

## CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

### 10 preguntas sobre Consulta Previa

De acuerdo con la Ley 21 de 1991 que incorpora al derecho colombiano el Convenio 169 de la OIT, es el derecho que tienen las comunidades étnicas a que el Estado consulte previamente a su adopción todas aquellas medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectarles directamente como un medio de garantía de su *identidad cultural*<sup>1</sup>.

Preguntas frecuentes sobre el derecho de consulta que ostentan las comunidades étnicas.

#### 1. ¿ES LA CONSULTA PREVIA UN DERECHO FUNDAMENTAL?

La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades étnicas, principalmente indígenas y afrodescendientes reconocido y protegido por el ordenamiento constitucional y, en consecuencia, exigible judicialmente<sup>2</sup> a través de diferentes vías, incluida la acción de tutela.

#### 2. ¿QUIÉNES SON TITULARES?

Los grupos étnicos<sup>3</sup> son los titulares del derecho a la consulta previa y cobija tanto a comunidades indígenas como a la población negra, afro colombiana, raizal, palenquera e incluso gitana<sup>4</sup>.

#### 3. ¿QUÉ MEDIDAS SE DEBEN CONSULTAR?

Debe consultarse cualquier medida estatal que pueda tener incidencia en la integridad cultural de su grupo étnico. En particular, deben consultarse todos aquellos actos específicos, individuales y particulares que puedan afectar o interesar a las comunidades indígenas, cuando éstos suponen un pronunciamiento estatal a través de un acto administrativo. Entre ellos, están los ligados a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas, en especial las decisiones que permiten la explotación o el aprovechamiento de recursos naturales ubicados en sus territorios. *v. g. la expedición de una licencia ambiental, la constitución de una concesión, la ejecución de un programa de fumigación de cultivos ilícitos o la contratación de una obra*<sup>5</sup>.

1 Corte Constitucional Sentencia T-693 de 2011.

2 Corte Constitucional Sentencias C-615 de 2009, C-702 de 2010, C-366 de 2011

3 Estos pueblos pueden entenderse como tribales de acuerdo al concepto incorporado en el Convenio 169 de la OIT "A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial"

4 Corte Constitucional Sentencias C-461 de 2008, C-915 de 2010, T-116 de 2011, T-129 de 2011, C-187 de 2011

5 Corte Constitucional Sentencias T-382 de 2006, T-693 de 2011

#### 4. ¿QUÉ SE DEBE HACER CUANDO EXISTEN DUDAS SOBRE LA NECESIDAD DE CONSULTAR PREVIAMENTE A UN GRUPO ÉTNICO?

En caso que se haya solicitado la certificación de presencia de comunidades étnicas ante el Ministerio del Interior o las entidades encargadas y éstas señalan que el área objeto de la medida administrativa no hace parte de un territorio étnico jurídicamente establecido o con influencia étnica, pero persiste la duda sobre la presencia o influencia efectiva de una comunidad, se debe buscar un acercamiento con el grupo étnico para realizar un estudio preliminar y formal que establezca las posibles afectaciones, el ámbito de influencia territorial de la medida, y así determinar la procedencia de la consulta<sup>6</sup>.

#### 5. ¿EN QUÉ MOMENTO DEBEN DE SER CONSULTADAS LAS COMUNIDADES?

La Corte Constitucional ha establecido que deben ser consultadas antes de la adopción de las medidas administrativas, como por ejemplo: la ejecución de los proyectos de explotación o aprovechamiento de recursos naturales, debe hacerse la consulta, es decir, desde la etapa de estudios de planeación, para que las comunidades puedan influir en el proceso decisorio<sup>7</sup>. Sin embargo, éstas tienen la posibilidad de revisar y poner de presente sus puntos de vista sobre la intervención no sólo de forma previa sino durante y después de la implementación de la obra, conforme a los tiempos previstos de revisión a corto, mediano y largo plazo en la consulta inicial<sup>8</sup>.

