

Consulta Previa y Proyecto de ley en materia de Consulta Previa: Vulneración del Derecho fundamental en Colombia*

Prior Consultation and Bill on Prior Consultation: Violation of fundamental law in Colombia

Consulta Prévia e Projeto de Lei sobre Consulta Prévia: Violação do Direito Fundamental na Colômbia

María Alejandra Ramírez Galvis

Abogada e investigadora de la Universidad Libre seccional Cali, candidata a Magíster en defensa de los Derechos Humanos y el Derechos Internacional Humanitario ante organismos, tribunales y cortes internacionales de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Mail: maralejaramirez@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8903-480X>

Orfa Margarita Giraldo Alzate

Abogada, Magíster en Filosofía y Doctorando en Derecho de la Universidad de Baja California, México. Docente- investigadora grupo Ignacio torres. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9471-2911>

Fecha de recepción: OCTUBRE 17 DE 2016

Fecha de aceptación: DICIEMBRE 10 DE 2016

Resumen

El documento presenta un análisis desde las normas y la jurisprudencia en torno a la necesidad de mantener una estructura jurídica, desde la teoría general del Derecho, que siga reconociendo la importancia de consultar con las comunidades étnicas y no limitando el Derecho fundamental de las mismas. Igualmente, se propone la obligación que tienen las autoridades de crear corazas jurídicas y administrativas para garantizar este Derecho y la participación activa de los pueblos en los procesos comunitarios que tengan como objetivo detener el avance de proyectos que menoscaben la integridad del territorio.

Palabras clave:

Consulta previa, Derechos de los pueblos, Derechos humanos individuales, Derechos humanos colectivos, teoría general del Derecho.

Abstract

The document presents an analysis from the rules and jurisprudence around the need to maintain a legal structure, from the general theory of law, to continue recognizing the importance of consulting with ethnic communities and not limiting the fundamental right of them. It also proposes the obligation of the authorities to create legal and administrative safeguards to guarantee this Right and the active participation of the peoples in the community processes that aim to stop the progress of projects that undermine the integrity of the territory.

Key Words:

Prior Consultation, Rights of the people, Individual Human Rights, Collective Human Rights, General Theory of Law.

Resumo

O documento apresenta uma análise das normas e jurisprudência em torno da necessidade de manter uma estrutura jurídica, da teoria geral do direito, para continuar reconhecendo a importância de consultar as comunidades étnicas e não limitar o direito fundamental delas. Propõe também a obrigação das autoridades de criar salvaguardas jurídicas e administrativas para garantir este Direito e a participação ativa dos povos nos processos comunitários que visam interromper o andamento de projetos que comprometem a integridade do território.

Palavras-chave:

consulta prévia, direitos dos povos, direitos humanos individuais, direitos humanos coletivos, teoria geral do direito.

***Cómo citar:** Ramírez-Galvis, M.A., Giraldo-Alzate, O.M. (2017). Consulta Previa y Proyecto de ley en materia de Consulta Previa: Vulneración del Derecho fundamental en Colombia. Revista Criterio Libre Jurídico (14-1), 2-9. <https://doi.org/10.18041/1794-7200/criteriojuridico.2017.v14n1.1600>

Introducción

La Consulta Previa ha sido definida como un derecho fundamental del cual son titulares las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas, consagrado constitucionalmente y desarrollado legislativa y jurisprudencialmente en Colombia, donde el Estado ha suscrito la obligación de adoptar medidas que protejan la preservación de la identidad cultural de las comunidades. El Estado tiene el compromiso de salvaguardar de manera especial la integridad cultural, social, ambiental y económica de los pueblos. A través de la Consulta Previa el Estado colombiano puede velar por el cumplimiento de este precepto. Existe una normatividad encaminada a proteger los valores, prácticas sociales, culturales, religiosas, ambientales y culturales de los pueblos, la cual puede ser reducida con el proyecto de Ley estatutaria en materia de Consulta Previa (2016).

La Consulta Previa es un mecanismo de participación democrática en cuanto trate de decisiones generales del Estado que afecten los intereses de los pueblos indígenas, es también una oportunidad para que el sujeto colectivo en un territorio determinado y en un asunto relacionado con sus derechos generales a la autonomía y a la propiedad territorial, exprese su voluntad.

