

Yecid Echeverry Enciso*

Universidad Icesi (Cali, Colombia)

yecheverry@icesi.edu.co

**La participación ciudadana como mecanismo
de protección del medioambiente: el caso de la
consulta previa en comunidades étnicas**

*Citizen Participation as a Mechanism for Protecting
the Environment: the Case of Prior Consultation in Ethnic
Communities*

*A participação cidadã como mecanismo de proteção
ao meio ambiente: o caso da consulta prévia em
comunidades étnicas*

Artículo de investigación: recibido 03/06/2021 y aprobado 20/08/2021

* Abogado por la Universidad de San Buenaventura Cali (Colombia); Sociólogo por la Universidad del Valle (Colombia); Especialista en Derecho Penal por la Universidad Santiago de Cali (Colombia); Magister en Filosofía Política por la Universidad del Valle (Colombia); PhD en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Ha escrito varios artículos y capítulos de libros sobre derecho penal, sociología jurídica, filosofía jurídica, criminología, política criminal y dogmática penal. Es profesor tiempo completo de la Universidad Icesi de Cali (Colombia). Editor de la Revista *Precedente*. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5610-5600>

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v20.4852>

Cómo citar:

Echeverry Enciso, Y. (2022). La participación ciudadana como mecanismo de protección del medioambiente: el caso de la consulta previa en comunidades étnicas. *Precedente*, 20, 89-121. <https://doi.org/10.18046/prec.v20.4852>



Esta obra se distribuye a través de una licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International.

Resumen

El presente artículo aborda el tema de la consulta previa como mecanismo de participación democrática y derecho fundamental enfocado en la protección del medioambiente, las comunidades étnicas, su entorno sociocultural y la relación entre el territorio, la identidad y los recursos naturales. En ese sentido, se analizan las distintas interpretaciones que las altas cortes han hecho del mecanismo de participación ciudadana y sus implicaciones en la construcción y protección del ambiente como recurso indispensable para la supervivencia de los pueblos.

Palabras claves: consulta previa; mecanismos de participación; medioambiente; comunidades étnicas.

Abstract

This article addresses the issue of prior consultation as a mechanism for democratic participation focused on the protection of the environment, ethnic communities, their socio-cultural environment and the relationship between territory, identity and natural resources. In this sense, we analyze the different interpretations that the high courts have made of the citizen participation mechanism and its implications in the construction and protection of the environment as an indispensable resource for the survival of the peoples.

Keywords: Prior Consultation; Participation Mechanisms; Environment; Ethnic Communities.

Resumo

Este artigo aborda a questão da consulta prévia como mecanismo de participação democrática e direito fundamental voltado para a proteção do meio ambiente, das comunidades étnicas, de seu entorno sociocultural e da relação entre território, identidade e recursos naturais. Nesse sentido, são analisadas as diferentes interpretações que os tribunais superiores têm feito do mecanismo de participação cidadã e suas implicações na construção e proteção do meio ambiente como recurso indispensável à sobrevivência dos povos.

Palavras-chave: consulta prévia; mecanismos de participação; meio ambiente; comunidades étnicas.

Introducción

La participación de los pueblos étnicos en la toma de decisiones estatales que les afecten ha sido un tema muy controvertido en el ámbito nacional e internacional. Por ello, la consulta previa, como manifestación de este derecho de participación, por ser una institución jurídica usada para dirimir conflictos políticos, jurídicos y sociales manifestados en el choque entre los intereses económicos y la supervivencia de los pueblos indígenas y afrodescendientes (Universidad de los Andes, 2010), se torna relevante dentro de las discusiones jurídicas, puesto que se trata de bienes ampliamente protegidos por el ordenamiento. Esta problemática ha dejado registro jurídico, no solo por la cantidad de acciones de tutela y populares radicadas,¹ sino también por los perjuicios que ha ocasionado el subsistema económico a las comunidades étnicas y a la ciudadanía en general, pues, al priorizar la autonomía empresarial sobre el interés comunitario de las minorías, se desvaloriza el rol que ejercen las comunidades en la toma de decisiones administrativas y legales. Igualmente, se atenta contra su supervivencia cultural y política, al paso que se desatiende ese llamado a la participación como pilar del ordenamiento constitucional.

Ante la preocupación de los pueblos indígenas, las comunidades negras y raizales por el reconocimiento de su diversidad y autonomía, en 1991 se expide, además de la Constitución, la Ley 21 del mismo año, que contempla el derecho fundamental de consulta previa, como resultado de la incorporación del Convenio núm. 169 de la OIT al ordenamiento jurídico nacional, con el fin de proteger la identidad, la cultura y el equilibrio ambiental de los territorios habitados por estos pueblos. Este objetivo ha sido distorsionado por culpa del voto de relevancia económica que dan las altas corporaciones estatales (Rico, 2009) y que deja de lado y sin protección a las comunidades que se encuentran amenazadas por actividades de explotación y extracción de hidrocarburos, carbón, oro, entre otros. Esto genera incertidumbre sobre el futuro de la consulta previa, que pretendía contribuir a la defensa de intereses de los grupos étnicos en Colombia y posibilitar su autonomía en la toma de decisiones.

La jurisprudencia y la legislación que se han gestado en el ordenamiento jurídico son la clara evidencia de los caminos utilizados por las autoridades estatales para solucionar o atender a la preocupación por el respeto de estas

¹ Según la página de relatoría de la Corte Constitucional, aparecen 709 registros de tutelas sobre el tema en mención, a 21 de julio de 2021.

comunidades. Pese a lo anterior, es sabido que estos actores, en numerosas ocasiones, han sido víctimas de vulneración de sus derechos: al trabajo, a la consulta previa, al respeto por su autonomía e integridad cultural, al medioambiente sano y a la relación que estos guardan con la naturaleza, en la medida en que sus decisiones no tienen fuerza alguna respecto de las decisiones del alto Gobierno.

En relación con este último aspecto, la Corte Constitucional se ha referido al derecho al territorio y a la propiedad colectiva en cabeza de estas comunidades, expresando que la garantía de la consulta previa atiende a la suprema importancia que se le atribuye al lugar donde se encuentran asentados, en comparación con la relación que otros ciudadanos tienen con el territorio en el que habitan. Aunado a ello, se sabe que, desde tiempos de la colonización, la búsqueda y dominio sobre el oro que poseían los indígenas fueron motivo para invadir y usurpar las tierras de los países americanos; no obstante el significado sagrado que tenía este metal para dichas comunidades. Sobre estas acciones, se puede decir que hoy en día cobran atención pública, porque se ven en juego derechos fundamentales de las comunidades indígenas; derechos sobre los que se ha creado conciencia con el pasar de los siglos, enfrentados a los intereses económicos de la nación o de un programa de gobierno, si se quiere.

El deseo del oro, metales preciosos e hidrocarburos genera una dinámica de desplazamiento y de expropiación de tierras, porque, al privatizar la zona en donde habitan estas comunidades y comenzar a explorar y explotar los recursos naturales que la componen, sin contar con un consentimiento informado y previo de sus habitantes, generan el desalojo obligatorio del lugar, como reacción de supervivencia de estos agentes sociales ante la oleada de personas que llegan a imponer sus tradiciones, lo que pone en grave peligro la estabilidad cultural de los grupos originarios.

En ese orden de ideas, el presente ensayo busca reflexionar sobre la prioridad y aplicación efectiva del derecho de consulta previa, como institución protectora de las minorías étnicas del Estado, a través del análisis de sentencias en las que se concedió el derecho a las respectivas comunidades. Para lograr lo anterior, primero se hará un recuento jurisprudencial de la aplicación y procedencia de la consulta previa en los diferentes escenarios que involucren a las comunidades étnicas nacionales, haciendo especial énfasis en los proyectos de minería, hidrocarburos y su relación con el medioambiente. De ahí que este trabajo privilegie componentes cualitativos e interpretativos en el procesamiento de

la información. Se considera que el análisis de los discursos jurídicos y políticos que emergen de los fallos de las Cortes permiten comprender la riqueza de los procesos y las condiciones de producción de *sentidos* implícitos y explícitos en las decisiones consideradas. La metodología busca combinar elementos de la propuesta de simbiosis social, que estudia los fenómenos sociales como generadores y productores de sentido, con el análisis de órdenes de discurso y estrategias discursivas propuesto por Fairclough (2003). Asimismo, se utilizará la metodología expuesta por Diego López (2006), con el propósito de reconstruir e interpretar la argumentación de las Cortes en un análisis estático y dinámico, cuando las circunstancias lo permitan.

