



CARTILLA DE CONSULTA PREVIA INTERCULTURAL: EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO EN LA INTERLEGALIDAD

PAULO ILICH BACCA, JESÚS DAVID MEDINA, DIANA QUIGUA,
DAVID MURILLO, SERGIO PULIDO, CAMILA CASTELLANOS



Dejusticia



La afirmación «la consulta previa, libre e informada es un derecho fundamental de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes» implica que el derecho, por su carácter fundamental, debe prevalecer sobre otras normas jurídicas, principios o derechos, en caso de que haya antinomias o colisión de principios o de derechos.

Bacca Benavides, Paulo Ilich.

Cartilla de consulta previa intercultural: El consentimiento libre, previo e informado en la interlegalidad / Paulo Ilich Bacca Benavides, Jesús Medina Carreño, Diana Quigua Gonzalez, David Murillo, Sergio Pulido, Camila Castellanos. – Bogotá: Editorial Dejusticia, 2022.

79 páginas; ilustraciones; 24 cm. – (Cartilla-Guía) - ISBN 978-628-7517-13-4 versión digital

Consulta previa 2. consentimiento libre, previo e informado
3. diálogo intercultural 4. coordinación interjurisdiccional
5. cosmologías indígenas y afrodescendientes. I. Tít. II. Serie

© 2022 Dejusticia

ISBN 978-628-7517-13-4 versión digital

Dejusticia

Calle 35 No- 24-31, Bogotá D.C.

Teléfono: (+57 1) 608 3605

info@dejusticia.org

<https://www.dejusticia.org>

Corrección de textos

Angela Alfonso Botero

Diseño e ilustraciones

Luisa Cruz

Este documento está disponible en <https://www.dejusticia.org>



Licencia Creative Commons 4.0 internacional

Atribución-NoComercial-CompartirIgual

CC BY-NC-SA

Febrero, 2022.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|----|
| Introducción..... | 4 |
| Interlegalidad, consulta previa y consentimiento libre previo e informado ... | 6 |
| Estándares de la consulta previa, libre e informada..... | 16 |
| Fundamentación de la consulta previa, libre e informada | 30 |
| Voces de los pueblos | 48 |
| Estándares propios de consulta previa | 66 |
| Referencias bibliográficas | 74 |

INTRODUCCIÓN

El modelo de desarrollo extractivista viene generando un impacto en los territorios indígenas y afrodescendientes que, analizado de manera interrelacionada, va más allá de las violaciones a la integridad física de las comunidades y del despojo de sus tierras. Este modelo, que privilegia la extracción de recursos naturales para transformarlos en mercancías, se materializa, también, en violaciones a los derechos humanos de los pueblos y en restricciones a su autodeterminación política, jurídica y ontológica. En ese sentido, la importancia de consultar previamente a los pueblos interesados acerca de cualquier medida que pudiera afectarlos, siguiendo los procedimientos requeridos por sus instituciones representativas es, en efecto, un derecho fundamental reconocido por el derecho internacional y por el derecho de los derechos humanos¹.

Así, es claro que hay un vínculo entre la propiedad colectiva y el derecho a la consulta previa². Esta realidad social se ha fortalecido, en términos jurídicos, gracias a los estándares de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (DDPI), que consagró que el derecho a la tierra se extiende a los recursos naturales, así como al derecho que tienen los pueblos indígenas a mantener y fortalecer la relación espiritual con sus territorios ancestrales (artículos 25, 26, 29). Es por ello que los principales debates sobre las implicaciones de los derechos de consulta y de consentimiento libre, previo e informado están vinculados a los derechos socioambientales y a los relacionados con la identidad cultural.

En los debates contemporáneos sobre la apropiación y la explotación de los recursos naturales en territorios étnicos, se han discutido, entre otros puntos, el impacto socioambiental y el cambio en las dinámicas sociales de las comunidades afectadas por los proyectos extractivos (Martel, Dufort & Campbell, 2016); los efectos de la movilización social para frenar dichos proyectos y las desigualdades entre los actores en disputa (Eichler, 2016); la relación intrínseca entre los procesos de consulta y los conflictos sociales (Schilling-Vacaflor, 2014); y la forma en que estos conflictos dependen de las prácticas de exclusión de los pueblos étnicos en el contexto de las negociaciones entre el Estado, las empresas y las comunidades (Eichler, 2018). Sin embargo, poco se ha dicho acerca de las repercusiones culturales más amplias y a largo plazo en los pueblos étnicos, sus identidades, sus cosmologías y su entorno social.

1. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018 (M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes: noviembre 15 de 2018).

2. Pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo y Reparaciones (2012).

En este sentido, esta cartilla hace el esfuerzo de comprender la lógica en que se mueven los actores del sector extractivo y la forma en que adoptan conductas adversas a los pueblos étnicos. En consecuencia, además de identificar la vigencia de los estándares de los derechos de consulta y de consentimiento libre, previo e informado, intentamos explorar hasta qué punto el incumplimiento de estos derechos se traduce en nuevas violaciones de derechos humanos de indígenas y afrodescendientes relativas a (i) sus dimensiones territoriales y organizativas; (ii) su integridad física y cultural; y (iii) el respeto de las decisiones de sus comunidades y de su punto de vista frente a las dimensiones materiales y formales del derecho internacional.

De esta forma, la primera parte aboga por la plena aplicación y vigencia de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI) a partir de una lectura crítica, fundamentada en la necesidad de tomarse en serio el punto de vista de los pueblos indígenas y afrodescendientes. En este sentido, nuestra propuesta es complementar la autodeterminación política y jurídica con la autodeterminación ontológica. Este movimiento implicaría que los pueblos indígenas y afrodescendientes tengan derecho a fundamentar sus sistemas políticos a través de sus prácticas culturales y sus formas de ser en el mundo y que estas, a su vez, sean consideradas fuentes materiales de derecho en el orden nacional e internacional. En la segunda parte, se expondrán los principales estándares desarrollados por la jurisprudencia constitucional en materia de consulta previa, libre e informada, sus principios orientadores y las implicaciones de su incumplimiento.

En este contexto, se diferenciará el mecanismo de consulta previa del consentimiento libre, previo e informado, se presentarán sus diferentes etapas (preconsulta, consulta pro-

piamente dicha y consulta durante y luego de ejecutarse la medida) y, finalmente, se señalarán las implicaciones de su incumplimiento.

La tercera parte expone los principales postulados sobre la consulta previa, libre e informada en el campo institucional. Es decir, lo que se dice en el campo social conformado por los académicos, los dogmáticos, los jueces y las autoridades administrativas, entre otros actores, con respecto al derecho al consentimiento libre, previo e informado. Además, estos postulados serán analizados en el marco de la tensión entre el modelo de desarrollo extractivista y el modelo de gobernanza ambiental de los pueblos indígenas. Para hacerlo, se analizará la defensa del territorio ancestral del pueblo kichwa de Sarayaku, en Ecuador, y de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, en Colombia. La cuarta parte analiza la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado en perspectiva intercultural.

De un lado, presenta algunos ejemplos de consulta propia en pueblos indígenas y afrodescendientes mientras, del otro, señala la importancia de promover la coordinación interjurisdiccional entre las jurisdicciones indígenas y la jurisdicción del Estado. Finalmente, en la quinta parte, planteamos diez recomendaciones de buenas prácticas de aplicación del consentimiento libre, previo e informado en perspectiva intercultural.



01



INTERLEGALIDAD, CONSULTA PREVIÁ Y CONSENTIMIENTO LIBRE PREVIO E INFORMADO

El desarrollo histórico del derecho de los pueblos indígenas y afrodescendientes a ser consultados sobre las acciones que puedan afectarlos viene dando cuenta tanto de la importancia de impulsar la plena eficacia del Convenio 169 y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI), como de la imperiosa necesidad de tener en cuenta el punto de vista de los sujetos de derechos³. En primer lugar, las instituciones nacionales e internacionales que, dentro de sus áreas de competencia, tengan que resolver problemas relacionados con pueblos indígenas y afrodescendientes deberían esforzarse por complementar los estándares de consulta del Convenio 169 con los de consentimiento libre, previo e informado, consagrados en la DDPI. Al respecto, el profesor James Anaya sostuvo, un año después de la promulgación de la DDPI, que su efectividad dependería de la puesta en marcha de reformas jurídicas y políticas que combinen voluntad política, capacidad técnica y respaldo financiero (Anaya, 2008, pp. 17-19). En segundo lugar, hay que decir que, incluso en el evento de que dichas reformas tuvieran lugar, la autodeterminación de los pueblos indígenas y afrodescendientes seguiría en entredicho si no se toma en serio la forma en que sus comunidades entienden y practican sus derechos (Bacca, 2018, pp. 7-11). En tal sentido, no se trataría de interpretar los derechos étnicos únicamente a la luz de los principios del orden jurídico internacional y de los Estados nación, sino de reconocer plenamente la autodeterminación política y ontológica desde la que sus sujetos de derecho los practican y exigen su respeto, ya sea por consulta o por consentimiento, en su cotidianidad (Bacca, 2018, pp. 7-11).