#### 6. ¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO CONSULTA PREVIA?

Si la consulta previa es requerida y se adoptan medidas administrativas sin ella, puede ocurrir que las comunidades decidan hacer efectivo su derecho a la misma. En efecto, en la medida en que la consulta previa es irrenunciable y constituye un derecho fundamental las obras, proyectos y actividades (opa's) sujetas a la autorización estatal quedan condicionadas a la voluntad de la comunidad étnica afectada y la posibilidad de que ellas acudan a la acción de tutela estará siempre latente. Las medidas que puede adoptar un juez son múltiples, pueden ir desde la suspensión provisional de la opa en cuestión hasta tanto no se adelante la consulta<sup>9</sup>.

#### 7. ¿CUÁLES SON LOS TÉRMINOS Y PLAZOS PARA MATERIALIZAR EL PROCESO CONSULTIVO?

No hay un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento. Dicho plazo se adopta conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo<sup>10</sup>. No obstante, en el último tiempo el plazo otorgado por la Corte Constitucional en algunos proyectos ha sido de tres (3) meses.

6 Corte Constitucional Sentencia T-547 de 2010

7 Corte Constitucional Sentencia C-461 de 2008.

8 Corte Constitucional Sentencia T-129 de 2011

9 Constitucional Sentencias T-116 de 2011.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia PUEBLO SARAKAMA Vs. SURINAM, Sentencia T-129 de 2011

## 8. ¿QUÉ SUCEDE CUANDO LAS COMUNIDADES INDÍGENAS SE NIEGAN A PARTICIPAR EN LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL?

El responsable del proyecto, obra o actividad que requiera la realización de la consulta previa, debe efectuar el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural con la participación de las comunidades indígenas o negras. En caso que las comunidades se nieguen a participar o no den respuesta alguna, el interesado podrá prescindir de su participación en la elaboración de dichos estudios<sup>11</sup>. Sin embargo, estos estudios deben ser socializados y discutidos con las comunidades durante el proceso de consulta previa.

## 9. ¿LA CONSULTA PREVIA DEBE REALIZARSE ANTES DE LA EXPEDICIÓN DE LA LICENCIA AMBIENTAL?

El propósito de la Licencia Ambiental no sólo se dirige a la protección de los recursos naturales, sino también contempla la obligatoriedad de que las comunidades étnicas se pronuncien sobre su tramitación. Por tanto, para el otorgamiento de la Licencia Ambiental se debe llevar a cabo el proceso previo de consulta<sup>12</sup>. Igualmente, para que se pueda adelantar el proyecto u obra el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (INCANH) debe de aprobar un plan de manejo arqueológico<sup>13</sup>.

## 10. ¿PUEDEN APROBARSE CONCESIONES DENTRO DE UN TERRITORIO INDÍGENA, CUANDO NO SE HA REALIZADO UN ESTUDIO PREVIO DE IMPACTO AMBIENTAL Y SOCIAL?

El Estado no puede expedir ningún contrato de concesión dentro del territorio de una comunidad indígena hasta que se realicen los respectivos estudios previos e integrales del impacto ambiental y social. Estos estudios deben evaluar los posibles daños e impacto del proyecto u obra e informar a las comunidades étnicas sobre éstos antes de efectuarse el trámite consultivo para el proceso de otorgamiento de concesiones o contratos<sup>14</sup>.

**Juan Carlos Lancheros Gámez**  
**Carolina Burgos**

11 Artículo 44 de la Ley 70, Artículo 15 del D 2028 de 2010 y Artículo 5 del D 1320 de 1998

12 Corte Constitucional Sentencias SU-039 de 1997, T-129 de 2011.

13 Ley 1185 de 2008, Artículo 7, Sentencia T-693 de 2011.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia SARAYAKU Vs. ECUADOR