Seguidamente, acudiendo a la doctrina, se espera dar cuenta de las reflexiones críticas que sobre esta materia se han desarrollado; de la misma manera, se tendrá en cuenta el recuento jurisprudencial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para conocer cómo ha establecido esta corporación el conocimiento y cumplimiento del derecho de información; para, finalmente, concluir y pensar en cómo esta figura, además de hacer valer el derecho de participación de los grupos indígenas y comunidades negras, ha contribuido a la salvaguarda de los recursos naturales en Colombia.

Así, entonces, es fundamental recordar que sobre consulta previa se han escrito numerosas reflexiones —algunas de ellas serán abordadas líneas abajo—, pero, a pesar de ello, no deja de ser un tema clave para repensar la realidad que atraviesa el país y los derechos que se ven comprometidos con las decisiones que sobre esta figura se han tomado recientemente. Pues, no obstante haberse reconocido a la consulta previa como un derecho fundamental, el número de tutelas que se presentan ante las instancias judiciales en procura de su protección muestra la cantidad de vulneraciones que sufren dicho mecanismo y, en consecuencia, las comunidades, quienes tienen que acudir a la vía judicial para poder reclamar el cumplimiento de sus derechos. A la fecha de este escrito, marzo de 2021, la relatoría de la Corte Constitucional colombiana reportaba 778 registros con el nombre de “consulta previa”; cifra muy diciente en el marco de un Estado social y democrático de derecho, pues la consulta también hace parte integral del derecho fundamental a la participación política, clave dentro de un esquema democrático y, particularmente, del reconocimiento a la autonomía de los pueblos.

Aspectos generales de la consulta previa en Colombia

Partiendo del reconocimiento y protección constitucional a la diversidad étnica y cultural por parte del Estado (Const., 1991, art. 7), al considerar la consulta previa como un derecho fundamental de que gozan las comunidades indígenas y afrocolombianas, resulta imperioso reflexionar sobre el rol que estas ocupan en los espacios de participación dispuestos por el Estado para su ejercicio, pues, como se sabe, además de ser actores discriminados históricamente, en la actualidad siguen siendo víctimas de la vulneración de sus prerrogativas como comunidades. Entonces, en la tarea de respetar y reconocer los derechos de estas colectividades, se han dictado diversos pronunciamientos judiciales que buscan dar eficacia material a las disposiciones normativas del ordenamiento jurídico sobre estos temas. Sin embargo, como se anotó antes, no son ajenas a la transgresión de sus derechos, y, para lo que en este escrito importa, se intentará abordar la relación de estos casos con la consulta previa, sin dejar de mencionar otros temas relevantes, como el derecho al medioambiente sano.

Antes de presentar un panorama claro y sucinto de la consulta previa desde el punto de vista jurídico, es importante comentar y, de alguna manera, entender por qué es tan importante que se proteja una figura de participación como esta. En este sentido, es preciso afirmar que nuestro interés nace de la relación entre las comunidades indígenas y su territorio como parte del medioambiente vital; aclarando que dicha relación va más allá de las dinámicas de propiedad que guarda el hombre moderno, pues es sabido que en la cosmogonía de estos pueblos el concepto de *territorio* se torna más espiritual, si se quiere, y es el reflejo de tradiciones ancestrales cuya enseñanza o significado se basa en el respeto por la tierra, la naturaleza, los animales y, en general, los recursos naturales. En otras palabras, el territorio es más que una simple extensión superficial de suelo; involucra tradiciones, ritos, prácticas sociales y una estrecha relación con la naturaleza, a la cual se le atribuye un significado mayor, como madre y soporte de existencia.

En este sentido, la CIDH ha establecido que “el territorio tradicional [de la sociedad indígena o tribal] abarca aldeas, zonas de caza, pesca, lugares de entierro, fuentes de plantas medicinales y puntos relevantes en su historia” (Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 2010). Este concepto no deja de lado los derechos que sobre uso y goce de los recursos naturales se pueden ejercer en sus territorios (Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2008). Las anteriores nociones han sido tomadas por la Corte Constitucional al momento

de atribuir el alcance a estos conceptos y relacionarlos con otros, como son la afectación directa y la justicia ambiental; todos ellos necesarios para entender el alcance de la consulta previa en el ordenamiento colombiano, como parte del pilar democrático de la participación ciudadana, en la protección del territorio y los recursos naturales.

No obstante esta especial relación, las comunidades indígenas se han visto despojadas y desterradas de sus territorios sagrados por parte de distintos actores. Ejemplo de ello es la ocupación realizada por el Ejército Nacional en 1962, a través de vías de hecho, en el cerro El Alguacil o Inarwa, constituido como territorio ancestral arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta, el cual, para 1965, fue adjudicado al Ministerio de Guerra por el municipio de Valledupar, desconociendo que históricamente ese territorio les pertenecía a los arhuacos. Esta situación constituye una vulneración manifiesta de los derechos constitucionales que actualmente son reconocidos a estas colectividades. Por lo que, en ese caso concreto, la Corte Constitucional, aduciendo el derecho fundamental de la propiedad colectiva (T-188, 1993) de las comunidades indígenas, indicó su importancia para la supervivencia cultural y espiritual de estos pueblos para tutelar su derecho a la consulta previa, lo cual, evidentemente, les permitiría conocer los impactos causados por las obras desarrolladas en dicho territorio, las cuales se hicieron sin tener en cuenta la participación de la comunidad arhuaca (Corte Constitucional, T-005, 2016).

Otro factor preponderante que contribuye al fenómeno de destierro se da por la industrialización y la explotación de recursos. Sobre esto, Monje Carvajal (2015) afirma que “la mayor parte de las personas son desplazadas de regiones en las que hay iniciativas agroindustriales, de macroproyectos, de obras de infraestructura” (p. 32). Situación que no es ajena a las comunidades étnicas, y de ahí la importancia de consultar con ellas sobre este tipo de decisiones que, por lo general, les afectan directamente y se inmiscuyen en su órbita cultural, política y religiosa. Esta determinación guarda relación con el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, el cual indica que, ante la excepcional necesidad de traslado y reubicación de los pueblos, en todo caso, estos deben dar su consentimiento libre y con conocimiento de la causa que conlleva dicha acción.

Se podría pensar que, en cumplimiento de esta directriz, la Corte ha reconocido el derecho de las comunidades a ser consultadas, entre otros aspectos, sobre la explotación de recursos naturales en sus territorios, como la madera (Corte Constitucional, T-380, 1993) y el petróleo (Corte Constitucional, SU-039, 1997);

la ejecución de programas de aspersión de cultivos ilícitos (Corte Constitucional, SU-383, 2003); la construcción de proyectos y obras de infraestructura (Corte Constitucional, T-428, 1992); la definición de las pautas para la integración de sus instancias de consulta; la entrega de concesiones para el desarrollo de proyectos turísticos; la conformación de juntas de acción comunal; el diseño de planes de atención y prevención de desastres, y la prestación del servicio educativo, entre otros (Corte Constitucional, SU-133, 2017).

Estos escenarios parecen ser alentadores, pues dan cuenta del compromiso estatal para dar cumplimiento a los preceptos constitucionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas y afrocolombianos, además de las obligaciones internacionales que ha adquirido por la ratificación de tratados sobre derechos humanos. Pero lo cierto es que, haciendo una revisión rápida de los pronunciamientos del tribunal constitucional sobre este tema, se nota con preocupación que el reconocimiento del derecho a la consulta previa solo se está logrando, al menos en mayor medida, por medio de fallos de tutela. Esto es un indicador del atropello que sufren las comunidades étnicas, pues solo a través del juez constitucional pueden hacer valer sus derechos como comunidad. Es decir, falta mucha conciencia sobre la realidad que afrontan estos actores y que va más allá del provecho económico y la desmesurada actividad extractiva y explotadora sobre la tierra. Y eso solo en aquellos casos donde se puede judicializar el cumplimiento de las prerrogativas constitucionales, pues, en muchas ocasiones, la presencia de actores armados que intimidan a las comunidades hace nugatoria cualquier pretensión de participación ciudadana.