Para Christine Black, jurista perteneciente a los clanes kombumerri-munaljahlai, de Australia, hay una tendencia a definir los derechos indígenas, los modelos de desarrollo que los harían viables y las políticas públicas para ponerlos en marcha a partir del lenguaje acunado en la tradición del mundo occidental y, particularmente, siguiendo los principios liberales del Estado de derecho. Así, se ha terminado por asimilar el derecho propio de los pueblos indígenas a los derechos humanos de carácter colectivo (Black, 2011, p. 9). La tendencia que critica Black, conocida en la literatura especializada como pluralismo jurídico, sostiene que hay una gran diferencia entre el derecho oficial, producido por el orden jurídico internacional y los Estados nación de un lado, y los derechos no-oficiales, producidos por «minorías étnicas», como los pueblos indígenas y afrodescendientes, del otro (Fitzpatrick, 1983; Tamaha, 2000; 2008). Si bien el pluralismo jurídico ha sido clave para avanzar en el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado al problematizar la idea liberal de que el Estado nación conserva el monopolio de la producción jurídica, también ha sido definitivo para reproducir la idea de que hay un solo derecho formal y múltiples derechos informales. Este hecho, en última instancia, ha terminado por negar la paridad jurídica y epistemológica entre el derecho del Estado y «otros» órdenes jurídicos.

Con el objetivo de escuchar las voces de los pueblos indígenas y afrodescendientes a la hora de aplicar metodologías que potencien sus derechos a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, más allá de la lógica del Estado nación y su modelo de desarrollo, juristas de diferentes latitudes han propiciado un diálogo de saberes para acercarse a las fuentes del derecho ancestral. Así, por ejemplo, en

3. Este apartado retoma los argumentos de Paulo Ilich Bacca (2018; 2019).

la geografía angloparlante, Shaun McVeigh, Shaunnagh Dorsett, Genevieve Painter y Olivia Barr (Dorsett & McVeigh, 2012; McVeigh, 2007; Painter, 2015; Barr, 2016) , entre otros, han venido estudiando los choques entre el derecho producido por los Estados nación en conjunción con el orden jurídico internacional y las jurisdicciones indígenas. Sus investigaciones, enmarcadas en el encuentro de jurisdicciones rivales, han cuestionado el lugar preeminente que el derecho internacional público le ha dado a la soberanía estatal al reivindicar, por su parte, el potencial heurístico y político del concepto de jurisdicción para tomar en serio el derecho propio de los pueblos indígenas (Bacca, 2018).

Para la tendencia que privilegia la soberanía estatal por encima del caleidoscopio jurisdiccional global, hoy dominante en derecho internacional público, la jurisdicción es un apéndice de la soberanía y está relacionada tanto con el ejercicio del poder soberano (un atributo propio del Estado), como con el ejercicio de la autoridad sobre un territorio determinado (McVeigh, 2014). Así, en tanto el control soberano es una precondition para que exista un Estado, la jurisdicción, por su parte, determina los procedimientos para garantizar que el ejercicio de la autoridad sea justo. A nivel nacional, el ejercicio jurisdiccional toma la forma de la administración de la autoridad sobre un territorio y una población. Sin embargo, darle prioridad a la jurisdicción en tanto práctica de autorización de las relaciones legales permitiría considerar las diferentes conductas mediante las que se forman los sistemas jurídicos más allá del derecho estatal (Barr, 2013). La ventaja de este enfoque es que el derecho y el modelo de desarrollo de los Estados nación dejan de ser el prisma para analizar la realidad social y se abren las puertas a una multiplicidad de cartografías jurisdiccionales y a un conocimiento práctico que permitiría explorar la forma en que otras tradiciones, como las indígenas y las afrodescendientes, consolidan sus sistemas jurídicos y proyectan sus derechos (Bacca, 2018).

El potencial práctico del pensamiento jurisdiccional radica en que, al prestar atención a la forma en que los colectivos humanos construyen el derecho en su vida cotidiana, se habilita la posibilidad de tomar en serio marcos legales que se expresan a través de fuentes diferentes a las del Estado nación y del orden jurídico internacional (Rush, 1997). En este sentido, desde un punto de vista jurisdiccional, la construcción de políticas públicas sobre consulta y consentimiento con enfoque diferencial parte de la necesidad de impulsar ejercicios de diálogo intercultural entre el discurso de los derechos humanos y las fuentes propias del derecho indígena y afrodescendiente. De hecho, uno de los retos más apremiantes de la antropología jurídica contemporánea tiene lugar en el marco de este diálogo de saberes. Esto es así toda vez que culturas no occidentales del Sur y el Norte global han puesto en crisis los pilares antropológicos del modelo de desarrollo neoliberal fundamentados, de una parte, en la división entre naturaleza y cultura (Descola, 2013), y, de otra, en la dicotomía entre seres humanos y no humanos. En este contexto, es importante mencionar que gran parte de los conflictos ambientales entre los pueblos indígenas y afrodescendientes con los Estados nación han puesto de presente las debilidades del paradigma antropocéntrico de la tradición moderna y su modelo de desarrollo. Y, a la vez, la necesidad de darle un giro intercultural al derecho de consulta previa y del consentimiento previo, libre e informado que los asiste.





Más allá de la Naturaleza y la Cultura

1

En el mundo occidental la cultura se ha concebido como una creación humana en la que confluyen las lenguas, el arte, el derecho etc.



En esta tradición, la naturaleza se ha concebido como un colectivo 'no-humano' en el que confluyen las plantas, los animales y las fuerzas naturales.

2

3

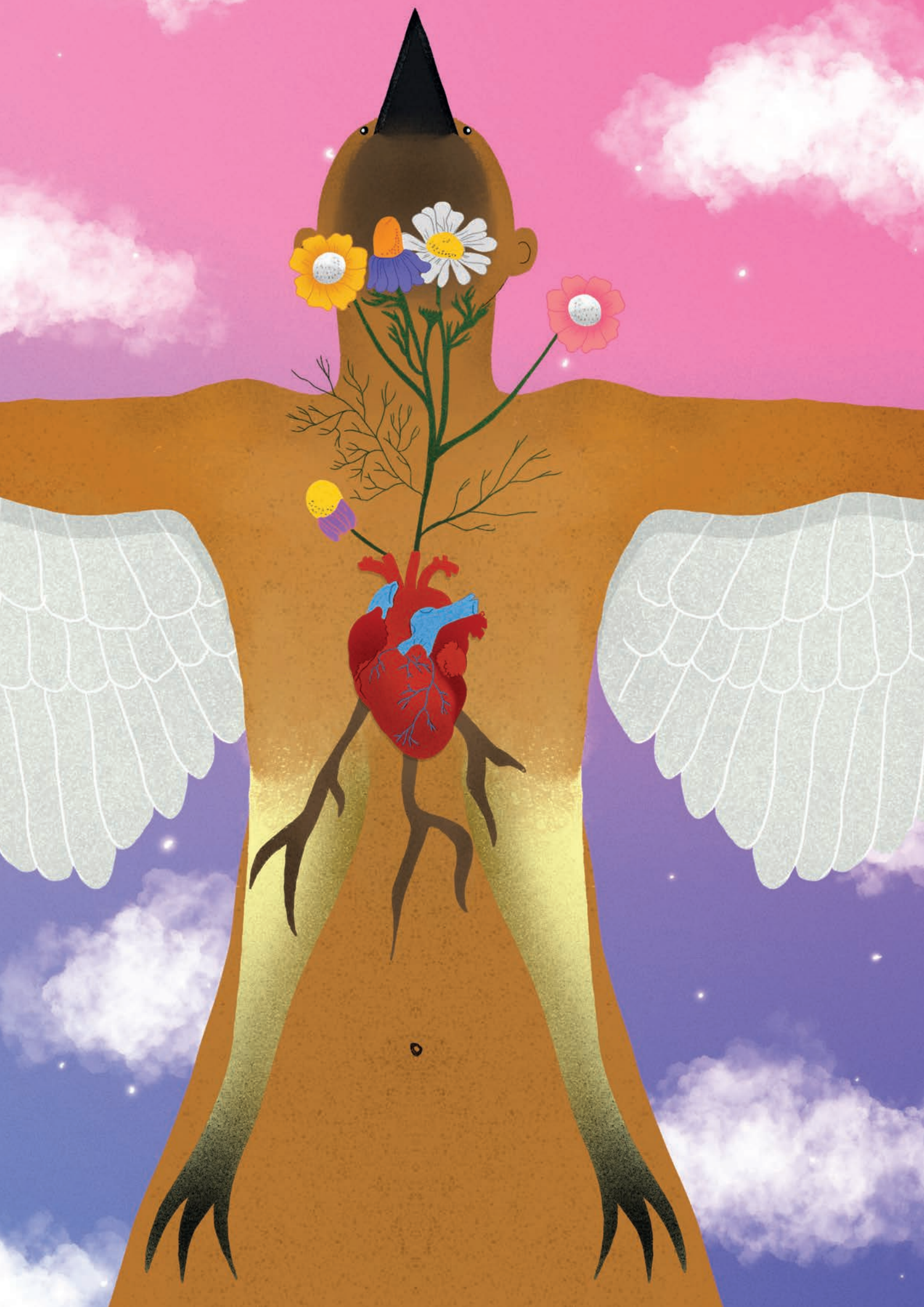
Esta concepción divide cultura y naturaleza



Sin embargo, en otras tradiciones culturales, como las indígenas y afrodescendientes, dicha división no existe y el mundo de los no-humanos tiene también atributos culturales.