La participación de las comunidades étnicas se pretende reducir con la implementación de leyes que faciliten la extracción de recursos y el despojo del territorio para satisfacer las necesidades del capital corporativo, en tal sentido valerse de una teoría del derecho que permita la interpretación desde el principio pro homine, permite salvaguardar la vida de las comunidades, el agua y el territorio, en este escrito se expone la necesidad del fortalecimiento de la Consulta Previa y no la limitación de una participación integral de los pueblos.

Teoría general del Derecho y Consulta Previa

En los comienzos de la humanidad, no se concibe la idea de una legislación cualquiera, ni de un autor determinado de derecho; el derecho apenas llega a los límites de la costumbre; es más bien un hábito, en estas comunidades las relaciones sociales no se inspiraban en alguna regla deliberadamente convenida o prescrita; por el contrario dichas relaciones procedían de la conciencia, en manera alguna razonada, pero en cierto modo intuitiva, de las necesidades y de los intereses sociales, conciencia que es la gran generadora de las costumbres.

En este sentido el derecho no ha nacido de la idea de justicia, más bien es un hábito o una costumbre como lo afirma Coulanges (1996, p. 37), en su libro *La ciudad antigua*, "Propiamente hablando, no existe, pues, legislación en las comunidades primitivas. Las reglas de acción que siguen los hombres no son dictadas, ni en principio ni, de hecho, por el soberano y su fuerza obligatoria es independiente de la autoridad de este". De esta manera se puede afirmar que el derecho, la lengua, los mitos, las costumbres y en general todos los elementos de la cultura y la civilización, no han nacido por efecto de un voluntario convenio, sino que más bien el derecho es un producto natural de la conciencia, cuya fuente constante se halla en la relación con el entorno y las necesidades provenientes de la convivencia social de los individuos.

Con los avances de la vida social los pueblos fueron complejizando su vida en comunidad y entonces comienzan a aparecer cierto número de reglas de conducta que deben respetar los asociados, constituyéndose el mínimo ético que hace posible la vida en común de cualquier agrupación humana; sin embargo es claro que en un principio nada obligaba al individuo a respetar a aquellos con quienes convivía, este respecto era potestativo y, a lo sumo lo imponía el temor a las sanciones sobrenaturales, o a la venganza por parte del ofendido, o a la necesidad de unir los esfuerzos para realizar una empresa común, o a la defensa contra el enemigo, o la lucha por la alimentación.

Lo anterior, sostiene una concepción del Derecho como fenómeno cultural que se va tejiendo en la historia de los pueblos, entendiendo que la cultura es una creación humana, en consecuencia, los objetos culturales constituyen valores que, con la intervención humana, se van haciendo realidad y reconfiguran el mundo. No otra cosa es lo que significan las creaciones que constituyen el universo de la técnica, del arte, de la ciencia, de la moral, del Derecho, desde esta perspectiva el Derecho constituye un objeto cultural; algo que forma parte del patrimonio cultural de cada pueblo con el mismo título de legitimidad que su lengua, sus tradiciones y creencias, su arte, su folclore; en cuanto producto cultural el Derecho puede caracterizarse como un cuerpo o sistema de normas sociales institucionalizadas, de carácter preceptivo, generalmente justiciables y coercibles, que regulan la conducta externa de los miembros de un grupo social de acuerdo con determinados principios, valores e ideas.

Dichos principios, valores e ideas pueden estar ya vigentes en el grupo social o constituir aspiraciones o exigencias que se pretenden incorporar a los mismos, para hacerlos efectivos. En todo caso el Derecho, en cuanto sistema de normas, implica valores que se han hecho realidad o una realidad que se ha hecho valiosa en virtud de la incorporación a la misma de dichos valores que estructura a los actuales sistemas jurídicos sobre la base de la teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento jurídico formando una completa teoría del Derecho, desde el punto de vista formal. Por un lado, se estudia la norma jurídica, considerada de manera aislada; la materia del segundo título es el conjunto complejo o sistema de normas, que constituyen un ordenamiento jurídico en el cual la relación entre Derecho y poder es esencialmente el tema de fondo.