En el mismo sentido, es preciso indicar que los grupos armados también han protagonizado este tipo de actuaciones. Y es tan conocido en el ordenamiento jurídico colombiano que la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado al respecto, estableciendo que no basta, en escenarios de desplazamiento forzado, con la protección de la identidad cultural indígena, pues la reparación a estas comunidades debe incluir la situación de desventaja histórica que han sufrido, ya que “sus territorios suelen ser invadidos por los actores del conflicto sin respetar la neutralidad que estos pueblos han adoptado” (Corte Constitucional, T-1105, 2008). Sobre esta misma problemática, la Corte, en Auto 004 de 2009, asevera que los pueblos indígenas colombianos se encuentran en riesgo de exterminio físico y cultural por el conflicto armado, por lo que ha expedido órdenes para atender la situación (Universidad de los Andes, 2010). Preocupa, en particular, la destrucción que se hace del territorio al talar selvas con la finalidad de establecer

plantaciones de coca o de realizar extracción aurífera por parte de los actores armados al interior de asentamientos indígenas.

Con estos pocos ejemplos, se puede dar cuenta de la grave situación que afrontan los grupos étnicos, quienes siguen siendo objeto de violencia; claro, al igual que otros grupos humanos, pero resulta de especial atención este caso, porque se está ante una comunidad que desde tiempos de la colonización ha sido fuertemente reprimida, degradada y vulnerada de manera sistemática, a medida que sus territorios han ido menguando; unas veces por acciones legislativas, otras por la dinámica de la guerra interna y por la colonización campesina hacia las tierras de resguardos. En otras palabras, estas comunidades traen consigo un déficit de reconocimiento por parte del Estado que hace su situación cada día más preocupante por su vulnerabilidad.

Parecería, entonces, que la representación de los primeros colonos que llegaron a América en busca de *El Dorado* y nuevas tierras continúa siendo parte del proceso, aunque con otros actores y por diversas causas, pero su territorio y riquezas minerales siguen siendo objeto de persecución. La sed de explotación económica y el ansia de poder son indiferentes al paso del tiempo y no hallan reparos en transgredir a una comunidad con una cosmovisión que ve en los recursos naturales algo distinto a un puro medio económico: la fuente de vida, adoración, comunicación con sus deidades, arraigos y tradiciones, cuya adquisición y uso depende de unas dinámicas generalmente basadas en el respeto a los ciclos que estos cumplen. Por ejemplo, el descanso de la tierra y el consumo de ciertos alimentos en distintas épocas del año, de conformidad con rituales que forman parte de sus usos y cumplen una función específica en la vida de estos pueblos.²

Con esto, resulta evidente que la consulta previa cobra especial importancia en la protección del territorio como parte identitaria de las comunidades étnicas. Esta relación ha sido bien desarrollada por organismos internacionales y la jurisprudencia constitucional. Al respecto la OIT manifiesta:

² Por citar tan solo un ejemplo de estas prácticas que aún se conservan en algunos pueblos indígenas colombianos, se encuentra el ritual de reconciliación con la Madre Tierra surtido por la comunidad Nasa en 2016. Ver: <https://www.cric-colombia.org/portal/para-enraizarnos-con-la-madre-tierra-se-realizo-ritual-de-kutx-wahwa/>

Artículo 13. 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. (OIT 169, 1989)

Igualmente, el tribunal constitucional, en su vasta jurisprudencia, se ha referido a esta cuestión y, en síntesis, ha dicho que “el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad, sino que se asocia al concepto de ámbito cultural de la comunidad” (Corte Constitucional, T-235, 2011). En este orden de ideas, también enseña que el reconocimiento de su derecho al territorio propende hacia el ejercicio de otros derechos, como la identidad cultural y la autonomía. Es decir, este elemento trasciende las consideraciones formales sobre estos derechos (Corte Constitucional, T-188, 1993). Y el fundamento de todo este reconocimiento radica en la importancia atribuida al territorio, la cual

supera ampliamente el normal apego que la generalidad de los seres humanos siente en relación con los lugares en los que han crecido y pasado los más importantes momentos y experiencias de sus vidas, o en aquellos en los cuales habitaron sus ancestros. (Corte Constitucional, T-680, 2012)³

100 Ello es así porque el ejercicio de la autonomía reconocida en la Constitución necesariamente incluye su participación “en las decisiones que los afectan, entre ellas las relacionadas con la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios” (Corte Constitucional, C-062, 2003). Sobre este punto, es inevitable volver a la relación de cuidado y respeto que tienen los pueblos indígenas con la tierra y los recursos que obtienen de ella (Ortiz, 2017); y parte de esto se refleja en la comprensión sociológica del territorio y el espacio, la cual también juega un papel importante en el proceso de percibir la relevancia de estos elementos al interior de estas colectividades. De ahí que se establezca la siguiente directiva constitucional:

³ En el mismo sentido: Corte Constitucional (T-764, 2015; T-601, 2016).

Existe una relación intrínseca entre los conceptos de tierra y territorio: la tierra hace alusión a la base física de un asentamiento humano, mientras que el territorio hace referencia a las relaciones espirituales, sociales, culturales, económicas, entre otras, que construyen las personas y las comunidades alrededor de la tierra. (Corte Constitucional, T-763, 2012)

Teniendo una idea general sobre estos conceptos, es preciso adentrarse en la figura de la consulta previa como parte del reconocimiento constitucional que se ha otorgado a la identidad de los grupos étnicos,⁴ como una acción afirmativa para materializar el derecho de participación de estos en las decisiones que afecten directamente o pongan en riesgo sus prioridades como comunidad autónoma, con atención a la especial relación que guardan con su territorio, su patrimonio simbólico y cultural, prácticas económicas, ambientales y las tradiciones que les son propias y representan dicha identidad.

Estos aspectos tienen especial importancia porque se integran en la memoria histórica, no solo de los pueblos que las comparten, sino también del país en el que se encuentran asentados. El reconocimiento otorgado a estos actores se basa en el principio de la diferencia, sin que ello signifique que sea una entidad paralela al Estado quien los reconoce como ciudadanos. En ese orden de ideas, la protección de las comunidades indígenas hace parte del entramado histórico de Colombia, situación que no siempre se dio, pues en la Constitución de 1886 los indígenas eran excluidos del ordenamiento jurídico en ámbitos de reconocimiento cultural, étnico, religioso y civil. Esta constitución olvidó el carácter pluriétnico del Estado colombiano, toda vez que pretendía regular a una sociedad aparentemente homogénea, que en realidad presentaba contrastes apreciables en cuanto a modos de vida, tradiciones, lengua y otros aspectos diferenciadores de la mayoría de los ciudadanos del país.

En este sentido, García (2012) afirma que el no considerar los escenarios históricos, culturales, sociales y económicos de los pueblos indígenas y de sus respectivos países hace que todo este discurso se quede en consideraciones netamente jurídicas y procedimentales. Por su parte, Rodríguez (2018, p. 53)

4 Un grupo étnico es una comunidad determinada por la existencia de ancestros y una historia en común. Se distingue y reconoce por tradiciones y rituales compartidos, instituciones sociales consolidadas y rasgos culturales como la lengua, la gastronomía, la música, la danza y la espiritualidad, entre otros elementos. Los integrantes de un grupo étnico son conscientes de pertenecer a él, comparten entre ellos una carga simbólica y una profundidad histórica (Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte, s. f.).

reafirma la imperiosa necesidad y el deber que se surte en cabeza del Estado de propiciar los espacios de participación a que tienen derecho las comunidades étnicas en lo relacionado con su territorio, identidad cultural y autonomía. Ello para establecer que la consulta como tal es solo un aspecto de la participación que, en aras de una verdadera autonomía, debe tener el peso de una decisión tomada, aceptada y compartida por toda la sociedad; en caso contrario, la consulta tan solo sería una especie de diálogo con decisión tomada previamente sin efecto alguno.