4

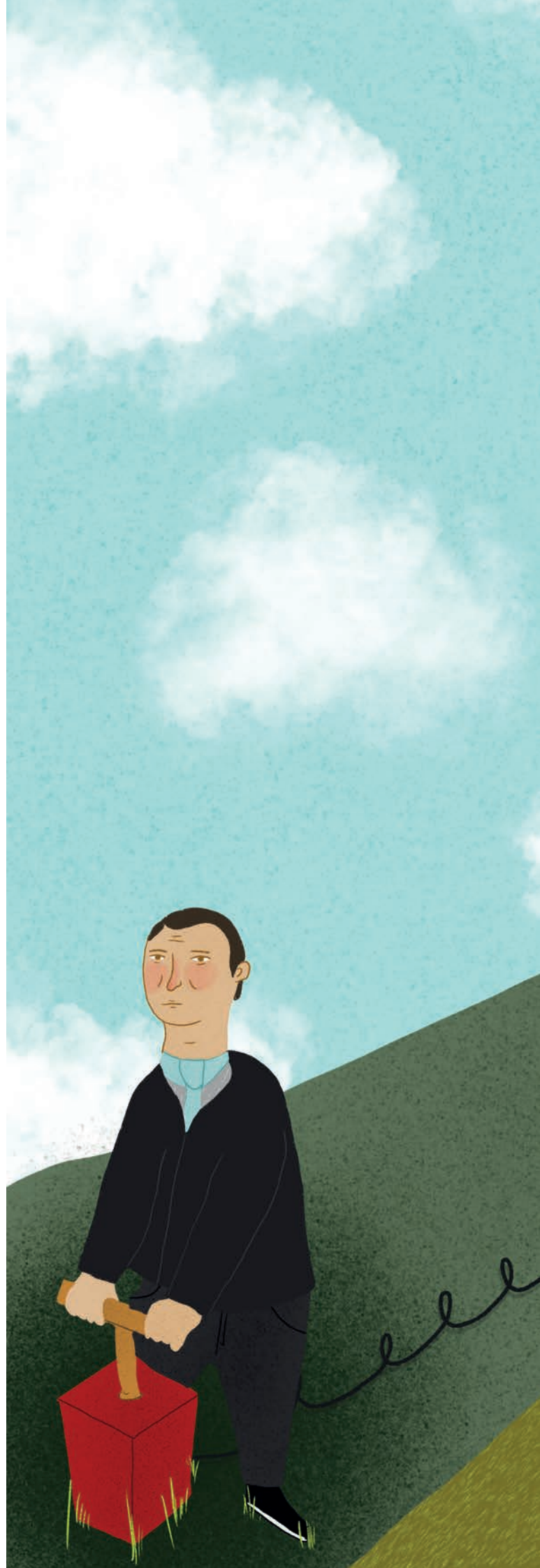




Si en las ontologías liberales el discurso sobre los derechos es marcadamente antropocéntrico, las ontologías indígenas se caracterizan por interactuar, de manera permanente, con otras especies, como las plantas y los animales. Así, por ejemplo, en las ontologías de los pueblos indígenas del Amazonas, la única diferencia que hay entre los seres animales y vegetales y los seres humanos radica en sus cuerpos (Bacca, 2108). De acuerdo con el antropólogo brasileño Eduardo Viveiros de Castro, en este tipo de ontologías, los animales se ven a sí mismos como humanos y ven a los «humanos-humanos» y a los otros seres «no humanos» como predadores o presas, toda vez que la cacería es el modus social propio de las ontologías amazónicas (Viveiros de Castro, 2014). Precisamente, a partir de estas realidades sociales, podemos entender mejor la importancia de analizar los sistemas jurídicos al prestar atención a las conductas que los forman. También, por esta razón, las metodologías para llevar a cabo consultas previas deberían considerar el diálogo permanente con los saberes tradicionales.

En la última década, se han hecho ingentes esfuerzos por entender el punto de vista de las jurisdicciones indígenas desde el lenguaje de los estudios sociojurídicos. Schillmoller y Pelizzon han analizado las implicaciones de una naciente jurisprudencia en y alrededor de la tierra (Earth Jurisprudence), insistiendo en que los desarrollos conceptuales y prácticos de un sistema de justicia que se preocupa por la pervivencia del planeta deben expandir creativamente los marcos conceptuales de la teoría de los derechos humanos con el objetivo de tomarse en serio los derechos de la naturaleza (Schillmoller & Pelizzon, 2013). En la misma línea argumentativa, Wright ha sostenido que es urgente avanzar en la implementación de modelos de desarrollo alineados con principios ecológicos. En ese sentido, la creación de guías dirigidas a fortalecer el derecho de consulta previa y de consentimiento previo, libre e informado, que asiste a indígenas y afrodescendientes, deberían conducir a la proyección de políticas públicas que, al aplicar las decisiones de sus comunidades, respeten sus planes de vida. Ello implicaría, por ejemplo, consultar a los pueblos la implementación de proyectos extractivos, hoy piedras angulares del modelo económico neoliberal en el que el medio ambiente y sus ecosistemas estratégicos se aprecian como mercancías para usufructuar bienes y servicios (Wright, 2013).

Si la debilidad de los derechos ambientales procede, como lo ha sostenido Susana Borrás, del hecho de que los sistemas legales siguen tratando la naturaleza como un bien que puede ser explotado y destruido —en lugar de considerarla una aliada estratégica para enriquecer los entornos de vida de las comunidades humanas— la necesidad de repensar y evaluar críticamente el modelo de desarrollo extractivista resulta imperioso (Borrás, 2016). En tal sentido, en la actualidad, el impacto de los modelos de desarrollo y las políticas públicas





sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de «minorías étnicas» debe ser evaluado cruzando diferentes metodologías e interrelacionando diversas fuentes de información. Así, hay que empezar por dejar claro que la universalidad de los derechos humanos no es incompatible con la protección de la diversidad cultural (Brems, 2001) y que una concepción monocultural del entorno social, estática y homogénea no es solo ilusoria, sino que, además, resulta poco práctica en la interlocución con las realidades locales en las que el discurso de los derechos humanos es contencioso e híbrido (Goodale & Engle Merry, 2007).

Del Desarrollo al Derecho Propio



Las culturas humanas tienen formas diferentes de entender el desarrollo y por eso es importante respetar el derecho que tienen los pueblos indígenas y afrodescendientes de ser consultados previamente cuando se van a desarrollar proyectos en sus territorios.

1

Una de las tareas más apremiantes para medir y evaluar modelos de desarrollo es tener en cuenta los derechos territoriales de los pueblos explorando los diferentes escenarios en que se expresa su agencia política.



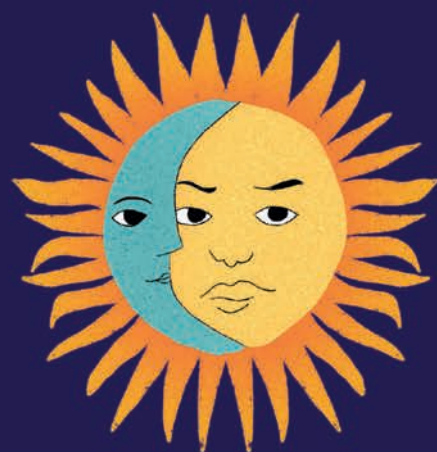
2

Así el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y de sus agentes, como los ríos, lagunas, y montañas, es una herramienta clave de diálogo intercultural.



3

En consecuencia, hay que tomarse en serio el derecho propio de los pueblos indígenas y afrodescendientes interactuando activamente con sus fuentes, entre ellas, sus cosmologías, espíritus, y ceremonias.



Para nosotros, la crítica a la teoría liberal de los derechos humanos y sus modelos de desarrollo debe deconstruir sus raíces occidentales y eurocéntricas al señalar, en consecuencia, la necesidad de descolonizar la construcción del conocimiento, con el propósito de avanzar en un paradigma de los derechos humanos respetuoso de la diferencia (De Sousa Santos, 2016). Esta empresa requeriría, además, avanzar en diálogos epistemológicos en los que confluyan, por un lado, las ideas gestadas en las revoluciones liberales del Norte global y las visiones de las víctimas de los procesos de colonización europea (diálogos Norte-Sur); y del otro, la interacción creativa del pensamiento de los pueblos excluidos de todos los continentes (diálogos Sur-Sur).

Por esta razón, urge el trabajo mancomunado e intercultural con el fin de avanzar en la reconceptualización de las metodologías de consulta previa y de consentimiento previo, libre e informado que han deslindado la naturaleza de la cultura y lo humano de lo no humano. Es claro que los pueblos indígenas y afrodescendientes han podido navegar en la diversidad para reapropiar las ciencias sociales y el derecho occidental y para dar debates bajo su terminología; nos queda, entonces, la labor de estudiar y de reapropiar el pensamiento de los excluidos para mejorar nuestra propia tradición cultural. En este punto, como lo han señalado Escobar, De la Cadena y Blaser, entre otros, el gran desafío frente al modelo de desarrollo dominante no solo radica en develar las tramas de las relaciones de poder que marcan los conflictos ambientales, sino, principalmente, los choques de las visiones de mundos que se entretrejen cuando el mismo sujeto (humano o no humano) es percibido desde puntos de vista diferentes (Escobar, 2015; De la Cadena, 2015; Blaser, 2013).



02



ESTÁNDARES DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

¿QUÉ ENTENDEMOS POR ESTÁNDAR?