**Selección de casos en Consulta Previa**

Caso	Hechos
<p><b>TORRES TORRES Y OTRAS AUTORIDADES INDÍGENAS VS EL MINISTERIO DEL INTERIOR; MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL Y BRISA S.A.</b> (T-547 de 2010).</p>	<p>La Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta a la integridad económica y cultural, a la consulta previa y al debido proceso, y ordenó suspender las actividades que efectuaba una empresa privada, en un caso donde la Autoridad Ambiental le otorgó a esta empresa la Licencia Ambiental para la construcción de un puerto luego de que el Ministerio del Interior, a través de su Dirección de Etnias, hubiera certificado que en los lugares donde se desarrollaba el proyecto no se encontraban registradas comunidades indígenas. Sin embargo, en el transcurso del trámite de la Licencia se presentaron dudas acerca de la necesidad de efectuar la consulta, por lo que se dieron algunos acercamientos con las comunidades presuntamente afectadas, sin llegar a ser propiamente una consulta previa. El resultado de dichos encuentros fue la constatación de que en el lugar donde se pretendía ejecutar el proyecto se superponía con lugares sagrados de las comunidades indígenas. A pesar de dicha situación, la autoridad ambiental, apoyándose en la certificación expedida por la Dirección de Etnias, que indicaba que las zonas de obra no eran áreas registradas a favor de las comunidades indígenas, expidió la Licencia Ambiental para la construcción del puerto. Para la Corte, al presentarse la duda de la necesidad de realizar la consulta previa, se debió adelantar un estudio preliminar pero formal con las comunidades en aras de establecer una posible afectación en las áreas de influencia de las comunidades indígenas.</p>
<p><b>CARUPIA DOMICÓ Y OTROS VS MINISTERIOS DE TRANSPORTE, AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO, INTERIOR Y JUSTICIA, ALCALDÍAS DE UNGUÍA Y ACANDÍ</b> (T-129 de 2011)</p>	<p>La Corte Constitucional concedió la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social, al igual que a la protección de las riquezas naturales y culturales de la Nación de dos grupos Indígenas pertenecientes a la etnia Embera Katío, quienes interpusieron una acción de tutela en razón: i) al desarrollo de proyectos para la ejecución de obras de infraestructura y explotación de recursos naturales en sus territorios por la construcción de una carretera y los trámites de concesión para explotación de oro; y ii) a la presencia de colonos que de forma irregular ocupaban sus territorios, explotaban los recursos naturales y realizaban actividades ganaderas ocasionando daños ambientales a las zonas del resguardo y aledañas al mismo. Para la Corte, las autoridades competentes debieron realizar el proceso de consulta previa y respetarlo durante todas las etapas y actos que conllevaran una intervención y/o potencial afectación en los territorios indígenas, y no haberse limitado a efectuar unas reuniones informativas acerca de la obra. Además, las entidades y particulares no propiciaron la participación de las comunidades en los beneficios del proyecto. La presencia de colonos en las zonas del resguardo de forma irregular, sin que las autoridades hubiesen adelantado las medidas pertinentes para delimitar el territorio, implicó una violación directa al derecho a la propiedad colectiva.</p>
<p><b>PESCADORES DE LAS PLAYAS DE COMFENALCO VS.</b></p>	<p>La Corte Constitucional concedió el amparo de los siguientes derechos fundamentales: participación, alimentación, trabajo, libre escogencia de profesión u oficio y dignidad humana, a los miembros de una Asociación de Pescadores de Comfenalco, quienes interpusieron acción de tutela por el inicio de la construcción de un anillo vial.</p>

