta una determinada medida, ya que claramente afecta o afectará sus vidas."

Según la Sentencia SU 123, que recoge los principios establecidos en sentencias anteriores, los aspectos a tener en cuenta para entender la consulta previa son:

- (a) Efectividad: La consulta previa busca que la participación de las comunidades indígenas o afrodescendientes sea efectiva, lo que significa que no basta con una simple notificación o aviso. La consulta previa busca que las comunidades puedan influir directamente en la decisión.
- (b) Igualdad: La Corte Constitucional ha establecido que la consulta previa debe realizarse en condiciones de igualdad de las partes, lo que significa que ni las comunidades indígenas tienen la facultad de vetar las decisiones del Estado, ni éste puede tomar decisiones que les afecten directamente de manera arbitraria.
- (c) Flexibilidad: La consulta previa debe adecuarse a las necesidades de cada asunto, sin que esto se desatienda con la simple alusión al interés general, pues se debe tener en cuenta la diversidad de los pueblos Indígenas y comunidades afrodescendientes.
- (d) Teoría de la afectación directa: La consulta previa debe realizarse cuando las comunidades puedan ser directamente afectadas. Por tratarse de un concepto muy amplio, la Corte Constitucional ha establecido que se considera afectación directa "la incidencia positiva o negativa que una medida pueda tener sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica." La consulta previa procede cuando existan indicios razonables de que una medida puede afectar directamente a los indígenas o a la comunidad afrodescendiente.

Existe una afectación directa sobre las condiciones sociales, económicas, medioambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de determinada comunidad étnica cuando

- (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, sanitarias y ocupacionales;
- (ii) se produzca un impacto en las fuentes de sustento situadas en el territorio de la minoría étnica;
- (iii) sea necesario el reasentamiento de la comunidad en otro lugar diferente a su territorio para la realización de determinado proyecto.

Asimismo, según la sentencia SU-123, la consulta previa también es necesaria cuando

- (i) una política, plan o proyecto afecte alguno de los derechos de los pueblos indígenas o tribales;
- (ii) la medida tenga por objeto aplicar el Convenio 169 de la OIT;
- (iii) se impongan cargas o se atribuyan beneficios a una comunidad de forma que se modifique su situación o posición jurídica;
- (iv) injerencia en los elementos definitorios de la identidad o la cultura;

- (v) injerencia en la identidad o la cultura de las personas afectadas;
  - (vi) cuando la medida tenga por objeto aplicar el Convenio 169 de la OIT.
- (e) Proporcionalidad: La participación de las comunidades dependerá del " grado " del impacto, es decir, siempre existe el derecho a participar, sin embargo, dependiendo de la intensidad del impacto, la participación cambiará:

*"En todos los casos, existe un cierto derecho de participación de los pueblos indígenas independientemente del impacto, como manifestación del derecho a la participación, pero, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional han entendido que los tipos de participación son diversos."*

No obstante lo anterior, es necesario tener en cuenta que la normatividad colombiana no prevé el derecho de veto. Como se explicó, la Sentencia SU-123 y la Directiva Presidencial 8 de 2020 establecen escenarios de no acuerdo, lo que demuestra que el ordenamiento jurídico colombiano no otorga a las comunidades un derecho de veto, pues se prevén escenarios de ejecución de proyectos aun cuando no exista acuerdo con las comunidades.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la consulta previa es considerada un derecho fundamental, el Estado busca protegerlo en la mayor medida posible y por lo tanto, la implementación de un proyecto en el escenario de un desacuerdo implica un test de proporcionalidad.

El test de proporcionalidad consiste en la justificación de que el proyecto debe llevarse a cabo aún a pesar de no haber llegado a un acuerdo con la comunidad, la cual debe basarse en la supremacía del interés general:

*"que se trata de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que es la medida menos gravosa para la autonomía reconocida a las comunidades étnicas"*<sup>1</sup>

Adicionalmente, quien esté a cargo de la ejecución del proyecto debe demostrar que consideró las propuestas hechas por las comunidades y que el desacuerdo no se derivó de su arbitrariedad o de alguna forma de autoritarismo, así como que el responsable (sea entidad pública o privada) del proyecto hizo todo lo posible por garantizar los derechos del grupo étnico en materia de consulta previa.

De igual manera, se deben proponer otros mecanismos para garantizar los derechos de la comunidad (especialmente los derechos a la vida y a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud) y para continuar preservando la diversidad étnica y cultural, privilegiando el interés general.

En resumen, el Tribunal Constitucional ha establecido que, en caso de desacuerdo, la decisión debe cumplir los siguientes requisitos *"(i) esté desprovista de arbitrariedad y autoritarismo, (ii) se fundamente en criterios de razonabilidad,*

---

<sup>1</sup> Sentencia SU-123



*proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación; (iii) tenga en cuenta, en la medida de lo posible, las posiciones expresadas por las partes, y en especial por el pueblo étnico, durante la consulta; (iv) respete los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT; y (v) prevea mecanismos eficaces, idóneos y eficientes para mitigar los efectos negativos de la medida.”<sup>2</sup>*

Recientemente, el Consejo de Estado de Colombia (autoridad suprema en materia de derecho administrativo) falló que ciertos artículos de una directiva presidencial sobre consulta previa emitida en 2010 (actualmente reemplazada por la Directiva Presidencial 8 de 2020) eran nulos porque la autoridad administrativa excedía sus facultades y también porque ciertos artículos exigían una consulta previa. Esta sentencia puede causar impactos en la regulación actual de la consulta previa en Colombia.