Así entonces, la Corte Constitucional ha decantado este tema en múltiples providencias, que han generado importantes directivas que permiten no solo conocer los aspectos técnicos que deben atenderse al momento de llevar a cabo el proceso de consulta, sino que, además, han traído a la luz pública diversas problemáticas que enfrentan los pueblos indígenas y, en general, los grupos étnicos, ante los cuales no se puede ser indiferente y que relacionan otros derechos como la educación, el trabajo, la seguridad social, el acceso a la administración de justicia, entre otros. Vale recordar que el tribunal constitucional ha destacado el carácter de derecho fundamental de la consulta previa y su orientación a proteger la seguridad y subsistencia de los grupos étnicos. Además de esa importante declaración, estimó que tales prerrogativas se encuentran reforzadas por el Convenio 169 de la OIT, con pretensión de asegurar y dotar de eficacia la participación de las comunidades indígenas (Corte Constitucional, SU-039, 1997).

El citado convenio, que versa sobre los “Pueblos indígenas y tribales en países independientes”, fue aprobado por la Ley 21 de 1991 y es un tratado sobre derechos humanos; se encuentra integrado, en estricto sentido, al bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 constitucional (Corte Constitucional, T-606, 2001). Este convenio sirve como parámetro de interpretación, junto con la Constitución nacional, la legislación vigente, los contextos culturales y los intereses indígenas, para el desarrollo del derecho a la consulta previa, como medida de aseguramiento de derechos fundamentales a la identidad étnica y cultural; aspecto cuya preservación es susceptible de protección por vía de tutela, atribuible a la comunidad indígena como sujeto colectivo, más que a cada uno de sus integrantes particularmente considerado (Corte Constitucional, T-052, 2017).

Consulta previa en las actividades económicas

Teniendo en cuenta que en Colombia también se protege la libre competencia económica (Const., 1991, art. 333), dentro de la cual se encuentran todo tipo de iniciativas empresariales lícitas, como son la explotación minera, el turismo, la construcción de obras civiles y, en general, la prestación de bienes y servicios, no se puede pasar por alto el papel que juega la consulta previa en el desarrollo o aprobación de estas actividades mercantiles cuando se pretenden llevar a cabo en territorios de comunidades étnicas.

La libertad de competencia es la oportunidad de acceder al mercado bajo las normas que lo regulan; implica la facultad que le asiste a los ciudadanos para afectar bienes con propósitos económicos, de los cuales se espera obtener utilidades (Corte Constitucional, C-032, 2017). De acuerdo con esto, se evidencia que esta materia encuentra sustento constitucional y su regulación no es ajena en los pronunciamientos del tribunal constitucional. De ahí que surja la inquietud por conocer la incidencia que tiene la consulta previa en el ejercicio de estas libertades, las cuales también se ven enfrentadas con otro tipo de derechos, como son los ambientales. Pues no se puede negar que el interés económico legítimo puede entrar, y a veces lo hace, en colisión con derechos de las comunidades, referidos a su identidad cultural y subsistencia, razón por la que se exige la consulta previa como derecho fundamental de estas comunidades para no afectarlas en el desarrollo de actividades mercantiles, de explotación minera o forestal, entre otras.

Por otra parte, se debe recordar que la idea de igualdad material en el Estado social de derecho colombiano se revela en la Constitución Política con el deber de protección especial a los sujetos menos favorecidos de la cooperación social y a la justicia distributiva, razón por la que ha de darse prioridad, en términos de acción afirmativa, a los grupos minoritarios (Franco, 2013). Esto evidentemente incluye a los grupos étnicos, reconocidos como grupos familiares de “ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional [...] y gozan de un rango constitucional especial” (Corte Constitucional, T-769, 2009). De allí se afianza la idea de que es el Estado quien debe propender a generar espacios de diálogo y participación entre las comunidades étnicas y las empresas que buscan explotar los recursos naturales de sus territorios.

La consulta previa, entonces, en la libertad de empresa juega un papel preponderante como mecanismo de comprensión y afianzamiento de intereses, pues la Corte Constitucional ha sido enfática en la obligación ambiental que les asiste, ya que la explotación de recursos naturales no renovables se puede ejecutar sin exceso, sin comprometer la extinción de estos; de lo contrario, se estaría omitiendo el imperativo del principio de precaución, sostenibilidad y distribución que propone la justicia ambiental (Corte Constitucional, SU-123, 2018), como marco de aplicación de las obligaciones de las empresas con el entorno social, pues la decisión privada no puede tornarse más relevante que la opinión de las minorías comunitarias, lo que genera una desigualdad entre sujetos de derecho.

En este sentido, cabe decir que “los sistemas jurídicos, a través de sus normas, prescriben los distintos modos en que habrán de organizarse las relaciones entre los agentes y los factores del sistema económico” (Franco, 2013, p. 21); razón por la cual las comunidades no quedan sometidas al vaivén de las relaciones puramente comerciales, sino que se deja un espacio de diálogo que permita encontrar equilibrios, y para ello se ha establecido la consulta previa, toda vez que propicia un escenario de comunicación entre los agentes, para discutir y llegar a un acuerdo sobre el grado de afectación que están dispuestas a tolerar en el ejercicio de las actividades económicas o del llamado *desarrollo*.

Ejemplo de lo anterior lo constituye la explotación de petróleos en territorios de asentamiento indígena. Por ello se hará un breve recuento sobre dicha actividad en relación con la consulta previa, precisando, en materia de exploración y explotación de recursos no renovables, el “impacto en (i) el territorio de la comunidad tradicional; o (ii) en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo” (Corte Constitucional, SU-123, 2018), como parte del diálogo e intercambio de saberes en la consecución de una solución negociada.

En 1997, el tribunal constitucional resolvió la problemática surgida entre el pueblo U'wa y la Sociedad Occidental de Colombia en conjunto con el Ministerio de Ambiente, por la autorización de una licencia ambiental por parte del ministerio aludido a la sociedad comercial ya mencionada. Según el defensor del pueblo, quien funge como la parte actora en representación de algunos miembros del pueblo U'wa, con este proceder se vulneraron varios derechos fundamentales de la comunidad, entre los que se encuentra la consulta previa.

En su fallo, la Corte Constitucional determinó, entre otras cosas, que, dados los intereses que se ven involucrados, como el destino y la seguridad de la subsistencia del pueblo U'wa, la participación no debe entenderse como la simple intervención en la actuación administrativa para el ejercicio del derecho de defensa o la recepción pasiva de información respecto al proyecto a desarrollar. Además, aseveró que la información o notificación sobre el proyecto de exploración o explotación de los recursos naturales no puede ser valorada como consulta; esta debe ser adelantada por el Estado, ser previa a la expedición de la licencia ambiental y gozar de una amplia discusión dentro de las comunidades afectadas, pues todas las actuaciones posteriores destinadas a suplir la ausencia de este procedimiento carecen de significado y valor jurídico (Corte Constitucional, SU-039, 1997).

De manera más reciente, en 2018 la Corte constitucional elaboró un importante pronunciamiento sobre los derechos de la comunidad Awá La Cabaña, presuntamente vulnerados por las actuaciones adelantadas por el Consorcio Colombia Energy en la explotación de hidrocarburos. De esta providencia se puede destacar, además del trabajo jurídico propio de este tribunal, las circunstancias que evidenciaron la afectación directa a la comunidad como consecuencia de las actividades de explotación, las cuales sirvieron de fundamento para que la Corte resolviera tutelar los derechos fundamentales de este pueblo, incluido el derecho a la consulta previa, entendido como un proceso deliberativo en el que se exponen las diferentes cosmovisiones y los impactos del proyecto para saber con claridad de qué manera los beneficia y cómo los afecta.

Respecto a este punto, la Corte de manera reiterada ha afirmado que los impactos ambientales derivados de actividades como las que se cuestionan se intensifican en las comunidades indígenas; y, para el caso de los Awá, esto se ve reflejado en:

Los flujos de la pesca, la deforestación de sus bosques y plantas medicinales, la restricción de sus costumbres, como lo informó la Defensoría, la afectación de la tradición oral que en la comunidad Awá “La Cabaña” acostumbraban a transmitir los ancianos en las caminatas con los más pequeños, ha sido afectada por la operación de los pozos adyacentes a su territorio. (Corte Constitucional, SU-123, 2018)

Lo anterior muestra cómo la afectación directa a las comunidades étnicas comporta un aspecto relacionado con su identidad cultural, a la vez que refleja un impacto significativo en el medioambiente y está directamente relacionada con el modo de vida de estos pueblos. Con esto, es posible advertir la importancia de respetar y propiciar el ejercicio de la consulta previa, porque de manera consecuente también se están protegiendo los recursos naturales y la fauna. Estos difícilmente pueden considerarse en riesgo a manos de las comunidades étnicas, ya que sus dinámicas sociales se permean de un profundo respeto por la tierra y los elementos que la componen.