Caso	Hechos
<p><b>DISTRITO TURÍSTICO DE CARTAGENA, CONSORCIO VÍA AL MAR, MINISTERIO DE, AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA E INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (T-348 de 2012)</b></p>	<p>Para la construcción de la obra, el consorcio encargado solicitó la correspondiente Licencia Ambiental. Durante el trámite de la Licencia, el Ministerio del Interior expidió una certificación señalando que en las zonas de influencia del megaproyecto no había presencia de comunidades étnicas, por lo que no se realizó la consulta previa.</p> <p>Sin embargo, la comunidad afrodescendientes que tenía presencia en el lugar y subsistía de la pesca artesanal se quejó por los daños ambientales causados en el desarrollo de la obra. Como consecuencia de lo anterior, el consorcio concertó varias citas con la comunidad para presentarles el proyecto y el plan de manejo ambiental, sin que en ningún momento se adelantara formalmente el proceso de consulta previa.</p> <p>Para la Corte, las reuniones informativas y de socialización realizadas por el consorcio no satisfacían la protección del derecho a la participación y, por el contrario, imponían las medidas de mitigación a la comunidad. Era indispensable que las medidas que se pretendían adoptar fueran producto de un proceso de concertación con la comunidad, en donde se tuvieran en cuenta sus necesidades concretas y opiniones.</p>
<p><b>BAILARÍN Y OTROS VS. MINISTERIOS DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA; AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL Y OTROS (T-769 de 2009)</b></p>	<p>La Corte Constitucional concedió la protección de los derechos al debido proceso, a la consulta previa, las riquezas naturales de la Nación y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de varias comunidades étnicas que se encontraban en un área donde una empresa pretendía desarrollar un proyecto minero de gran envergadura. Durante el proceso de solicitud de Licencia Ambiental, con la intención de cumplir el requisito de consultar previamente a las comunidades, el Ministerio de Interior realizó unas reuniones con algunas comunidades, líderes comunales e instituciones representativas, sin que se tuviera en cuenta a todas las que serían afectadas con el megaproyecto, razón por la cual éstas presentaron acción de tutela alegando la vulneración del derecho al debido proceso, incumplimiento del deber de consulta y el desconocimiento como sujetos de protección especial.</p> <p>Para la Corte, no se tuvo en cuenta a todas las autoridades e instituciones representativas de las respectivas comunidades para la adopción del proyecto en cuestión ni se actuó de manera adecuada para procurar que conocieran el contenido del proyecto, por lo cual ordenó al Ministro del Interior que rehiciera los trámites que preceden al acta de formalización de consulta previa, haciéndola extensiva a todas las colectividades que resultaron afectadas; teniendo en cuenta que dichas comunidades debieron ser plenamente informadas desde la preconsulta hasta la finalización del acuerdo. Entre tanto, se debía de suspender la exploración y explotación que se estaba adelantando.</p> <p>Igualmente, se ordenó al Ministro de Ambiente que culminara los estudios científicos integrales y de fondo sobre el impacto ambiental del proyecto, difundiendo ampliamente los resultados entre las comunidades indígenas y afrodescendientes que estaba siendo afectadas y evitando que se emitieran licencias ambientales para la ejecución de proyectos de exploración y explotación que afectarían la biodiversidad.</p>
<p><b>CABILDO INDÍGENA RESGUARDO TURPIAL, LA VICTORIA VS. LOS</b></p>	<p>La Corte Constitucional concedió el amparo de los derechos fundamentales a la libre determinación, a la participación a través de la consulta previa, a la integridad cultural y a la supervivencia de las comunidades Achagua Piapoco. En un proceso donde el Ministerio de Ambiente otorgó Licencia Ambiental a la empresa Meta Petroleum Limited para la realización del proyecto Oleoducto de los Llanos</p>