En primer lugar, resulta esencial exponer qué se entenderá como un estándar de la consulta previa, libre e informada. Al respecto, el concepto de estándar comprenderá todos los criterios de carácter internacional, constitucional y legal que debe satisfacer la consulta previa, libre e informada para que se materialice como derecho fundamental y, efectivamente, represente el interés general. Los estándares generales de su aplicación y desarrollo son conocidos como los principios que orientan la forma de realización de la consulta⁴. En ese orden de ideas, en el presente apartado, se revisará cada uno de los estándares necesarios para la adecuada aplicación y ejercicio de la consulta previa, libre e informada.

4. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. (M.P. Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny: noviembre 15 de 2018).



OBJETIVO

La consulta previa, libre e informada tiene como objetivo intentar lograr que el Estado y/o las empresas privadas lleguen a un acuerdo con los pueblos y las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre las medidas que las afecten

directamente⁵. La Corte Constitucional ha afirmado que el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten⁶. Al respecto, aunque alcanzar el consentimiento previo, libre e informado sobre todas las medidas que afectan a estas comunidades sería ideal, el consentimiento es obligatorio únicamente cuando tal afectación es intensa, como se explicará más adelante. En todo caso, el estándar mínimo de la consulta previa, libre e informada reside en que esta se entienda y se desarrolle como un verdadero mecanismo de participación y de conciliación, cuyo objetivo sea lograr un acuerdo entre las partes.

PRINCIPIOS ORIENTADORES

Interculturalidad

La consulta previa, libre e informada debe ser un proceso intercultural de diálogo y no un mero requisito para la realización de proyectos. Tal como lo expresa la Corte Constitucional, «la consulta debe ser un proceso intercultural de diálogo en el que el Estado debe entonces tomar las medidas necesarias para reducir las desigualdades fácticas de poder que puedan tener los pueblos étnicos»⁷.

5. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. (M.P. Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny: noviembre 15 de 2018).

6. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

7. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. (M.P. Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny: noviembre 15 de 2018).

Principio de buena fe

Según el Convenio 169 de 1989 de la OIT⁸, la aplicación del principio de buena fe es uno de los elementos centrales de la consulta previa, libre e informada. El contenido de este principio ha sido entendido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR, como «el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común»⁹. En ese sentido, la Corte Constitucional ha establecido que el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, lo que constituye una condición imprescindible para su entendimiento y confianza, siendo así un requisito para la eficacia de la consulta¹⁰.

Participación activa y efectiva

Para que se cumpla el objetivo de la consulta, en el proceso se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Por un lado, una participación activa implica que la consulta no se agote en simples notificaciones o reuniones informativas. De forma complementaria, una consulta efectiva hace referencia a que el punto de vista de los pueblos o comunidades tenga incidencia en la decisión que adopten las autoridades involucradas¹¹. En ese sentido, la participación no es una mera intervención en la actuación administrativa que busca asegurar el derecho de defensa de quienes se verán afectados con cierta medida, sino que debe ser activa y efectiva para garantizar la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

Con el objetivo de lograr que la participación de los pueblos y comunidades interesados sea activa y efectiva en la consulta previa, libre e informada, y con fundamento en los artículos 40-2 y 330 parágrafo de la Constitución, y en el Convenio 169 de 1989, la Corte Constitucional ha fijado ciertos criterios que el estándar de participación, en la consulta, debe cumplir. En primer lugar, (i) la comunidad debe tener un conocimiento pleno de la medida que va a ser implementada, así como de los mecanismos, procedimientos y actividades requeridas para poner en ejecución tal medida¹². Además, (ii) la comunidad debe ser informada sobre cómo la ejecución de los proyectos referidos puede conllevar a una afectación de los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política¹³. Finalmente, (iii) se debe dar la oportunidad para que el pueblo o comunidad, libremente y sin interferencias, pueda, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad¹⁴.

8. Convenio 169 de la OIT Artículo 6 literal 2, 1989.

9. CEACR. Observación Individual sobre el Convenio 169 de la OIT (Bolivia, 2005).

10. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

11. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

12. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1997. (M.P. Antonio Barrera Carbonell: febrero 3 de 1997).

13. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1997. (M.P. Antonio Barrera Carbonell: febrero 3 de 1997).

14. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1997. (M.P. Antonio Barrera Carbonell: febrero 3 de 1997).



Criterios de participación



Los pueblos étnicos deben tener un conocimiento pleno sobre la medida que va a ser implementada

1

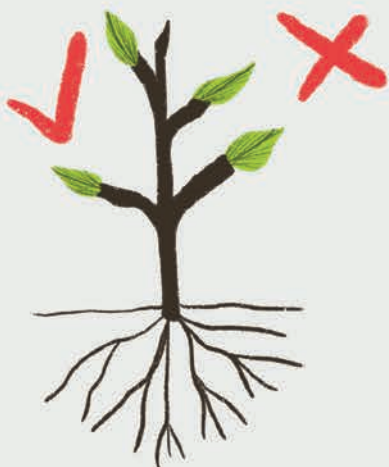
Los pueblos étnicos deben ser informados sobre cómo la ejecución de proyectos puede afectar su cohesión social, cultural, económica y política.

2



3

Se debe dar la oportunidad para que el pueblo étnico libremente y sin interferencias VALORE las ventajas y desventajas de un proyecto sobre la comunidad.



Tales criterios de participación son esenciales en la configuración de la consulta previa, libre e informada como un proceso de diálogo entre iguales, pues sin estos la consulta carece de valor¹⁵.

Al respecto, resulta esencial tener en cuenta que garantizar el estándar de participación dentro de la consulta implica una protección externa al derecho fundamental de la participación¹⁶. En ese sentido, la consulta previa, libre e informada, en tanto mecanismo que materializa el derecho fundamental a la participación, es una herramienta para lograr que las comunidades étnicas se defiendan de las decisiones exógenas a la comunidad, esto es, decisiones de la sociedad mayoritaria en las que estas comunidades están englobadas¹⁷. Esta protección se garantiza cuando los representantes legítimos del pueblo o de la comunidad toman las decisiones relacionadas con la esta¹⁸. Aquí resulta esencial diferenciar esta protección externa de la protección o restricción interna del derecho a la participación de los miembros de una comunidad o un pueblo étnico en las decisiones internas sobre el aprovechamiento de los recursos naturales. En ese sentido, cabe recalcar que la protección externa a tal participación se agota cuando las decisiones, efectivamente, son tomadas por los respectivos representantes legítimos, pues, cuando se trata de las decisiones que ellos mismos toman con respecto a la disposición del territorio y, en particular, con respecto a la explotación de recursos naturales dentro

15. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1997. (M.P. Antonio Barrera Carbonell: febrero 3 de 1997).

16. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-111 de 2020. (M.P. Gloria Stella Ortiz: marzo 12 de 2020).

17. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-111 de 2020. (M.P. Gloria Stella Ortiz: marzo 12 de 2020).

18. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

de sus territorios, no es jurídicamente obligatorio, pero sí recomendable, que estas decisiones sean lo más democráticas posible dado el efecto positivo que trae la toma de decisiones de esta forma y su armonización con la Constitución¹⁹.

Flexibilidad

La flexibilidad, como estándar de la consulta previa, libre e informada, implica que esta debe adaptarse a las necesidades de cada situación en concreto, sin que estas se puedan desconocer con la simple alusión del interés general que represente la respectiva medida²⁰. Este estándar demuestra la importancia de respetar la diversidad de los pueblos indígenas y afrodescendientes²¹ a través de ejercicios de diálogo intercultural. De ahí que resulte obligatorio que los Estados definan, junto con los pueblos, el modo de realizar la consulta.

Previa

La consulta debe ser previa a la medida que es objeto de examen. De lo contrario, no tendría incidencia en su planeación e implementación²².

19. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-111 de 2020. (M.P. Gloria Stella Ortiz: marzo 12 de 2020).

20. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-175 de 2009. (M.P. Luis Ernesto Vargas: marzo 18 de 2009).

21. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

22. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-097



Al respecto, el cumplimiento del presente estándar en el desarrollo de la consulta previa, libre e informada se puede ejemplificar con dos medidas: las leyes y los proyectos de extracción de recursos que afecten un grupo étnico. Por un lado, cuando se trata de leyes, la consulta se debe realizar antes de que los proyectos de ley sean radicados en el Congreso (Orduz, Ochoa & Fierro, 2011); por el otro, cuando se trate de proyectos de extracción de recursos, la consulta se debe realizar antes de la autorización y del emprendimiento de cualquier actividad de exploración o explotación (Orduz, Ochoa & Fierro, 2011).

Decisiones estatales desprovistas de arbitrariedad

Finalmente, si no es posible llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe ser evaluado a la luz de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad²³.

Importancia del grado de afectación

El derecho a la participación de los pueblos y de las comunidades indígenas y afrodescendientes²⁴ tiene tres facetas. En primer lugar, cuando la medida o decisión no afecte directamente al pueblo étnico, este podrá hacer uso de una simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como a la mediación que pueden ejercer por medio de sus organizaciones en todos los escenarios de su interés²⁵. En segundo lugar, está el me-

de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

23. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

24. Constitución Política de Colombia [Const]. Artículo 40, numeral 2. Julio 7 de 1991 (Colombia).

25. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

canismo de consulta previa que es aplicable a cualquier medida que afecte directamente al grupo étnico²⁶. Finalmente, el mecanismo de consentimiento previo, libre e informado debe ser agotado cuando esta medida produzca una afectación intensa a los derechos del pueblo étnico, principalmente los de carácter territorial²⁷. En el presente apartado se diferenciarán tales conceptos de afectación con el fin de entender en cuáles situaciones debe agotarse la consulta previa y en cuáles el consentimiento previo, libre e informado.