En otro fallo sobre un proyecto de exploración y explotación minera en territorios de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Jiguamiandó, indígenas de los resguardos de Uradá-Jiguamiandó y del resguardo de Chageradó Turriquitadó en el Chocó y Antioquia, la Corte tuteló los derechos fundamentales de estas comunidades, al haberseles vulnerado el procedimiento de la consulta previa. Esto dio lugar a la suspensión de las actividades que se estuvieran adelantando o las que se fueran a adelantar, mientras no se hiciera el debido estudio de los impactos ambientales y se agotara la consulta previa con todas las comunidades afectadas por dicho proyecto económico.

La decisión trajo a colación varios aspectos relevantes. El tribunal destacó que debe buscarse un equilibrio entre el desarrollo económico del país, en este caso a través del proyecto minero, y la preservación ambiental, así como la subsistencia de las comunidades. Lo anterior en vista de que este sustrato representa la conservación de las generaciones futuras y el respeto por los valores que identifican a los grupos étnicos y la población en general del territorio. Además, afirmó que el proyecto, dada su duración de 30 años prorrogables, indudablemente generaría daños en el medioambiente, afectando los ríos, el aire, los bosques, la fauna, la salud y las bases económicas y culturales de estas comunidades (Corte Constitucional, T-769, 2009).

En este punto, es importante recordar la reflexión realizada por Rodríguez (2016), quien, al estudiar la previsión que hace el Código de Minas sobre la solicitud de declaratoria de zonas mineras por parte de grupos étnicos, deja ver “el limitado alcance de los derechos de estos pueblos en la legislación minera” (p. 51). Efectivamente, la poca o nula información que reciben las comunidades étnicas al solicitar esta medida se aparta de la pretensión fundamental, que es evitar que otras personas o empresas pudieran entrar a explotar su territorio, sin saber que tal declaratoria está sujeta a una condición temporal de aprovechamiento: que

las zonas del territorio en las que no haya interés de explotación, igualmente, quedan sujetas a expectativas de esta índole por parte de terceros y que los efectos de la consulta previa dejan de ser vinculantes aunque este derecho se mantenga.

Grosso modo, se ven las iniciativas legales que se han desarrollado para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales adquiridas con pueblos y comunidades étnicas, particularmente la jurisprudencia constitucional, que se ha encargado de dar alcance y advertir a la sociedad sobre la importancia de reconocer, respetar y proteger el patrimonio histórico de las comunidades minoritarias. Así, se puede evidenciar que no basta con promulgar directivas legales que impongan obligaciones en cabeza del Estado y los particulares, pues, como se pudo notar, estas pueden ser tergiversadas y sus efectos resultar adversos a los fines para los que fueron creadas. De ahí la necesidad de generar conciencia sobre esta problemática que nos afecta.

Consulta previa y medioambiente

La consulta previa no solo ampara los derechos de identidad y subsistencia de los pueblos y comunidades étnicas; también abarca un componente ambiental muy importante, tal y como se ha expuesto líneas arriba, al citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, es necesario profundizar en este aspecto a efectos de abarcar el potencial de la figura jurídica en estudio. Rodríguez (2016) resalta las consecuencias de la declaratoria de Área Estratégica Minera en la Amazonía y su exploración, pues genera un fuerte impacto ambiental por “el desplazamiento de personas y de maquinaria necesario para implementar tal etapa [la de exploración]” (pp. 58-59), ya que en esta etapa no es necesario tener licencia ambiental. Estos impactos no son nuevos. Es clave advertir que, además de llevarse consigo especies de árboles y animales, también afecta gravemente a las comunidades residentes, pues el deterioro de los recursos interfiere en la relación que con ellos se tiene, vulnerando los derechos fundamentales a la libre determinación, la supervivencia, la integridad territorial general y ancestral, la participación en las decisiones que los afectan en la vida y la identidad e integridad étnica, cultural, social, ritual y económica, que en todo caso les asiste.

Ante esta circunstancia, la Organización Internacional del Trabajo se ha pronunciado en relación con el consentimiento informado, el cual tiene total asidero en la consulta previa, definiendo que debe contar mínimo con lo siguiente:

a. la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b. la razón o las razones o el objeto del proyecto y/o la actividad; c. la duración del proyecto o la actividad; d. la ubicación de las áreas que se verán afectadas; e. una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución; f. el personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); y, g. los procedimientos que puede entrañar el proyecto. (OIT, 2009, p. 63)

Como se evidencia, el contenido del consentimiento es robusto y cubre amplios aspectos que deben conocer las comunidades al momento de evaluar el proyecto que está siendo o será objeto de consulta. También es preciso recordar que, dependiendo del grado de afectación que se perciba del proyecto hacia la comunidad étnica, se deberá adelantar un espacio de participación igual a la de otros ciudadanos, la consulta previa o la obtención del consentimiento libre, previo e informado por parte de todos los habitantes (Corte Constitucional, SU-123, 2018). No obstante, como se ha mencionado, la eficacia material de estos preceptos puede verse menoscabada por la inconciencia y la poca atención que algunos actores económicos y políticos otorgan a esta circunstancia.

Por otra parte, actualmente se acude al concepto de *nativo ecológico*, que introduce o invita a pensar que “las representaciones sobre los indígenas han sido transformadas del ‘sujeto colonial salvaje’ en el ‘actor político-ecológico’ ” (Ulloa, 2001, p. 286); situación que necesariamente remonta a la época colonial, donde los conocimientos indígenas eran menospreciados y deslegitimados a través de discursos religiosos, que hacían ocupar a los indígenas el último lugar de la pirámide social. Sobre esta cuestión, Castro (2005) refiere que parte de tal concepción se atribuye a la incapacidad que veían los españoles en los indígenas de elaborar conocimientos abstractos, científicos y a la falta de una escritura alfabética.

Con base en ello, se puede pensar que el nuevo rol que se está otorgando a las comunidades indígenas y a ellos como seres individuales es sinónimo de esa lucha por el reconocimiento en el espacio social y jurídico, que, como se ha ilustrado, es una iniciativa que compromete a todas las Naciones, unas más

que otras, pero que ya se encuentra en la agenda política de estas. Sobre esto también se ha pronunciado la Corte Constitucional (T-380, 1993) al afirmar que “la comunidad indígena ha pasado de ser una realidad fáctica y legal, para constituirse como un sujeto de derechos fundamentales”.

El dictamen de la Corte indirectamente remite a Ulloa, quien afirma que:

Los indígenas ahora son vistos por la comunidad académica, las organizaciones en pro del medio ambiente, los medios masivos de comunicación y el público en general, tanto en Colombia como en el ámbito internacional, como los guardianes de la naturaleza, eco-héroes o nativos ecológicos que protegen el medio ambiente y dan esperanza a la crisis ambiental global. (2001, p. 289)

Esta situación resulta relevante al relacionarla con la consulta previa, pues realza la capacidad intelectual de las comunidades para exponer su cosmovisión ancestral e identitaria que busca protegerse a través de la Constitución y los tratados internacionales, permitiéndoles participar en la toma de decisiones fundamentales para su subsistencia. En este sentido, las comunidades indígenas cobran importancia para el medioambiente por su íntima conexión con la naturaleza misma (Langebaek, 2016). Sin embargo, como se ha apreciado en los fallos de tutela, estos aspectos no son siquiera considerados por los actores económicos que, por lo regular, solo ven en el suelo la oportunidad de explotación de recursos, sin tener en cuenta los impactos ambientales que ello conlleva; tampoco valoran los conocimientos ancestrales de las comunidades étnicas, los cuales, además de hacer parte de su identidad cultural, representan un medio de conservación para el medioambiente.

Con lo anteriormente expuesto se tiene que:

- La consulta previa es un derecho fundamental de carácter colectivo, responde al principio de buena fe y debe ejercitarse antes de la toma de la decisión.
- Se realiza a través de un proceso de carácter público, especial y obligatorio en el que se garantiza el debido proceso (principio de oportunidad, comunicación intercultural y bilingüismo).
- Se hace de manera previa a la adopción de medidas administrativas, legislativas o a la decisión sobre proyectos que puedan afectarles.