Caso	Hechos
<p><b>MINISTERIOS DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA Y DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL Y LA EMPRESA META PETROLEUM LIMITED (T-693 de 2011)</b></p>	<p>que no cruzaba ningún resguardo indígena pero atravesaba un área dedicada a las prácticas tradicionales y religiosas de las comunidades, sin que se cumpliera con el proceso de consulta previa. Ante esta situación, las autoridades indígenas solicitaron al Ministerio de Ambiente la realización de la consulta, pero ésta fue negada bajo el argumento de que el Ministerio del Interior no certificó la existencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto.</p> <p>Para la Corte, no se certificó en debida forma la incidencia directa del proyecto sobre el territorio de los respectivos pueblos indígenas y la Licencia Ambiental se debió otorgar siempre que se cumpliera con el proceso consultivo; la cual es obligatoria cuando se va a llevar a cabo cualquier proyecto o intervención que afecte directamente a un pueblo indígena o tribal.</p> <p>Por otro lado, las entidades accionadas no tuvieron en cuenta que el concepto de territorio comprende no solamente el terreno del resguardo adjudicado a una comunidad, sino también el territorio extendido en el que desde épocas ancestrales desarrolla sus prácticas religiosas y de subsistencia. Por estas razones, aunque el proyecto no atravesaba el resguardo, sí cruza un área de importancia cultural y religiosa de la comunidad; por tanto, el proyecto debió de ser consultado con la comunidad antes de iniciarse su ejecución.</p>
<p><b>RESGUARDO INDÍGENA CAÑAMOMO LOMAPRIETA VS ALCALDÍA MUNICIPAL DE RIOSUCIO, CALDAS T-698 de 2011</b></p>	<p>La Corte Constitucional amparó el derecho constitucional a la consulta previa del Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta, al haber concedido la Secretaría de Planeación y Obras Públicas de Riosucio-Cladas una licencia para la construcción de una estación base de telefonía celular en un predio reconocido ancestralmente como jurisdicción del resguardo, sin realizarse la consulta previa.</p> <p>La Licencia se expidió a nombre de una persona que figuraba como propietario del predio en la matrícula inmobiliaria y en el proceso de licenciamiento no se realizaron los respectivos estudios de impacto medioambiental, social y cultural.</p> <p>Para la Corte, dicha medida administrativa requería consulta previa pues causaba una afectación directa sobre la comunidad y comprometía de manera nociva la autonomía, diversidad e idiosincrasia de las comunidades indígenas. El título de propiedad carecía de trascendencia para obviar la consulta previa, puesto que, la sola afectación a los territorios habitados por comunidades indígenas o minorías étnicas, que hacen parte de su habitat natural, hacía exigible la consulta.</p>
<p><b>PUEBLO SARAMAKA VS. SURINAM (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)</b></p>	<p>La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Surinam por la violación del derecho a la propiedad, a la personalidad jurídica y a la protección judicial del pueblo Saramaka. En efecto, entre los años 1997 y 2004 Surinam expidió varias concesiones madereras y mineras sobre el territorio tradicionalmente ocupado por el pueblo Saramaka a personas y empresas ajenas a sus integrantes.</p> <p>Los miembros del pueblo Saramaka alegaron que el derecho a usar y gozar de los recursos naturales es una condición necesaria para el goce de su derecho a la propiedad conforme a lo establecido en la Convención. El Estado argumentó que todos los derechos a la tierra, en particular los recursos naturales bajo la superficie, pertenecen al Estado, quien puede disponer libremente de estos recursos a través de concesiones a terceros.</p> <p>La Corte IDH determinó que el otorgamiento de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales no se encuentra prohibida. Sin embargo, si el Estado quería restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka, debía consultarla previamente. Por otro lado, el Estado tampoco garantizó el derecho</p>

Caso	Hechos
	<p>a la propiedad colectiva al no titular el territorio a favor de las comunidades de manera oportuna, a fin de salvaguardar la certeza jurídica, pues para la Corte los territorios o recursos de los indígenas pierden su verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad.</p> <p>Adicionalmente, la CIDH estableció que el Estado tenía la obligación de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka, puesto que compartir los beneficios es inherente al derecho a obtener el pago de una indemnización justa.</p>
<p><b>PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)</b></p>	<p>Ecuador adelantó una licitación internacional para la exploración y explotación de hidrocarburos en la Amazonía, en un área en el que habitaban varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas. Concretamente, en el área de exploración se encuentra el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, una comunidad que ha subsistido de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales.</p> <p>En el marco de las obligaciones del contratista se estableció, entre otras, la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental y la realización de todos los esfuerzos para preservar el equilibrio ecológico existente en el área de exploración del bloque adjudicado, no obstante, este estudio fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que constara que el mismo fue sometido a un control estricto y posterior por parte de órganos estatales de fiscalización. Se previó que las relaciones con el Pueblo Sarayaku estarían a cargo de la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas, por intermedio de la Dirección Nacional de Protección Ambiental.</p> <p>Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Estado no debió de otorgar concesiones dentro del territorio de la comunidad indígena a menos y hasta que las entidades encargadas, bajo la supervisión del Estado, realizaran un estudio previo de impacto social y ambiental y se garantizara la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones.</p> <p>Por ello, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural del pueblo.</p>
<p><b>PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)</b></p>	<p>La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de Ecuador por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural del pueblo Sarayaku</p> <p>Para la CIDH, el Estado no efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku antes de emprender o de autorizar el programa de prospección o explotación de recursos que existirían en su territorio. Según fue analizado por el Tribunal, los actos de la empresa petrolera no cumplieron con los elementos mínimos de una consulta previa. En particular, el Pueblo Sarayaku no fue consultado por el Estado antes de que se realizaran actividades propias de exploración petrolera, se sembraran explosivos o se afectaran sitios de especial valor cultural.</p>