Para Bobbio (2007) existen dos modelos diferentes elaborados previamente por la teoría jurídica tradicional: el primero seguido por la mayoría de las doctrinas iuspositivistas y otro, que él denomina «moderno», cuya formulación corresponde a Kelsen, Olivecrona

y Ross (1977), el iuspositivismo describe el Derecho como un conjunto de normas, respaldado por sanciones, las cuales tienen la finalidad de garantizar su eficacia, y respaldado por el poder coercitivo del Estado. El segundo, en cambio, describe el Derecho como un sistema de normas cuyo contenido específico no es la regulación de conductas, sino la regulación del uso de la fuerza por parte del Estado, como puede verse la relación entre Derecho y poder sólo se podía establecer a partir de una definición del Derecho como sistema de normas, en el que la eficacia de la norma depende de la efectividad del poder, así como la efectividad del poder depende del hecho de que las normas sean eficaces.

La idea del poder para darle eficacia a la norma jurídica es analizada por Bobbio (2007) recordando el ejemplo, que San Agustín hizo clásico, de la diferencia entre el mandato de una banda de ladrones y el mandato de una autoridad legítima. Este planteamiento de Bobbio (2007) resulta útil para introducir el cuestionamiento en torno al hecho de que el Estado cede su poder soberano de crear normas en beneficio de todos, en un interés común; el Estado al ponerse al servicio de intereses privados, se hace incapaz de cumplir su papel de garante del bienestar general, un Estado corporativo termina por alinear sus funciones no con los intereses de los ciudadanos sino de los capitales privados, que exigen la imposición de cargas tributarias y la privatización del cumplimiento de los cometidos estatales.

En una correlación de fuerzas en la que el poder omnímodo del Estado se enfrenta a una ciudadanía débil, debido a que los individuos están aislados y a que tienen miedo de no llegar a ser reconocidos e incluidos en el modelo de vida dominante, en este sentido la mayoría de las personas no son conscientes de sus derechos o no los exigen.

Desde estos planteamientos cabe argumentar que la Consulta Previa como mecanismo participativo de las comunidades en defensa de su territorio, constituye un tipo de norma que pretende entregar a los habitantes del territorio el poder de decidir el desarrollo económico y cultural del mismo; por ello es importante fortalecer a las comunidades y formarlas en el conocimiento de sus derechos, alimentar su fortaleza moral y construir instituciones que respeten la autonomía de los pueblos.

Orígenes de la Consulta Previa

Los orígenes de la Consulta Previa se hallan en el Convenio 169 (OIT, 1989) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, es un tratado internacional adoptado en Ginebra, el 27 de junio de 1989, fue ratificado por Colombia el 7 de agosto de 1991 y entró en vigencia el 5 de septiembre de 1991, este convenio impone el deber al Estado colombiano de consultar las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos originarios, estableciendo procedimientos apropiados de consulta a los pueblos interesados, de buena fe, y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La consulta como mecanismo de interlocución entre los indígenas y los poderes estatales, es una evolución de diversas herramientas implementadas a través de la historia para garantizar relaciones estables y, de este modo, controlar su resistencia a la dominación y a la usurpación de sus tierras, este mecanismo se inscribe dentro del concepto de los derechos de los pueblos indígenas.

El artículo 7 del convenio 169 (OIT, 1989) establece:

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar porque, 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 puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Como puede observarse el derecho a la autodeterminación de los pueblos, comprende los derechos a gobernarse por sus propias autoridades, de acuerdo con sus tradiciones culturales y políticas, a decidir internamente sobre sus vidas y sus prioridades de desarrollo, así como el derecho a ejercer el control sobre su espacio territorial.

Ejercer el control territorial como consecuencia del derecho de propiedad, incluye la protección de la posesión histórica sobre un

espacio que constituye su hábitat y a que se reconozca su propiedad en cabeza del sujeto colectivo. En Colombia la propiedad territorial, además de incluir los recursos naturales renovables, está protegida como inalienable, lo que significa que no puede ser transferida a otro sujeto y, por tanto, no puede ser revertida ni expropiada por el Estado.