- Durante todo el proceso se garantiza el acceso a la información, la cual debe ser dada de manera clara, veraz y, sobre todo, oportuna (Universidad del Rosario, s.f.).

Aunado a ello, Rodríguez recuerda que el fin de este mecanismo es “llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, además de hacer efectivo el deber de proteger la integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación de estas colectividades” (2018, p. 11).

Consulta Previa y Jurisprudencia Internacional

Habiendo tratado el tema de la consulta previa en el ordenamiento colombiano, se pasará a estudiar algunos pronunciamientos internacionales sobre el derecho de participación de las comunidades étnicas, a efectos de dar relevancia al tema, particularmente por lo del llamado bloque de constitucionalidad que integra al derecho doméstico aquellas normas y jurisprudencia que versan sobre derechos humanos contenidas en tratados ratificados por Colombia. En este sentido, no sobra conocer la noción que la legislación internacional tiene de comunidades indígenas, ya que no todos los países otorgan los mismos niveles de reconocimiento a estos grupos. A lo largo de la jurisprudencia internacional americana se ha podido comprender cómo se debe proceder al reconocimiento de este grupo de personas para ser titulares de cada uno de los derechos humanos atribuidos a ellos, a razón de esto. Sin embargo, se debe aclarar que no todos los Estados americanos determinan a estas comunidades como sujetos de derecho; algunos solo lo hacen en virtud del reconocimiento de la personalidad jurídica en cuanto ciudadanos miembros del Estado, dejando a la comunidad sin protección especial. Como ejemplo de ello, la Corte IDH profirió un fallo en el caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay (2005), en el cual hace referencia a la necesidad de reconocer la personería jurídica de estas comunidades, puesto que, a partir de ella, no solo le son reconocidos derechos, sino también la calidad de organización política, cultural y religiosa; en otras palabras, se reconoce la autodeterminación de estos pueblos.⁵

⁵ Corte Constitucional (Sentencia SU 123, 2018): basándose en la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, la Corte IDH debe fallar teniendo en cuenta no solo lo que determina la CADH, sino también lo que han propuesto las demás herramientas internacionales que protegen este derecho, como lo son el PIDCP y el PIDESC, tratados que tienen en común un artículo

Otro de los fallos en donde se propugna el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades es el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007), en el cual la Corte IDH, para verificar la vulneración de los derechos económicos y sociales por parte del Estado, por haber omitido el consentimiento de la comunidad Saramaka; procedió a justificar el reconocimiento de la personería jurídica de este grupo indígena, demostrándolo necesario por los efectos que de él se desprenden en el ámbito legal; distinto al caso colombiano, donde constitucional y legalmente las comunidades tienen reconocimiento y autonomía jurisdiccional. Esto debido a que las comunidades indígenas no son tratadas como una sociedad de personas, no cuentan con la exigencia del reconocimiento de una personería jurídica colectiva para poder proceder legítimamente como titulares de derechos en procura de su identidad nativa, como aspecto de relevancia histórica (Corte Constitucional, SU-039, 1997), advirtiendo que se trata de una minoría en condiciones de vulnerabilidad y poca capacidad jurídica.

De acuerdo con lo anterior, es menester recordar el papel de estos grupos étnicos en el derecho internacional, pues han sido protagonistas de los avances en materia de reconocimiento en diferentes tratados, los cuales han sido incorporados en la legislación interna de cada país miembro. Uno de dichos avances ha sido el derecho de consulta o información o la consulta previa (Santamaría, 2016), como herramienta de protección de los grupos étnicos en su identidad y participación democrática. En un primer momento, las disposiciones que regularon este avance internacional fueron incorporadas en el Convenio núm. 169 de la OIT, en 1989, ratificado en toda América del sur.

Así pues, el art. 7° de la convención núm. 169 de la OIT señala el derecho de decisión de los pueblos minoritarios para respetar y salvaguardar el proceso de desarrollo cultural, económico, de salubridad y el cuidado del medioambiente. Este derecho se interpreta como norma imperativa para los Estados, atribuyendo en cabeza del poder estatal la obligación de especial protección con los pueblos minoritarios que lo integran. De allí que el objetivo general de esta consulta, como lo indica Santamaría (2016), sea proteger los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

Siguiendo la línea de protección de derechos, la ONU ha solicitado implementar, como principio internacional, la no discriminación entre los

expreso sobre la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, de acuerdo con su desarrollo económico, social y cultural.

habitantes de cada Estado, pues de esta manera se fomenta la convivencia pacífica entre ellos, al considerar el principio un pilar para el ejercicio y titularidad de los derechos de identidad cultural y el consentimiento informado. Ideales clasificados por la CIDH en cada uno de los fallos emitidos.

En consecuencia, la CIDH ha tomado cartas en el asunto, en relación con la preocupación sobre la omisión de estudios del impacto ambiental de cada una de las actividades industriales que buscan desarrollar el mercado y la economía del país, cuando estas se llevan a cabo en territorios indígenas. El impacto ambiental se refiere no solo al desequilibrio biológico que causa la alteración de la fauna y la flora como bienes naturales indispensables en la vida de un planeta, sino también al efecto que acarrea sobre las personas y los grupos étnicos.

Este impacto ambiental se analiza a partir de la privatización del uso y goce de los elementos naturales que contienen el suelo y el subsuelo, pues la explotación de los recursos no puede generar un daño al ecosistema más allá de los beneficios que reporta para el interés privado. En otras palabras, se trata de una ponderación entre el interés colectivo, representado por el medioambiente, y el interés privado, latente en la potestad de ejercer el derecho de propiedad sobre los elementos del suelo y el subsuelo en desarrollo de actividad económica, ya sea minera o de explotación de hidrocarburos, reconociendo al medioambiente como un derecho de talla universal que no solo se piensa en el presente, sino que se debe garantizar a las generaciones venideras y las comunidades en cuestión; de allí la necesidad de medir el impacto ambiental.

Aparte de las consecuencias jurídicas que desata este impacto, se debe reconocer los daños materiales e inmateriales generados por las actividades del sector industrial. Perjuicios que se visualizan con mayor claridad en la estructura social, porque, al alterar su forma de vida, usos y costumbres, las poblaciones tienden a su extinción. Y si se trata de sistemas de expropiación de suelos para el desarrollo de las actividades mineras, la pérdida de territorios de estos grupos da paso a la disgregación de las comunidades hasta su decaimiento. Un ejemplo claro de esto es el caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010), en el cual la Corte falla condenando al Estado paraguayo a la reparación integral de la comunidad y la debida protección ambiental, por ser el espacio en donde desarrollan su jurisdicción, religión y cultura, resumidos en el derecho de identidad ancestral que guardan por ser sujetos históricos relevantes; derecho que los convierte en propietarios del lugar en donde se resguardan y llevan a cabo su evolución como comunidad. La Corte ha guardado y reafirmado esta

posición en cada uno de sus fallos, donde se ve a las etnias como sujetos pasivos, y a los Estados, como sujetos activos, siendo vinculantes para ellos, pues debe llevarse a cabo la adopción de medidas administrativas, legislativas y de cualquier índole necesarias para dar seguridad jurídica a los derechos de identidad cultural.

En este orden ideas, la Corte IDH ha determinado relevante la protección del derecho de identidad de las comunidades, que cobija los derechos de integridad personal, vivienda, entre otros, como factores de unión con la tierra en que habitan. A partir de esta afirmación, la Corte considera dicha relación persona-tierra como una relación material y espiritual (OIT, como se citó en Corte Constitucional, SU-123, 2018)⁶ (Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007). Siguiendo esta idea, Castrillón (2006, p. 279) afirma que la tierra es el medio idóneo para ejecutar y ejercer sus derechos como miembros de un grupo étnico, ancestral e histórico. No podría entenderse de otra forma, ya que las personas somos seres ubicados en un espacio geográfico, en un tiempo determinado y somos el reflejo de nuestra cultura.