En primer lugar, vale la pena hacer énfasis en la concepción del territorio sobre el que se analizará la respectiva afectación. En ese sentido, la Corte ha reiterado múltiples veces que el territorio se concibe en términos culturales²⁸. Así, queda completamente claro que los certificados que emite la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior son buenos indicadores de la existencia de un territorio étnico, pero no delimitan en cuáles casos se debe realizar la consulta²⁹. En ese orden de ideas, el reconocimiento de un territorio étnico está intrínsecamente ligado con el derecho a la autonomía de los pueblos étnicos que implica su derecho a autoidentificarse y a ser reconocidos como portadores de una identidad culturalmente diversa³⁰.

Por un lado, la consulta previa, libre e informada debe agotarse cuando la medida sea susceptible de afectación directa sobre el pueblo étnico. Según la Corte Constitucional, una afectación di-

26. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

27. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU -097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

28. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU -097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

29. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU -097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

30. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU -097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

recta hace alusión a la intervención que una medida determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas y, para considerarse como tal, debe cumplir con una de tres características³¹. La primera es que con la medida se impongan cargas o se atribuyan beneficios a una comunidad, de tal manera que se modifique su situación o su posición jurídica; otra opción es que, con la medida, se interfiera en los elementos definitorios de la identidad o de la cultura del pueblo involucrado; o, finalmente, que se trate de una medida general que afecte, de manera discriminada, a los pueblos étnicamente diferenciados³². En ese sentido, cuando la medida sea susceptible de afectación directa al pueblo étnico, se aplican todas las reglas de deliberación con las comunidades tradicionales con el propósito genuino de llegar a un acuerdo.

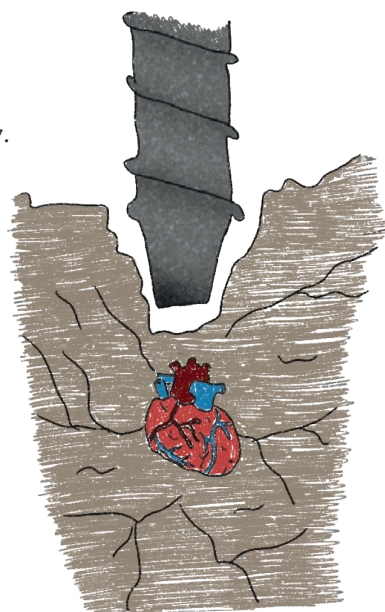
En caso de que la medida afecte de manera intensa al grupo étnico, se deberá agotar el consentimiento libre, previo e informado del respectivo pueblo para poder ejecutar la medida. Una afectación intensa es toda aquella que amenace la subsistencia tradicional del pueblo o comunidad; por ello, a diferencia de la consulta previa, el consentimiento libre, previo e informado busca garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia física y cultural de las comunidades étnicas diversas³³. De manera más concreta, la afectación intensa se da cuando la materialización de la medida implique (i) el traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; (ii) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios; o (iii) un alto impacto social, cultural y ambiental que ponga en riesgo su subsistencia³⁴.

31. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU -097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

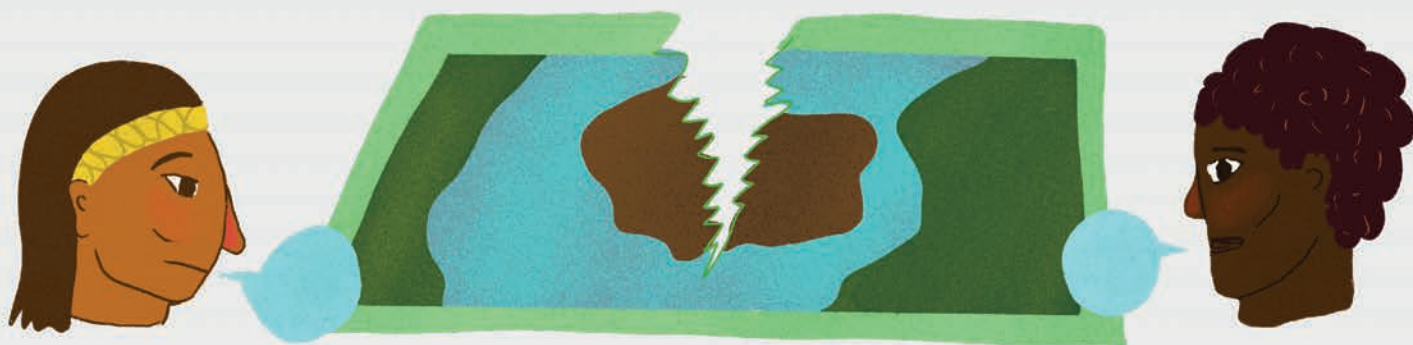
32. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU -097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

33. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. (M.P. Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny: noviembre 15 de 2018).

34. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. (M.P. Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny: noviembre 15 de 2018).



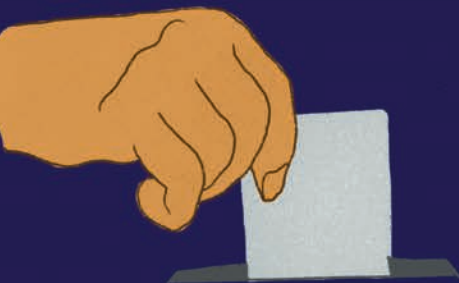
GRADO DE AFECTACIÓN



El derecho a la participación de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes tiene tres facetas.

1

Cuando la medida o decisión no afecte directamente al pueblo étnico, este podrá hacer uso de una *participación simple*, asociada con la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional o regional.



2

La *consulta previa* opera frente a cualquier medida que afecte directamente al pueblo étnico.



3

El mecanismo de *consentimiento previo, libre e informado* debe ser agotado cuando esta medida produzca una afectación intensa a los derechos del pueblo étnico, principalmente los de carácter territorial.

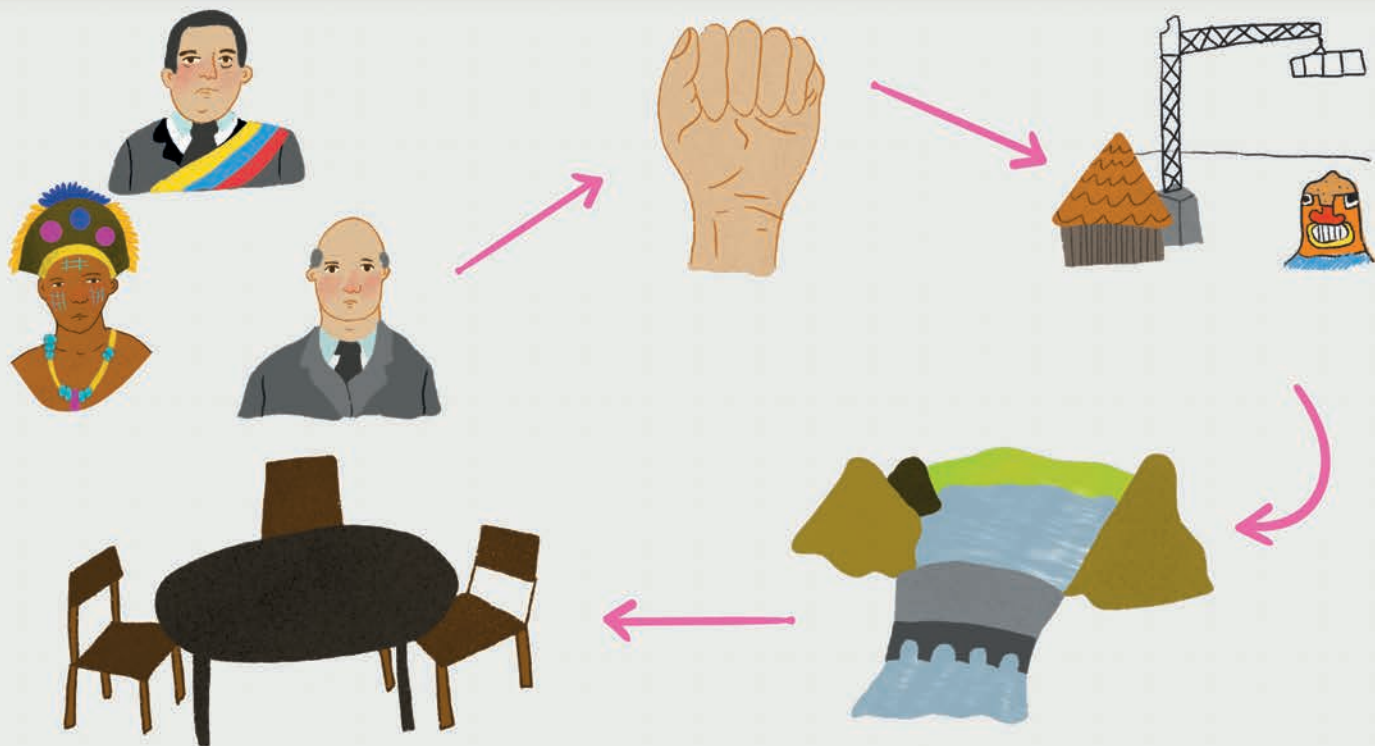


TEMPORALIDAD DE LOS ESTÁNDARES

La jurisprudencia constitucional ha establecido que la consulta previa, libre e informada se despliega en distintas etapas y no únicamente antes de que se lleve a cabo una medida que pueda afectar a un pueblo étnico³⁵. Hay tres espacios temporales que se pueden identificar al respecto: (i) preconsulta o consulta de la consulta; (ii) consulta propiamente dicha; y (iii) consulta durante y luego de que se ejecute la medida. A continuación, explicaremos en qué consiste cada una de estas etapas.

35. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018.
(M.P. Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny: noviembre 15 de 2018).

Incumplimiento de la Consulta Previa



¿Qué pasa si no se cumple con la consulta previa?

1 La no realización de la CPLI configura un incumplimiento pues se materializó un proyecto, obra o actividad que tendrá una afectación directa en la comunidad étnica sin cumplir con el requisito de realizar la consulta previa.

En este evento:

Es evidente que se configura un incumplimiento pues se materializó un proyecto, obra o actividad que tendrá una afectación directa en la comunidad étnica sin cumplir con el requisito de realizar la consulta previa.

2 La realización de la CPLI sin cumplir los estándares de buena fe y participación activa y efectiva.

En este evento:

Si no se cumplen con los estándares de buena fe y participación activa y efectiva de la consulta se está violando su categoría de derecho fundamental y el ámbito de interés general de la nación.



Consulta de la consulta o preconsulta

Partiendo de que toda consulta previa, libre e informada debe ser previa, pues de otra manera el derecho a la participación de los pueblos étnicos se vería vulnerado, es obligatorio que el Estado defina con las comunidades cómo realizarla, es decir, su metodología³⁶. En esta etapa se deben identificar, además, las instancias de gobierno local y los representantes de las comunidades con el fin de que se respeten las especificidades culturales y los ejercicios de autonomía de cada pueblo. Con base en lo anterior, se entiende que la consulta previa, libre e informada no podrá responder a un modelo único e indistinto aplicable a todos los pueblos étnicos; la idea de la consulta es, por el contrario, generar un espacio participativo sustentado en el conjunto de prácticas, usos y formas a través de las cuales cada sujeto étnico colectivo toma decisiones. Frente a este último punto, vale señalar que la Corte Constitucional ha establecido que una reglamentación rígida del procedimiento de consulta previa puede resultar inconstitucional cuando, por su aplicación, se generen consecuencias contrarias a la Constitución y a las normas internacionales sobre los derechos de los pueblos étnicos³⁷.

Consulta propiamente dicha

Esta etapa consiste en la celebración de la consulta sobre la medida que pueda afectar al pueblo étnico. Su objetivo general es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades étnicas sobre la medida, sean estas normas, políticas, planes, programas o actividades, entre otras.

36. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-737 de 2005. (M.P. Álvaro Tafur Galvis: julio 14 de 2005).

37. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-461 de 2008. (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: mayo 14 de 2008).

CONSULTA DURANTE Y LUEGO DE EJECUTARSE EL PROYECTO O PLAN DE DESARROLLO

El hecho de haberse generado una afectación directa a un pueblo étnico sin el cumplimiento de la consulta previa, libre e informada no exonera su desarrollo ni la carencia de objeto para entablar una acción judicial. Por el contrario, revela su vulneración que, por lo general, está encadenada a la afectación de otros derechos étnicos, como el derecho al territorio, a la autonomía y al autogobierno, y al medio ambiente sano, entre otros. De esta manera, como sostiene la Corte Constitucional, «la consulta sobre actividades que afectaron a los pueblos indígenas y que no fueron sometidos a consulta previa opera, incluso (i) después del inicio de la ejecución de la actividad, o (ii) pese a su implementación total».

Por un lado, cuando se ha iniciado una actividad sin el desarrollo de la consulta previa, libre e informada, la obligación de realizarla persiste, pues se trata de la afectación a un derecho humano fundamental en cabeza de los pueblos étnicos que se extiende en el tiempo³⁸. Esa situación implica que, incluso en caso de presentarse un cambio sustancial en las condiciones de la medida, se renueva la obligación de adelantar una consulta sobre ellas, las posibles afectaciones que pueden generarse sobre las comunidades y las formas a través de las que se han de reparar.

Por otro lado, cuando se ha implementado totalmente la medida o esta ha finalizado, la consulta previa, libre e informada está dirigida a la búsqueda y a la materialización de reparos por la afectación al ámbito cultural, social, económico o ambiental. Estos deben responder al tipo y a la magnitud del daño sufrido por el pueblo étnico³⁹. Las reparaciones y remedios

38. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. (M.P. Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny: noviembre 15 de 2018).

39. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-236 de

de los daños, al igual que las acciones para mitigarlos, deben tener en cuenta, además, las particularidades culturales de las comunidades, sus necesidades, su derecho a ejercer el control sobre la implementación y la dimensión colectiva de las vulneraciones y las reparaciones⁴⁰.

En resumen, la consulta previa, libre e informada opera antes, durante y después de llevar a cabo una medida que afecte a un pueblo étnico. En ese sentido y, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el Estado tiene la obligación de mantener abiertos los canales de diálogo durante todo el tiempo que esté vigente el proyecto con miras a satisfacer el derecho humano de las comunidades a participar en las medidas que los afecten, en la concreción de las eventuales medidas de reparación y en el diseño de fórmulas que mitiguen su ocurrencia.

2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez: abril 21 de 2017).

40. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. (M.P. Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny: noviembre 15 de 2018).



¿QUÉ PASA SI NO SE CUMPLE CON LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA?

¿Qué significa no cumplir?

El incumplimiento del deber de realizar una consulta previa, libre e informada por parte de una persona jurídica o natural que ocasiona una afectación directa por medio de un proyecto, obra o actividad sobre pueblos indígenas o afrodescendientes se materializa en dos supuestos de hecho: (i) la no realización de la consulta previa, libre e informada; o (ii) la realización de la consulta previa, libre e informada sin cumplir con los estándares de buena fe y de participación activa y efectiva anteriormente esbozados. En el primer caso, es evidente que se configura un incumplimiento, pues se materializó un proyecto, obra o actividad que tendrá una afectación directa en la comunidad étnica sin cumplir con el requisito de realizar la consulta previa.

En el segundo caso, la Corte Constitucional usa distintos conceptos para entender las consecuencias de no cumplir con los estándares anteriormente mencionados en la realización de la consulta previa, entre ellos, su ineficacia⁴¹ o su carencia de valor⁴². Al respecto, al no cumplir con los estándares de buena fe y de participación activa y efectiva, no se está cumpliendo con su objetivo ni en el ámbito de derecho fundamental, ni en el ámbito del interés general de la nación. Por ende, en los supuestos de hecho anteriormente esbozados, se está incumpliendo con el deber de realizar la consulta previa.

41. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-097 de 2017. (M.P. María Victoria Calle: febrero 16 de 2017).

42. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1997. (M.P. Antonio Barrera Carbonell: febrero 3 de 1997).

Opciones procesales

Ahora bien, ante el incumplimiento del deber de realización de una consulta previa, los pueblos étnicos afectados pueden acudir a tres mecanismos interdependientes entre sí. Estos son interponer una acción de tutela, promover un incidente de desacato o promover un trámite de cumplimiento. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, toda persona puede instaurar acción de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales, cuando quiera que ellos se vean amenazados o vulnerados por las actuaciones u omisiones de cualquier autoridad pública o, en determinados casos, de particulares. En el presente caso, el derecho fundamental vulnerado es el de la consulta previa y, para interponer la tutela, se deberán tener en cuenta ciertos requisitos relativos al caso concreto. Estos requisitos son los siguientes: (i) legitimación por activa; (ii) legitimación por pasiva; (iii) trascendencia del asunto; (iv) agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad); y (v) la evidente afectación actual del derecho fundamental a la consulta previa (inmediatez).

Aunque se interponga la tutela, y efectivamente el juez o la jueza decida proteger el derecho fundamental a la consulta previa, cabe la posibilidad de que la persona natural o jurídica no acate el fallo y siga incurriendo en la vulneración del respectivo derecho fundamental. En ese caso, procede el incidente de desacato o el trámite de cumplimiento. Por un lado, el incidente

de desacato procede a petición de la parte interesada que, en el presente caso, sería el pueblo étnico y busca lograr que se cumpla el fallo de tutela mediante la imposición de sanciones individuales⁴³. Al respecto, se debe tener en cuenta que, para que este mecanismo proceda, se debe comprobar que existe una relación de causalidad entre el incumplimiento del fallo de tutela y la conducta dolosa o culposa de la parte accionada⁴⁴.

De igual manera, ante el incumplimiento del respectivo fallo de tutela, procede el trámite de cumplimiento que, a diferencia del incidente de desacato, opera de oficio cuando la parte interesada o el Ministerio Público lo soliciten. Mediante ese mecanismo, el juez o jueza que haya fallado la tutela puede tomar directamente las medidas que considere necesarias para el cumplimiento de la sentencia, es decir, para la efectiva protección del derecho fundamental a la consulta previa⁴⁵. Este mecanismo es reconocido por otorgar amplias facultades al juez o a la jueza para lograr el cumplimiento de la respectiva sentencia.

43. Decreto 2591 de 1991 [artículo 27]. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. 19 de noviembre de 1991. Diario Oficial n.º 40165.

44. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-034 de 2018. (M.P. Alberto Rojas Ríos: mayo 3 de 2018).

45. Decreto 2591 de 1991 [artículo 27]. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. 19 de noviembre de 1991. Diario Oficial n.º 40165.