Para que la Consulta Previa cumpla con su razón de ser, debe realizarse cumpliendo los requisitos que indica el artículo 6 en su numeral 2 del Convenio 169 (OIT, 1989) “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, en todo caso el propósito principal de la Consulta Previa es llegar a acuerdos y cuando no sea posible, la decisión final recae en el Estado”, sin embargo la Corte Constitucional en sentencia unificada dejó claro en qué condiciones deben ser tomadas estas decisiones:

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica. (OIT, 1989)

Queda Claro que la Consulta Previa es un mecanismo de participación de los pueblos indígenas en los asuntos de su interés, que busca garantizar el libre ejercicio de sus derechos, fortalecer su identidad cultural y su autonomía para decidir su futuro, reconociéndolos como parte del Estado.

La Consulta Previa en la normatividad internacional

La participación efectiva de los pueblos indígenas a través de sus propios modos de vida y formas distintas de organización es necesaria antes de tomar cualquier medida que los afecte, en tanto se garantiza su conservación individual y colectiva (Toro, 2010; Álvarez, 2008; Anaya, 2005; Baumann, 2001), en tal sentido, contrastando la estructura jurídica que se ha creado al respecto con el proyecto de ley “Por la cual se reglamenta el derecho fundamental a la Consulta Previa, establecida en la Ley 21 de 1991 y de manera general en el numeral 2 del artículo 40 y el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política, concordante con el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011; se adopta el procedimiento especial para realizarla; se crea la Unidad Administrativa Especial para la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones”.

Internacionalmente, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (ONU, 1966) consagra: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural” es este el primer sustento normativo para empezar a hablar de la libre autodeterminación frente a la manera en que se concibe el territorio y la vida en sociedad, sin embargo el organismo que por primera vez habló de la Consulta Previa como una obligación fue la Organización Internacional del Trabajo (OIT) quien expresamente señaló la necesidad de consultar con las comunidades en materia de adopción de medidas legislativas o administrativas, formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (Becerra, 2007; Carbonell, 2001).

Otras instancias internacionales también han señalado la necesidad del mecanismo de la Consulta Previa para defender a las comunidades y pueblos de la agresión que puedan generar los Estados y las corporaciones multinacionales o nacionales (Cabedo, 2004). Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en sentencia del 27 de junio de 2012 del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, define la Consulta Previa como un principio general de Derecho internacional y señala la obligatoriedad de la misma (Chenaut & Sierra, 1995). En esa misma vía, la CIDH ha expresado que el derecho a la Consulta Previa es deber estatal, puesto que se vincula con múltiples derechos humanos de carácter individual y colectivo. Los Estados deben garantizar la Consulta Previa como mecanismo de protección de los derechos de los pueblos y de los derechos humanos. En este sentido el derecho a la Consulta Previa está vinculado con derechos tan fundamentales como el derecho a la participación, el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos ancestrales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente, y también se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura de estos pueblos puede resultar afectada por las decisiones estatales que les conciernen y/o por las actividades de organismos multilaterales.

La Consulta Previa en la normatividad colombiana

Previa: Ley General Ambiental de Colombia, Ley No. 99 de 1993, cuyo artículo 76 regula los modos y procedimientos de participación de las comunidades indígenas y negras en el marco ambiental; Decreto No. 1397 de 1996; Ley No. 70 de 1993, artículo 44; la Directiva Presidencial No. 01 de 2010; el Decreto No. 1320 de 1998, el Decreto Ley No. 200 del 3 de febrero de 2003, el Decreto No. 1220 del 21 de abril de 2005, el Decreto No. 4633 de 2011 y el Decreto No. 4633 del 9 de diciembre de 2011. Al respecto, las normas más relevantes

sobre la materia señalan:

- Constitución Política de Colombia (1991) Preámbulo, Arts. 1, 2, 7, 40, 330 (párrafo): “Se reconoce a Colombia como un Estado pluralista con diversidad étnica y cultural donde todos deben participar de las decisiones que afecten a la vida social, económica y política del país y señala que se garantiza la participación de las comunidades indígenas frente a la explotación de recursos naturales en sus territorios”.
- Ley 21 de 1991 sobre pueblos indígenas y tribales: Se aprueba el convenio 169 de 1989 de la OIT, en su artículo 6° señala que se debe “Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, igualmente, señala que esa consulta debe ser realizada de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.
- Ley 70 de 1993, que desarrolla el Art. 55 transitorio de la Constitución, reconoce las comunidades negras y establece mecanismos para su protección, también señala los casos en que las comunidades deben ser consultadas.
- Artículo 76 de la Ley 99 de 1993, para la explotación de recursos naturales renovables, las comunidades negras tienen derecho a ser consultadas previamente, al respecto consagra: “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.
- Decreto 1320 de 1998, que reglamenta la Consulta Previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales, decreto que pretende ser derogado con la puesta en marcha del proyecto de ley estatutaria y que de cierta manera es garantista en cuanto al rango de acción de la Consulta Previa.
- Decreto 200 de 2003 por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio del Interior y de Justicia y se establece que le corresponde a la Dirección de Etnias, coordinar interinstitucionalmente la realización de la Consulta Previa.
- Directiva 001 de 2010 de la Presidencia de la República: señala las acciones que requieren la garantía del derecho a la Consulta Previa y establece los mecanismos mediante los cuales procede el proceso de Consulta Previa.

Sin embargo, a pesar de toda la normatividad existente, existen más de 400 sentencias de la Corte Constitucional que abordan el tema, unificando criterios en materia de fondo y forma que de cierta manera responden a una necesidad de los pueblos por un mayor desarrollo de la Consulta Previa y la Corte da respuesta al reconocimiento de esa autodeterminación de los pueblos. En ese sentido se encuentran sentencias donde la Corte Constitucional (2002), pone de presente que “... la relevancia de la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios está directamente vinculada con el trascendental significado que ellos le dan al territorio...”, puesto que, “... la noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo.”, cabe señalar que existe todo un andamiaje jurídico que va en la misma línea de la cosmovisión de las comunidades étnicas respecto a la concepción del territorio y para lo cual, en desarrollo del convenio 169 de la OIT, implica que el Estado colombiano tome decisiones encaminadas a fortalecer la participación de las comunidades étnicas en el goce de derechos y la protección de sus territorios.

Proyecto de Ley Estatutaria en materia de Consulta Previa

El proyecto de ley presentado por el Ministerio de Interior y justicia, pretende derogar el Decreto 1320 de 1998 y presenta algunas dificultades en la materialización de las garantías que otorga el convenio de la OIT y representa una regresión en lo conquistado por parte de los pueblos ancestrales en lo consagrado en el Decreto 1320.

Desde el mismo objeto del proyecto de ley, se plantea a la Consulta Previa como un respaldo al derecho a una participación simple y no como el análisis de los impactos de todo tipo que pudieran ocasionarse en territorios de comunidades étnicas, propiciando espacios de una participación integral. También, pretende limitar el ejercicio del derecho fundamental a la Consulta Previa al restringirlo solamente a pueblos que hayan sido certificados por el Ministerio del Interior, a saber señala: “El Estado Colombiano a través de la Agencia para la Consulta Previa, procederá a iniciar, desarrollar y culminar el procedimiento participativo, a solicitud de parte interesada, con las comunidades étnicas certificadas”. Desconociendo que en Colombia hay muchos pueblos que aún no cuentan con la certificación estimada, toda vez que es un procedimiento que lleva mucho tiempo para efectuarse.

A su vez, este proyecto de ley solo tendrá en cuenta proyectos y/o actividades a gran escala y de influencia directa y específica, lo que significa un retroceso en lo que se había establecido en la sentencia de Tutela 129 de 2011 donde se definen los alcances de protección de la Consulta Previa. En la sentencia se resaltan los fines de la Consulta Previa y el rango de protección, a saber:

Los principales fines de esta orden están enfocados en asegurar que los proyectos de impacto social y ambiental, relacionados con proyectos de desarrollo o inversión dentro de territorios étnicos, implementen medidas y mecanismos adecuados que minimicen el perjuicio que puedan tener dichos procesos en la capacidad de pervivencia social, económica y cultural de las comunidades étnicas de la nación. Para ello deberán crear e implementar herramientas que contribuyan de forma efectiva a la consecución del consentimiento libre, previo e informado según las costumbres y tradiciones del grupo étnico determinado, en aquellos casos que: (a) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (b) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental significativo

de una comunidad étnica, eventos en que si los elementos probatorios y de juicio así lo indican, el consentimiento pueda determinar la alternativa menos lesiva para las comunidades étnicas.