Siendo así, la identidad de las comunidades étnicas con la tierra es usada como herramienta protectora del medioambiente; afirmación creada y apoyada por la Corte al mencionar la importancia que tienen estos grupos para el ecosistema. La justificación que se encuentra en las actividades culturales que desarrolla cada uno de los miembros del grupo, guardando y reproduciendo cada uno de los recursos naturales, para así mantener una reserva y no dar paso al desequilibrio ecosistémico producido por la alteración de la naturaleza. De esta manera, toma importancia el argumento usado por la Corte, al reconocer la acción de protección como un deber no solo social, sino cultural y biológico al mismo tiempo; argumento usado en el caso de la comunidad Indígena Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015).

Ahora bien, se debe recordar la existencia de otros instrumentos internacionales⁷ que garantizan la consulta de los Estados con los pueblos

6 "... la noción de territorio étnico va más allá de un espacio físico formalmente demarcado, como un resguardo, y se vincula a elementos culturales, ancestrales, así como espirituales.... Se reconoce que el territorio y las comunidades indígenas poseen una relación simbiótica. (artículo 14, consideraciones, párr. 8.1 y 8.2).

7 A través de los instrumentos internacionales de derechos humanos, dentro de los cuales se destacan Convenio 169 de la OIT, El Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Dichos instrumentos son vinculantes para la definición de controversias y para garantizar la consulta de los Estados con los pueblos

indígenas como un principio de derecho internacional (Corte Constitucional, SU 123, 2018). Entre ellos se encuentra la Convención de Rio, que en su principio 22 se pronuncia sobre las poblaciones indígenas y comunidades como actores que desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medioambiente y en el desarrollo de su cultura. Por tal razón, el Estado debe garantizarles el desarrollo sostenible y el reconocimiento de sus actividades, costumbres, usos, prácticas y tradiciones como elementos atados al territorio que ocupan. Dicha tarea debe llevarla a cabo por medio de la consulta previa, asegurando así un estudio del impacto ambiental armónico y el cumplimiento de las obligaciones por ejecutar de cara a la protección de los derechos de las minorías en la sociedad internacional.

La consulta previa debe informar sobre los planes de desarrollo e inversión antes de aplicar cualquier medida administrativa sobre el caso que se encuentre en discusión. En otras palabras, el deber de informar a las comunidades se debe realizar, exige la Corte, en la etapa de planeación de la medida pretendida (Santamaria, 2016) —de allí que su nombre sea “consulta previa”—. Siempre sujeto al requisito de buena fe, en donde se dimensiona un acuerdo al cual se llega entre el Estado, la entidad y los grupos indígenas, para así poder resolver las diferencias de intereses del mercado-etnia. Y, del mismo modo, poder realizar un estudio del impacto sobre el medioambiente, contando con la opinión de todos los sujetos intervinientes para el desarrollo de la actividad por ejecutar y las repercusiones que esta tendría sobre la comunidad.

La Corte IDH insiste, de manera reiterativa, en el cumplimiento de los requisitos formales y procedimentales del derecho de consulta previa, haciendo hincapié en el sujeto pasivo de esta obligación, es decir, el Estado, puesto que es el único que debe cumplir con la obligación de garantizar la ejecución del derecho de información y participación de las comunidades étnicas. En otras palabras, esta función no es facultativa, porque no se puede delegar a terceros; es una función propia, pues, de no ser cumplida por el mismo Estado, no se toma como precedente la consulta previa. Así lo expresó en el fallo dado para el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012). Pero no se puede dejar de lado la responsabilidad que las empresas tienen con los derechos humanos, de acuerdo con lo denominado en el principio 17 de los

indígenas, como un principio de derecho internacional público (Sentencia SU 123, 2018, p. 28). Véase en el acápite Naturaleza y fundamento normativo del derecho fundamental a la consulta previa, par. 5.6.

Principios Ruggie, disposición en la cual se da certeza al respeto, la protección y la reparación, cumpliendo con la debida diligencia a fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de acuerdo con las negativas producidas por sus actividades, como lo expresó la Corte Constitucional (SU 123, 2018) en su reciente fallo. Afirmaciones que llevan a la conclusión de que existe una obligación tanto pública como privada, más si se tiene en consideración que la consulta previa adquirió el rango de derecho fundamental. De ahí la obligación de respeto, no solo por las autoridades, sino también por parte de los particulares, concretamente los empresarios o inversionistas que pretendan desarrollar proyectos en zonas de comunidades étnicas.

Además, es pertinente precisar el alcance del derecho de información, pues este no se agota con la sola realización de la consulta; va más allá. Es deber del Estado cumplir a cabalidad con el principio de buena fe, el consentimiento informado y la realización del estudio del impacto ambiental de estas actividades industriales por desarrollar. Pues, no se puede olvidar, el fin de esta prerrogativa, como ya se mencionó, es la garantía de los derechos culturales y de identidad, como también proteger el equilibrio ambiental y, particularmente, lograr la inclusión de las comunidades étnicas en un ámbito democrático y participativo (Corte Constitucional, T-769, 2009)

Todos estos elementos sistematizados demuestran con claridad cómo debe actuar el Estado para cumplir con el deber de centrar una búsqueda de diálogo, por medio del cual las partes concilian y llegan a un acuerdo claro y expreso sobre las ventajas y los posibles perjuicios que se pueden ocasionar a los miembros de la comunidad y a su territorio.

Conclusiones

Dada la sistemática y generalizada vulneración que enfrenta el derecho a la consulta previa en Colombia, podría pensarse en la necesidad de acudir al estado de cosas inconstitucional, en consonancia con lo planteado por Rodríguez (2018), que establece que “de esta manera la Corte estaría protegiendo a los pueblos indígenas como uno de los grupos más vulnerables, dada la gravedad de las afectaciones de los derechos reconocidos constitucionalmente a estas colectividades” (pp. 233-234). Situación que se ha extendido en las últimas dos décadas con el otorgamiento indiscriminado de contratos de concesión para la explotación minera en diversos sectores del territorio nacional, incluidos territorios ancestrales de estas comunidades.

En este orden de ideas, la participación efectiva de la cual habla la Corte Constitucional consiste en la integración del punto de vista de los pueblos en las decisiones adoptadas por las autoridades. Es claro que esta concepción también se queda en un formalismo cuando las comunidades ni siquiera son sometidas al proceso de consulta y, como consecuencia, deben acudir a la tutela para, en la mayoría de los casos, solicitar reparación, porque la operación sobre el territorio ya ha sido realizada. De esto, es menester destacar que, si bien con la tutela se logra acceder a la consulta, en los casos donde solo queda pretender la reparación, aún persiste un vacío o si se quiere un daño, precisamente, sobre esa identidad cultural y la relación sagrada con el territorio, que fue desconocida por la falta de realización de la consulta previa, generando impactos ambientales y sociales sobre la comunidad y su identidad cultural muchas veces irreversibles.

Es, pues, la consulta previa un mecanismo jurídico orientado a la efectividad del reconocimiento de la autonomía de los pueblos y comunidades étnicas, parte integrante del derecho de participación democrática, pero al mismo tiempo un instrumento esencial en la protección del medioambiente en cabeza de estas colectividades, que se convierten en actores ecológicos por su íntima relación entre la naturaleza y su cosmovisión, los recursos naturales, la fauna, la flora, los ríos y demás componentes del ambiente que son integrados a sus prácticas sociales como parte de la vida misma y no solo como un instrumento económico de acumulación de riqueza. Ello ha permitido que las comunidades reaccionen ante la sed insaciable de riqueza de ciertos actores económicos que solo ven en la naturaleza la posibilidad de satisfacer sus pretensiones mercantiles. Este derecho de raigambre constitucional ha sido reconocido no solo en el ámbito nacional, pues trasciende fronteras, y las cortes internacionales han hecho de él la herramienta idónea de protección no solo de los sujetos colectivos, sino también del medioambiente, como lo ha demostrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fallos citados.

La Corte constitucional en buena medida ha recogido el acervo teórico de la Corte Interamericana y lo ha integrado a sus fallos, permitiendo una protección ampliada a las comunidades étnicas en su autonomía, participación y reconocimiento, al paso que ha impuesto al Estado la obligación de cumplir a cabalidad con una serie de pasos para validar el ejercicio del derecho fundamental a la consulta y así permitir que las colectividades tomen decisiones con conocimiento sobre el nivel de afectación de los proyectos extractivos que

se pretendan llevar a cabo en sus territorios y conciliar los intereses económicos con la identidad cultural.