03

FUNDAMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

CONCEPTO DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

Siguiendo los postulados del capítulo anterior, es posible sostener que la consulta previa, libre e informada es el derecho fundamental que tienen las comunidades y los pueblos étnicos a ser consultados, de forma previa, sobre las medidas que los afecten directamente y mediante un proceso de diálogo intercultural. En este, el Estado tiene el deber de reducir las desigualdades fácticas de poder que tengan las comunidades y los pueblos para llegar a un acuerdo y, en ocasiones, obtener su consentimiento. El proceso de diálogo intercultural se debe guiar por el principio de buena fe, garantizando la participación activa y efectiva de los pueblos y comunidades interesadas; deberá ser flexible y asegurar que las decisiones estatales estén desprovistas de arbitrariedad. Si bien la consulta previa, libre e informada debe ser previa, esto no implica que el derecho no se pueda hacer efectivo en el desarrollo o con posterioridad a la realización de un proyecto. De allí que, como sostuvimos anteriormente, haya distintas etapas o temporalidades de la consulta: la preconsulta, la consulta propiamente dicha y la consulta durante y luego de ejecutarse las medidas. Además, se trata de un derecho que puede contar tanto con fundamentaciones jurídicas, como políticas en favor o en contra de una concepción extensiva y garantista del derecho.

¿Cuáles son los principales fundamentos, tanto jurídicos como políticos, que se brindan en favor de la consulta previa, libre e informada?

Fundamentación jurídica Argumento de la consulta previa, libre e informada como un derecho fundamental

En general, se considera que la consulta previa, libre e informada tiene una gran relevancia

dentro del sistema jurídico colombiano debido a su carácter de derecho fundamental. De acuerdo con la Corte Constitucional, «los derechos fundamentales son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) sobre cuya fundamentalidad existen consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario»⁴⁶.

En este contexto, el derecho a la consulta previa, libre e informada (i) se relaciona funcionalmente con la dignidad de los pueblos y comunidades étnicas, indígenas y afrodescendientes, así como con la dignidad de cada uno de sus miembros; (ii) es un derecho que puede ser traducido en derechos subjetivos concretos de las comunidades y de los pueblos; y (iii) existen tanto consensos dogmáticos, como jurisprudenciales⁴⁷ y de derecho internacional sobre su carácter fundamental.

La afirmación «la consulta previa, libre e informada es un derecho fundamental de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes» implica que el derecho, por su carácter fundamental, debe prevalecer sobre otras normas jurídicas, principios o derechos, en caso de que haya antinomias o colisión de principios o de derechos. En este contexto, se puede argumentar que, por su carácter fundamental, al interpretar las disposiciones relativas al contenido del derecho a la consulta previa, libre e informada se deben preferir las interpretaciones más garantistas, esto es, las interpretaciones del derecho que sean más favorables a las comunidades y a los pueblos.

46. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-288 de 2012. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: abril 18 de 2012).

47. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. (M.P. Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny: noviembre 15 de 2018).

Argumento de la diversidad étnica y cultural

En el caso colombiano, para respaldar la aplicación de los estándares en materia de consulta previa, libre e informada se suele recurrir a la cláusula del artículo 7º de la Constitución Política, según el cual «El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana». Esta ha sido considerada, por la Corte Constitucional, como un principio⁴⁸ y un valor constitucional⁴⁹.

La consulta previa, libre e informada es un derecho con un rango fundamental en el sistema jurídico colombiano, porque garantiza, entre otros, un principio constitucional que es el deber de reconocer y de proteger la diversidad étnica y cultural. Adicionalmente, esta premisa también sirve para argumentar en favor de interpretaciones garantistas del derecho a esta, entendidas como las más favorables a los derechos de las comunidades y de los pueblos.

Argumento democrático

Se trata de los argumentos jurídicos que se utilizan para defender el derecho a la consulta previa, libre e informada por tratarse de un derecho que garantiza el derecho a la participación. Este, a su vez, es un principio constitucional imprescindible en un modelo de Estado social, constitucional y democrático de derecho, como el colombiano. De acuerdo con la Corte Constitucional, «[l]a consulta previa se desprende de que Colombia se constituye como una república democrática, participativa y pluralista (...)»⁵⁰.

48. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-549 de 2019. (M.P. Carlos Bernal Pulido: noviembre 19 de 2019).

49. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 de 2018. (M.P. Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny: noviembre 15 de 2018).

50. Corte Constitucional de Colombia.

Así como los anteriores argumentos, se trata de una fundamentación que sirve tanto a los fines de respaldar conclusiones sobre la fundamentalidad del derecho, como de llegar a conclusiones de tipo explicativo en favor de interpretaciones garantistas y favorables a los pueblos y a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Argumento del interés general

En no pocas ocasiones se utiliza el argumento de que el derecho a la consulta previa, libre e informada va en contravía del interés general, entendido como el interés mayoritario de la sociedad no indígena y no afrodescendiente. Esto con el propósito de adoptar interpretaciones restrictivas del derecho (conclusiones interpretativas) o de disminuir su grado de fundamentalidad (hay otras normas, principios o derechos que prevalecen sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada).

A continuación, se presentan los principales argumentos y posturas que se pueden aducir sobre la relación entre el interés general y el derecho a la consulta previa, libre e informada. Muchas de estas posturas han sido asumidas por la Corte Constitucional de Colombia en diferentes pronunciamientos.

Sentencia SU-123 de 2018. (M.P. Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny: noviembre 15 de 2018).



Primera postura: el interés general corresponde al interés mayoritario y este, a su vez, coincide con el desarrollo económico que, en ocasiones, entra en colisión con el derecho a la consulta previa, libre e informada.

Segunda postura: la protección de la diversidad étnica y cultural en realidad representa el interés general y la consulta previa, libre e informada es una forma de garantizar esta protección, por lo que no puede existir colisión entre el interés general y la consulta previa, libre e informada.

Tercera postura: el interés general se ve representado por la noción de desarrollo sostenible que protege los valores ecológicos y culturales de los pueblos. Bajo esta postura, tampoco puede existir una colisión entre el interés general y el derecho a la consulta previa, libre e informada.

Cuarta postura: el interés general no es una sustancia preexistente a la realidad social; en realidad, corresponde a una construcción colectiva entre el interés mayoritario y los intereses de los pueblos y las comunidades étnicas. En este sentido, el interés general en realidad es el resultado de la consulta previa, libre e informada.

Quinta postura: se puede entender que, en un modelo de Estado democrático y pluralista basado en el reconocimiento y en la protección de la diversidad étnica y cultural, el interés general, en realidad, consiste en la protección de la pervivencia física, cultural y económica de los pueblos. En estos casos, este no solo requiere de la consulta previa, libre e informada, sino que exige el consentimiento libre, previo e informado.

En este sentido, las posturas que tienden a identificar la consulta previa, libre e informada como parte integrante del interés general (posturas 2, 3, 4 y 5) brindan razones en favor de considerar que el derecho a la esta tiene un rango fundamental en el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, sirven para respaldar interpretaciones garantistas en favor de las comunidades y de los pueblos. Por otra parte, las posturas que asumen que el interés general es sinónimo del interés mayoritario y lo identifican con el desarrollo económico (postura 1) restan fundamentalidad al derecho a la consulta previa, libre e informada, por lo que se trata de un derecho que puede ser derrotado por distintas normas, principios o derechos ante la existencia de una antinomia o una colisión de principios o de derechos. Adicionalmente, esta postura aduce razones en favor de interpretaciones restrictivas del derecho a la dicha consulta.



POSTURAS

respecto a la relación entre el interés general
y el derecho a la CPLI



Primera
postura:

El interés general corresponde al interés mayoritario y este a su vez coincide con el desarrollo económico, el cual en ocasiones entra en colisión con el derecho a la CPLI.



Segunda
postura:

La protección de la diversidad étnica y cultural en realidad representa el interés general, y la CPLI es una forma de garantizar esta protección, por lo que no puede existir colisión entre el interés general y la CPLI.



Tercera
postura:

El interés general se ve representado por la noción de desarrollo sostenible, noción de desarrollo que protege los valores ecológicos y culturales de los pueblos. Bajo esta postura tampoco puede existir una colisión entre el interés general y el derecho a la CPLI.



Cuarta
postura:

El interés general no es una sustancia preexistente a la realidad social; en realidad, el interés general corresponde a una construcción colectiva entre el interés mayoritario y los intereses de los pueblos y comunidades étnicas. En este sentido, el interés general en realidad es el resultado de la CPLI.



Quinta
postura:

Se puede entender que, en un modelo de Estado democrático y pluralista, basado en el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, el interés general en realidad consiste en la protección de la pervivencia física, cultural y económica de los pueblos. En estos casos, el interés general no solo requiere la CPLI, sino que además exige el consentimiento libre, previo e informado.

Argumento de la seguridad jurídica

En ocasiones, se trata de utilizar el principio de la seguridad jurídica como un criterio para afirmar que el derecho a la consulta previa, libre e informada genera inseguridad jurídica para los inversionistas, especialmente en materia de proyectos extractivos. Sin embargo, se pueden presentar distintas posturas en torno a este tema⁵¹, entre ellas, las siguientes:

Primera postura: el derecho a la consulta previa, libre e informada amenaza la seguridad jurídica de los proyectos.

Segunda postura: el derecho a la consulta previa, libre e informada no amenaza en sí mismo la seguridad jurídica, pero sí lo hace cuando los jueces emiten decisiones para que se realice la consulta una vez iniciado un proyecto.