Frente al consentimiento, el proyecto dice: “es definido como el conocimiento pleno e indispensable que deben tener las comunidades étnicas en consulta” y no como el acuerdo al que lleguen estas frente a los Planes de Ordenamiento Ambiental POA.

Se traslada la competencia al Ministerio del Medio Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial del concepto frente a las afectaciones que tengan los proyectos en los territorios, dejando por fuera la posibilidad de identificación por parte de la autoridad especializada, que debería ser la oficina de asuntos étnicos del Ministerio del Interior, de los impactos culturales y espirituales que influyen en las comunidades con el desarrollo de los proyectos, limitando las afectaciones a un aspecto puramente ambiental y dejando a un lado los otros aspectos que conllevan esas vulneraciones.

Frente al procedimiento que señala, se establecen 6 fases:

1. Fase de Coordinación y preparación.
2. Fase de Preconsulta.
3. Fase de Consulta Previa.
4. Fase de Protocolización.
5. Fase de Seguimiento de acuerdos.
6. Fase de cierre de la Consulta Previa.

El interesado debe invitar a los representantes de las comunidades étnicas a participar en la elaboración de los estudios, si éstos no responden a la convocatoria, el interesado podrá realizar el estudio prescindiendo de su participación. Solo se permite extender por una vez la duración del procedimiento. En el procedimiento, se ignora el carácter público, especial y obligatorio donde se debe comprometer el debido proceso, que se materializa estableciendo espacios razonables que conlleven a una discusión exhaustiva de los posibles riesgos de implementación de los POA.

Conclusiones

La Consulta Previa es un derecho fundamental que está directamente relacionado con la protección de los derechos humanos tanto individuales como colectivos, en ese sentido, solo es posible defender los intereses de las comunidades sobre los intereses del capital, en la medida en que existan pueblos informados, debido a que lo que en palabras de Gallego-Marín et al (2016) se han creado toda una serie de políticas que propenden para brindar seguridad jurídica a la acumulación y no a la conservación de la ancestralidad de quienes habitan el territorio.

Aunque, como lo afirma Llano (2012), existen dificultades en la concreción de los derechos fundamentales porque terminan siendo abstracciones, es deber del Estado colombiano garantizar la Consulta Previa con el fin de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos internacionalmente en materia de salvaguardar la identidad cultural de los pueblos ancestrales y velar por el respeto de los derechos humanos.

El proyecto de Ley en materia de Consulta Previa, vulnera los derechos fundamentales de las comunidades y pueblos colombianos y representa una regresión en materia de protección de la obligatoriedad, consentimiento, rango de afectación.

Consultar a los pueblos acorde con su naturaleza étnica y cultural, por medio de procedimientos apropiados que cumplan con los principios establecidos internacional y nacionalmente que permita en casos concretos el derecho fundamental a una Consulta Previa efectiva, conlleva a la materialización de los fines esenciales de Estado.

Conflicto de interés

Los autores declaran no tener ningún conflicto de intereses

Referencias Bibliográficas

1. Álvarez Molinero, N. (2008). Pueblos indígenas y derecho de autodeterminación. ¿Hacia un derecho internacional multicultural? Bilbao, España: Universidad de Deusto.
2. Anaya, J. (2005). Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Barcelona, España: Trotta.
3. Baumann, G. (2001). El enigma multicultural. Un replanteamiento de las identidades nacionales, étnicas y religiosas. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
4. Becerra Ramírez, M. (2007). La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento. México D.F. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
5. Bobbio, N. (2007). “Teoría general del Derecho”. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