Ahora bien, los fallos emitidos por la Corte IDH enfatizan la necesidad de materializar los derechos que reposan en las cartas políticas de los países americanos, recordando la obligación estatal de crear mecanismos eficaces de limitación y titulación para las zonas ecológicas, en donde por lo regular se encuentran asentadas estas comunidades. Asimismo, les recuerda a los Estados que se debe proteger a la comunidad como entidad política y colectiva con personería jurídica, no solo en su existencia material, sino también en sus aspectos simbólicos, en su cosmovisión, prácticas sociales, usos, tradiciones, creencias y rituales, que hacen parte del territorio, incluida la protección del medio ambiente.

Razón por la cual, desde las decisiones vinculantes emitidas por la Corte IDH, se comparte la idea del deber de aplicar el derecho de consulta previa, así el precedente interno mencione lo contrario. Pues, la Corte IDH ya lo ha mencionado, la consulta previa o derecho de información, en un primer momento, es un principio internacional, por lo cual se debe tener en claro la obligación a la que se sujetan los Estados; en segundo momento, el derecho de consulta previa es una norma imperativa internacional, propuesta en el Convenio núm. 169 de la OIT y, de la misma manera, en la Convención de Rio de 1992, tratados vinculantes para los Estados que los ratificaron; y asimismo, en un tercer momento, la consulta previa es un derecho fundamental que se incorpora en la legislación interna por el bloque de constitucionalidad, como lo es en el caso colombiano. Argumentos suficientes para entender la extensión que tiene este derecho como obligación estatal, que debe ser cumplida formal y sustancialmente. Por lo menos si se está ante una comunidad política basada en la democracia como forma de organización y principio de acción.

En pocas palabras, el derecho a la consulta previa y, con esto, a la protección del medioambiente debe primar, por las cuestiones antes expuestas, sobre la explotación económica de los subsuelos, los cuales, si bien le pertenecen, la Nación está en el deber de proteger y conservar. El derecho ambiental es una herramienta clave en este punto, porque evidencia las problemáticas surgidas como producto del desarrollo económico que, en ocasiones, no tiene en cuenta la obligación de salvaguardar los recursos naturales, la fauna y, en general, los ecosistemas para las generaciones futuras. Idea que también se ve en las tradiciones y prácticas de las comunidades étnicas, las cuales buscan proteger su supervivencia y mantenerse a través del tiempo.

Referencias

- Castrillón, J. D. (2006). *Globalización y derechos indígenas: el Caso de Colombia*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág. 279.
- Castro, S. (2005). *La hybris del punto cero. Ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Constitución Política de Colombia (Const.). (1991). 36.^a ed. Legis.
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. (2005). Sentencia del 17 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. (2007). Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. (2008). Sentencia de 12 de agosto de 2008 (interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. (2010). Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. (2012). Sentencia del 27 de junio de 2012 (fondo, reparaciones). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Caso Comunidad Indígena Kaliña y Lokono vs. Surinam. (2015). Sentencia del 25 de noviembre de 2015 (fondo, reparaciones y costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- Corte Constitucional. (24 de junio de 1992). Sentencia T-428. [M. P. Ciro Angarita Barón]
- Corte Constitucional. (12 de mayo de 1993). Sentencia T-188. [M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Constitucional. (13 de septiembre de 1993). Sentencia T-380. [M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz]

- Corte Constitucional. (3 de febrero de 1997). Sentencia SU-039. [M. P. Antonio Barrera Carbonell]
- Corte Constitucional. (7 de junio de 2001). Sentencia T-606. [M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra]
- Corte Constitucional. (13 de mayo de 2003). Sentencia SU-383. [M. P. Álvaro Tafur Galvis]
- Corte Constitucional. (29 de julio de 2003). Sentencia C-062. [M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra]
- Corte Constitucional. (6 de noviembre de 2008). Sentencia T-1105. [M. P. Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional. (29 de octubre de 2009). Sentencia T-769. [M. P. Nilson Pinilla Pinilla]
- Corte Constitucional. (31 de marzo de 2011). Sentencia T-235. [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva]
- Corte Constitucional. (2 de octubre de 2012). Sentencia T-763. [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Corte Constitucional. (27 de agosto de 2012). Sentencia T-680. [M. P. Nilson Pinilla Pinilla]
- Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2015). Sentencia T-764. [M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]
- Corte Constitucional. (19 de enero de 2016). Sentencia T-005. [M. P. Jorge Iván Palacio Palacio]
- Corte Constitucional. (2 de noviembre de 2016). Sentencia T-601. [M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado]
- Corte Constitucional. (25 de enero de 2017). Sentencia C-032. [M. P. Alberto Rojas Ríos]
- Corte Constitucional. (3 de febrero de 2017). Sentencia T-052. [M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]
- Corte Constitucional. (28 de febrero de 2017). Sentencia SU-133. [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva]

- Corte Constitucional. (15 de noviembre de 2018). Sentencia SU-123. [M. P. Alberto Rojas Ríos; Rodrigo Uprimny Yepes].
- Fairclough, N. (2003). El análisis crítico del discurso como método para la investigación en ciencias sociales. En R. Wodak y M. Meyer (comps.) *Métodos de análisis crítico del discurso*. Gedisa.
- Franco, M. H. (2013). *Derecho y Economía. Una aproximación teórica*. Leyer.
- Lagos, A. M. (22 de noviembre de 2010). Zonas mineras indígenas y afrocolombianas ¿Reconocimiento de un derecho o legitimación de una injusticia histórica? *Razón Pública*. <https://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/1580-zonas-mineras-indigenas-y-afrocolombianas-ireconocimiento-de-un-derecho-o-legitimacion-de-una-injusticia-historica.html>
- Langebaek, C. H. (7 de febrero de 2016). Los Sobrevivientes. *Revista Semana*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/el-poder-de-las-razas-historia-de-comunidades-indigenas-de-colombia/480202>
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis.
- Monje Carvajal, J. J. (2015). El plan de vida de los pueblos indígenas de Colombia, una construcción de etnoecodesarrollo. *Luna Azul*, (41), 29-56.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_113014.pdf
- Ortiz Fonnegra, M. I. (14 de mayo de 2017). ‘Somos guardianes de la Madre Tierra y ella nos cuida también’. *El tiempo*. <https://www.eltiempo.com/colombia/medellin/pueblos-indigenas-explican-quien-es-la-madre-tierra-87586>
- Rico, L. (1 de agosto de 2009). La Consulta Previa: Farsa Multicultural. *La Silla Vacía*. <https://lasillavacia.com/historia/3201>
- Rodríguez, C. y Morris, M. (eds.) (2010). *La Consulta Previa a Pueblos Indígenas: Los Estándares del Derecho Internacional*. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Editorial Uniandes.

- Rodríguez, C. (ed.) (2010). *Pueblos indígenas y desplazamiento forzado. Evaluación del cumplimiento del Gobierno colombiano del auto 004 de la Corte Constitucional colombiana*. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Editorial Uniandes. http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi_name_recurso.3.pdf
- Rodríguez, G. A. (2018). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia* (2.^a ed.). Editorial Universidad del Rosario – Grupo Editorial Ibáñez.
- Rodríguez, M. (2016). *Retos jurídicos para la consulta previa a partir del análisis de su operación en el sector minero*. Universidad Externado de Colombia.
- Santamaría, A. O. (16 de mayo de 2016). La Consulta Previa desde la Perspectiva de la Negociación Deliberativa. *Derecho del Estado*, (36), 228-229. <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n36.08>.
- Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte. (s. f.). Grupos étnicos. Recuperado el 12 de junio de 2021, de: <https://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/es/areas-de-trabajo/practicas-culturales/grupos-eticos>
- Ulloa, A. (2001). El nativo ecológico: movimientos indígenas y medio ambiente en Colombia. En M. Archila y M. Pardo (eds.), *Movimientos sociales, Estado y democracia en Colombia* (pp. 286-320). Universidad Nacional de Colombia. https://www.academia.edu/31610935/Movimientos_sociales_estado_y_democracia_en_Colombia?auto=download
- Universidad del Rosario. (s. f.). ¿Qué es la Consulta Previa? Recuperado el 12 de junio de 2021 de: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/La-Consulta-Previa/Que-es-la-Consulta-Previa/>
- Verón, E. (1987). *La semiosis social. Fragmentos de una teoría de la discursividad*. Gedisa.