### 3.5 Consulta previa vs CPLI

La Corte Constitucional colombiana ha reconocido y aplicado reglas sobre la diferencia entre consulta previa y CLPI de la siguiente manera:

	<b>Prior consultation</b>	<b>FPIC</b>
<b>Concept</b>	Es el derecho concedido a las comunidades étnicas a ser consultadas sobre medidas legislativas o administrativas que les afectan directamente. Es un instrumento de diálogo entre las comunidades étnicas, el gobierno, la sociedad y los agentes del proyecto.	Es un derecho concedido a las comunidades étnicas cuando la aplicación de una determinada medida (legislativa o administrativa) que les afecta directamente, requiere su consentimiento previo, libre e informado.
<b>Purpose</b>	Un verdadero esfuerzo para llegar a un acuerdo con las comunidades étnicas respecto a las medidas que les afectan directamente, y obtener su consentimiento.	Garantizar los derechos fundamentales y la subsistencia (física y cultural) de las diversas comunidades étnicas.
<b>Players involved</b>	Autoridad ancestral, representantes de las autoridades competentes, así como el agente del proyecto.	Autoridad ancestral, representantes de las autoridades competentes así como el agente productivo del proyecto.
<b>Minimum criteria</b>	Buena fe, participación activa, diálogo abierto, procedimiento de participación flexible y adecuado.	Buena fe, participación activa, diálogo abierto, procedimiento de participación flexible y adecuado.
<b>Activation measures</b>	Medidas administrativas y legislativas que afectan directamente a una comunidad étnica.	Se activa cuando se dan las siguientes situaciones (i) reasentamiento; (ii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y medioambiental que ponga en riesgo su subsistencia; (iii)

<sup>2</sup> Consejo de Estado de Colombia. Sentencia número 11001-03-24-000-2012-00025-00 del 24 de noviembre de 2022.

		almacenamiento o eliminación de residuos/sustancias tóxicas en sus territorios.
<b>Enforceability of the decision</b>	<p>Si se llega a un acuerdo, el gobierno y el proyectista tienen la obligación de cumplir dicho acuerdo.</p> <p>Si no hay acuerdo, el gobierno puede adoptar la medida siempre y cuando su decisión: (i) no sea arbitraria; (ii) esté basada en los principios de razonabilidad; proporcionalidad; imparcialidad, con respeto al deber de reconocimiento y protección de las comunidades étnicas como grupos diversos y culturales; (iii) tome en consideración al máximo posible las opiniones aportadas por las partes, especialmente la comunidad étnica, durante la consulta; (iv) respete los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT; v) establezca mecanismos para mitigar los efectos negativos de la medida.</p>	<p>The government can only implement the measure, in theory, if obtains the prior, free and informed consent of the ethnic community.</p> <p>The approval of the community is, in theory, enforceable, since, without it, the implementation of the measure would violate a fundamental right.</p> <p>Only in exceptional cases, the measure can be implemented without the consent of the communities, but the government must, to maximum extent, guarantee the fundamental rights and subsistence (physical and cultural) of the ethnic communities and must compensate them as a result of the implemented measure.</p>

Nótese que, con la ratificación del Acuerdo de Escazú, es muy probable que el alcance de la consulta previa se amplíe más allá de las comunidades étnicas. Esto dependerá de cómo regule el Gobierno el Acuerdo de Escazú dentro de la normativa nacional.

### 3.6 Leyes indígenas/consuetudinarias (explique aquí si el territorio indígena tiene soberanía o no)

Existe soberanía sobre el territorio indígena. La Corte Constitucional ha reconocido la importancia del territorio para las comunidades indígenas, y ha identificado la conexión entre territorio y pueblo indígena como un pilar de su identidad y su cultura. Por lo tanto, todo lo que afecte este territorio está sujeto a consulta previa.

El tribunal también ha establecido una noción particular de propiedad para las comunidades indígenas, teniendo en cuenta que la tierra no es sólo una posesión material para estas comunidades específicas, sino una conexión cultural, espiritual y compleja:

*"El territorio está vinculado al concepto de afectación directa y en consecuencia a la aplicación de la consulta previa. No hay duda ni controversia sobre la norma especificada. La dificultad de aplicación se debe a que la noción de territorio étnico va más allá de un espacio físico formalmente demarcado, como un resguardo, y está ligado a elementos culturales, ancestrales y espirituales (artículo 14 del Convenio 169 de la OIT)".*

Asimismo, se considera que las comunidades SÍ tienen derechos de propiedad, sin embargo este no es percibido de la manera tradicional:

*"La titularidad de este derecho surge de la ocupación de un espacio determinado por parte de la minoría étnica y no de la formalización del derecho de propiedad reconocido por la administración, como un registro. La posesión tradicional sustituye al título otorgado por el Estado. La visión cultural de la posesión y ocupación de la tierra no corresponde al concepto occidental de propiedad, ya que tiene un significado colectivo y cultural, que merece ser salvaguardado, de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana".*

En conclusión, si bien los pueblos indígenas no son considerados titulares de sus tierras en el mismo sentido del código civil (propiedad de la tierra), sí tienen propiedad y algún tipo de soberanía sobre sus territorios y cualquier afectación a este debe ser protegida por el Estado.