6. Cabedo Mallol, V. (2004). *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. Valencia, España: Universidad Politécnica de Valencia.
7. Coulanges F. (1996). *La Ciudad Antigua*. Bogotá, Colombia: Editorial panamericana.
8. Carbonell, M.; Cruz Parceró, J. y Vásquez, R. (2001). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México: Porrúa-UNAM. 2a. ed.
9. Chenaut, V.; Sierra, M.T. (1995). *Pueblos indígenas ante el derecho*, México DF. México: Ciesas.
10. Congreso de Colombia. (27 de agosto de 1993). Artículo Transitorio 55 de la Constitución Política de Colombia. [Ley No. 70]. Recuperado de <https://n9.cl/G4wb>
11. Congreso de Colombia. (22 de diciembre de 1993). Creación del Ministerio del Medio Ambiente y se organiza el sistema nacional ambiental SINA. [Ley No. 99]. Recuperado de <http://www.humboldt.org.co/es/images/.../pdf/.../1993-12-22-ley-99-crea-el-sina-y-mma.pdf>
12. Congreso de Colombia. (4 de marzo de 1991). Convenio 169 de la OIT. [Ley No. 21]. Recuperado de www.mpcindigena.org/index.php/.../308-ley-21-de-1991-convenio-169-de-la-oit
13. Congreso de la República de Colombia. (22 de diciembre de 1993). Ley General Ambiental de Colombia. [Ley 99]. Recuperado de https://www.oas.org/dsd/fida/laws/legislation/colombia/colombia_99-93.pdf
14. Congreso de Colombia. (8 de agosto de 1996). Se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas. [Decreto No. 1397]. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1279607>
15. Congreso de Colombia (13 de julio de 1998). Se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. [Decreto 1320]. Ministerio del Interior.
16. Congreso de Colombia. (3 de febrero de 2003). Se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio del Interior. [Decreto Ley No. 200]. Ministerio del Interior.
17. Congreso de Colombia. (21 de abril de 2005). Se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. [Decreto No. 1220]. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial.
18. Congreso de Colombia. (9 de diciembre de 2011). Se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas. [Decreto No. 4633]. Presidencia de la República de Colombia.
19. Constitución política de Colombia (1991). Bogotá, Colombia: Legis. 2da Ed.
20. Corte Constitucional. (12 de mayo de 1993). Sentencia T-188 de 1993. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]
21. Corte Constitucional de Colombia. (3 de febrero de 1997). Sentencia Unificada SU-039. [M.P. Antonio Barrera Carbonell].
22. Corte Constitucional de Colombia. (22 de octubre de 2002). Sentencia C- 891. [M.P. Jaime Araujo Rentería].
23. Corte Constitucional de Colombia. (3 de marzo de 2011). Sentencia T- 129. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].
24. Corte Constitucional de Colombia. (4 de agosto de 2014). República de Colombia (2014). Sentencia T-576/14. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].
25. Gallego-Marín, A. A.; Ramírez-Galvis, M. A.; Arana-Gutiérrez, A. D.; Giraldo-Alzate, O. M.; Cabrera-Otálora, M. I.; Nieto-Gómez, L. E. y Giraldo Díaz, R. (2016). Bioeconomía y derechos humanos en América Latina. *Revista Libre Empresa*, 13(2), pp. 131-141 <http://dx.doi.org/10.18041/libemp.2016.v13n2.26209>
26. Kelsen, H. (1977). Derecho y fuerza, En *Contribución a la Teoría del Derecho*. *Revista Internacional de Filosofía del Derecho* LIV, núm. 2.
27. Llano, J. (2012). Estado Constitucional: La protección de derechos y dificultades en su concreción. *Revista Criterio Libre Jurídico*. 9, 1, pp. 45-58. Recuperado de: http://www.unilibre Cali.edu.co/images2/revista-criterio-libre/pdf_articulos/volumen9-1/CRITERIO_1794-7200_vol-9-1_45-58.pdf
28. Ministerio del Interior y de Justicia (2016). Oficina de Asuntos Étnicos. Proyecto de Ley Estatutaria, Consulta Previa. Bogotá:

29. Organización de las Naciones Unidas - ONU (1966). Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

30. Organización Internacional del Trabajo-OIT (1989) Convenio 169.

31. Toro Huerta, M. (2010). El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 1(10). Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/319/559>