En materia de consulta previa, es importante tener en cuenta que el Estado colombiano no sólo garantiza este derecho fundamental en el territorio mismo, por lo que no es aplicable únicamente a las tierras que los indígenas consideran propias. La jurisprudencia ha establecido que se debe solicitar el consentimiento de las comunidades cuando el proyecto afecte el área de influencia de la comunidad, es decir, el área donde la comunidad lleva a cabo su vida cotidiana, donde se desarrollan sus actividades religiosas y culturales, que demuestran un vínculo entre la comunidad y esa zona.

Este tema en particular ha sido identificado como un criterio de difícil determinación, ya que no se encuentra plenamente desarrollado en la ley y depende, en cierta medida, de los criterios de la Autoridad Nacional de Consulta Previa.

#### **4. jurisprudencia nacional relativa al cumplimiento del CLPI en Colombia.**

- (a) SU-039-1997: Esta es la primera sentencia en la que se discuten las características de la consulta previa. El caso concreto trata de un proceso de licenciamiento ambiental, en el cual el Ministerio del Medio Ambiente no cumplió adecuadamente con el requisito de consulta previa. El Ministerio expidió la licencia ambiental luego de una simple reunión con algunos representantes de la comunidad indígena U'wa, ubicada en los departamentos de Boyacá, Norte de Santander, Santander, Arauca y Casanare. Teniendo en cuenta lo anterior, el Defensor del Pueblo interpuso una acción de tutela con el fin de proteger el derecho a la consulta previa y la revocatoria del permiso expedido. En esta sentencia la Corte Constitucional estableció que las reuniones con la comunidad no podían equipararse a una consulta previa y que la licencia ambiental fue expedida de manera irregular.
- (b) SU 383-2003: La Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) presentó una demanda argumentando en contra de la fumigación de cultivos legales e ilegales en el territorio amazónico, la cual se justificaba en la erradicación de narcóticos. En este caso la Corte estableció que el Estado debe cumplir con el procedimiento de consulta previa a pesar de sus compromisos internacionales. Esto significa que el compromiso internacional de erradicar los cultivos ilícitos no es una justificación para obviar el proceso de consulta previa. En esta sentencia, la Corte Constitucional reitera que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la defensa del derecho a la consulta previa.

- (c) SU-097-2017: En esta sentencia se discute la implementación de un programa de recuperación de la cultura San Andrés. Los indígenas alegan que sus criterios sobre cómo debía desarrollarse el programa no fueron tenidos en cuenta cuando el proyecto en sí buscaba fortalecer su propia cultura. En este caso, la Corte Constitucional afirma que la consulta previa es un derecho fundamental obligatorio para cualquier proyecto que pueda afectar directamente a la cultura de las comunidades. La Corte también afirma que "la autonomía de los pueblos indígenas y tribales, el respeto por la diferencia cultural, la defensa de los territorios y la participación son importantes para su interpretación".

## **5. Conclusiones:**

- 5.1 Como desarrollo de la Constitución Política colombiana, el marco jurídico colombiano establece que la consulta previa es un derecho fundamental de los grupos étnicos (pueblos indígenas y afrodescendientes). El derecho a la consulta previa permite a las comunidades étnicas participar en las decisiones (legislativas o administrativas) que afecten a estas comunidades, y a las obras, proyectos y actividades que se desarrollen en sus territorios.
- 5.2 Colombia cuenta con una fuerte protección para las comunidades indígenas y otras comunidades marginadas en materia de consulta previa, ya que busca garantizar su consentimiento como un derecho fundamental y como tal, cuenta con múltiples requisitos y medios para protegerlo.
- 5.3 Los jueces y la Corte Constitucional han sido muy estrictos en la protección de este derecho, tratando de maximizar su efectividad. Adicionalmente, al no existir ningún tipo de ley, las reglas de la consulta previa se han dado por vía jurisprudencial, lo que hace que evolucionen muy rápidamente y de acuerdo a los cambios de la sociedad.
- 5.4 La consulta previa en Colombia es: (i) un derecho fundamental de las comunidades étnicas; y (ii) una obligación de las entidades públicas al momento de tomar decisiones administrativas o expedir normas. Así se ha manifestado a través de la Ley 1437 de 2011, en su artículo 46, que es uno de los ejemplos de algunas de las estipulaciones legales aisladas existentes de este derecho.
- 5.5 La acción de tutela ha sido ratificada por la Corte Constitucional como un medio para defender el derecho a la consulta previa a través de un mecanismo judicial rápido y eficaz. La acción de tutela es una acción consagrada constitucionalmente que busca la protección de los derechos fundamentales en el menor tiempo posible.