Tercera postura: lo que vulnera en realidad la seguridad jurídica no es el derecho a la consulta previa, libre e informada, sino no hacer efectivo el derecho cuando procede.

Cuarta postura: lo que vulnera la seguridad jurídica no son ni las decisiones de los jueces, ni la garantía del derecho a la consulta previa, libre e informada, sino, por el contrario, la falta de capacidad técnica del Ministerio del Interior a la hora de certificar la presencia o no de una comunidad étnica específica.

En este contexto, las posturas que tienden a considerar que el derecho a la consulta previa, libre e informada no vulnera el principio de seguridad jurídica (especialmente las posturas 3 y 4, y parcialmente la postura 2) brindan razones en favor de conclusiones que refuerzan la fundamentalidad del derecho y, por tanto, la idea de que se trata de un derecho difícil de derrotar por otro derecho, principio u norma, en caso de

que haya antinomias o colisión de principios o de derechos. Además, formula razones en favor de interpretaciones garantistas y extensivas que propenden por los derechos de los pueblos y de las comunidades étnicas. Por el contrario, las posturas que consideran que el derecho a la consulta previa, libre e informada amenaza la seguridad jurídica (postura 1 y parcialmente postura 2) tienden a brindar razones en favor de conclusiones que reducen la fundamentalidad del derecho y que, por tanto, permiten que sea inaplicable en determinados casos de antinomias o de colisión de principios o de derechos. Además, este tipo de posturas ofrece razones en apoyo de interpretaciones restrictivas del derecho a la consulta previa, libre e informada.

Fundamentación política

Este tipo de fundamentación brinda razones políticas en favor de determinadas conclusiones que, usualmente, se presentan de forma prescriptiva y son relativas a la existencia del derecho a la consulta previa, libre e informada, a su fundamentalidad, a la interpretación de sus alcances y a su aplicación en los casos concretos.

En esta sección nos concentraremos en el análisis del argumento de la concepción política sobre el modelo de desarrollo y el modelo económico, especialmente con respecto a la gobernanza.

La fundamentación política basada en el modelo de desarrollo y la autonomía de los pueblos

Como se estudió en el acápite de la fundamentación jurídica, especialmente en el argumento del interés general, en ocasiones, desde el punto de vista jurídico, se brindan razones en favor de considerar que el derecho a la consulta previa, libre e informada represente el interés general; o bien, en otros casos, se brindan

51. Seguimos las posturas identificadas por André Viana Garcés (2016).

Consulta Previa Intercultural y Coordinación Interjurisdiccional

1 Uno de los pasos más importantes para formular evaluaciones interculturales en los procesos de consulta previa es tomarse en serio el pensamiento y la institucionalidad de los sujetos de derechos.



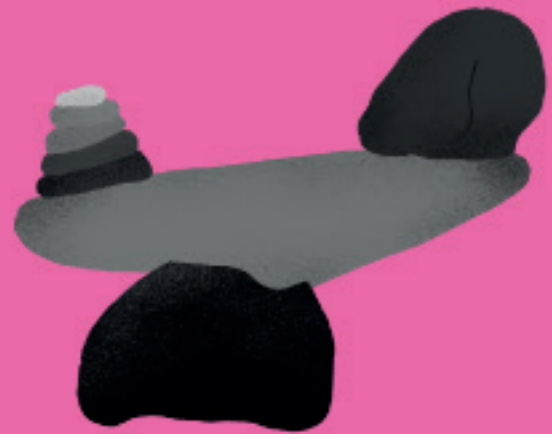
2

Un enfoque intercultural debe considerar que la historia colonial sigue marcando la relación entre los Estados Nación y los pueblos indígenas y afrodescendientes.



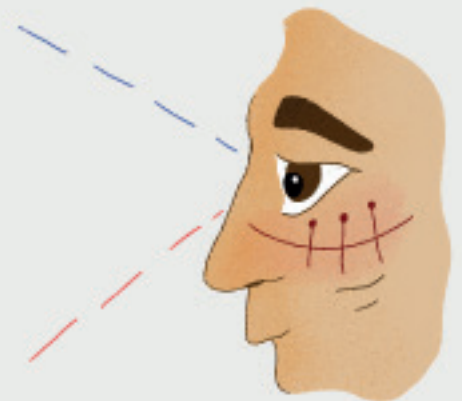
3

Por tal razón, es imprescindible que los Estados tengan en cuenta las perspectivas de las organizaciones étnicas con el objetivo de utilizar el discurso de los derechos para promover la justicia social.



4

Así, los indicadores socioeconómicos no sólo deben valorarse a la luz de los derechos humanos sino también teniendo en cuenta visiones indígenas y afros sobre lo justo e injusto.



5

Por ejemplo, si tomamos el caso de las políticas alimentarias, sería preciso distinguir entre seguridad alimentaria (autosuficiencia en la producción de alimentos) y soberanía alimentaria (primacía de los conocimientos locales en la configuración de sistemas alimenticios).



razones para considerar que esta, en realidad, va en contravía del interés general representado en el interés mayoritario y en la idea de desarrollo. En este contexto, también se ofrecen razones de tipo político en favor de una concepción garantista y extensiva del derecho a la consulta previa, libre e informada basadas en la idea de que se trata de un instrumento que sirve para asegurar la libre determinación de los pueblos. También se aducen razones políticas que propenden por una concepción restrictiva del derecho a la consulta previa, libre e informada con base en la idea del desarrollo económico.

En diferentes espacios, y con distintos efectos, la consulta previa, libre e informada ha sido utilizada, también, por los pueblos étnicos para fortalecer su derecho a la autodeterminación dentro de sus territorios, especialmente ante planes o proyectos de extracción, explotación o desarrollo⁵². A pesar de las críticas sobre la juridización de los reclamos colectivos en las que el sujeto étnico aparece arropado por los derechos liberales de la libertad contractual y del debido proceso en una disputa legal, por lo general desigual⁵³, la consulta previa, libre e informada ha sido un instrumento de lucha contrahegemónica que pone de presente las tensiones propias del derecho al desarrollo y del derecho a la libre

determinación (De Sousa Santos, 2014). De hecho, ciertas lecturas jurídicas sobre los derechos étnico-raciales están basadas en su potencialidad emancipadora cuando, por medio de ellos, se ligan aspiraciones redistributivas y de reconocimiento (Rodríguez Garavito, 2015, pp. 40-45).

Las luchas por la libre determinación han sido, quizá, la columna vertebral de los derechos reconocidos, a nivel nacional e internacional, a sujetos étnico-culturales⁵⁴, pero, ante todo, de la consulta previa, libre e informada. La imbricación entre herramientas legales y reivindicaciones políticas, impulsada por grupos indígenas y afrodescendientes, y que ha pasado a ser parte del conjunto de estrategias de movilización de estos actores sociales (Lemaitre Ripoll, 2009)⁵⁵, ha puesto de manifiesto que la consulta previa, libre e informada no es únicamente la expresión ritual de una institución jurídica basada en el paradigma de la gobernanza (Rodríguez Garavito & Baquero Díaz, 2015, pp. 38-39) o del multiculturalismo liberal (Hale, 2005). Esa negociación procesal, enmarcada en el derecho liberal, diluye las reivindicaciones políticas de los pueblos étnicos en formalidades legales que obvian, a su vez, sus realidades materiales (Rodríguez Garavito, 2012).

52. Sobre los efectos disímiles y no siempre entrelazados de los procesos de consentimiento previo, libre e informado, ver Zarembler y Torres Wong (2018). Por otra parte, de conformidad con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), un plan o proyecto de extracción, explotación o desarrollo es «cualquier actividad que pueda afectar las tierras, territorio y recursos naturales de un pueblo indígena o tribu, o comunidad afrodescendiente, en especial cualquier propuesta relacionado con la exploración o extracción de recursos naturales». Ver, en particular, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015).

53. Véase, por ejemplo, en De Sousa Santos (2010) y en Rodríguez Garavito (2012, pp. 28-29).

54. Sobre el devenir de las reclamaciones de los pueblos indígenas en el derecho internacional y el papel del derecho a la autodeterminación dentro de sus agendas políticas, ver Anaya (2005).

55. En cualquier caso, el uso estratégico del derecho por parte de sujetos étnicos para alcanzar reivindicaciones políticas no está exento de debate ni de crítica. La defensa judicial de los derechos de los pueblos indígenas ha puesto de relieve dificultades y costos que amenazan con la exclusión de otros grupos históricamente marginados al no coincidir en patrones estáticos en torno al territorio y la identidad. Para una crítica desde la antropología, ver Bocarejo Suescún (2015); para una crítica desde el derecho, ver Engle (2018).

Al mismo tiempo, a través de ella, y gracias a su uso, los pueblos indígenas y afrodescendientes han librado batallas jurídicas y políticas —en algunas ocasiones con éxito, mas no sin esfuerzo— contra planes, actividades o proyectos que minan, en sentido real y figurado (Rodríguez Garavito, 2012, p. 32), sus prácticas, territorios y formas de vida. El uso de la consulta previa, libre e informada por parte de estos sujetos ha permitido trasladar al lenguaje del derecho occidental —y en ese sentido en las márgenes del Estado y dentro de los mismos pueblos— posicionamientos políticos transformadores, como el rechazo al desarrollo extractivista y la agencia de las mujeres en los espacios de decisión.

A nivel internacional, el caso Sarayaku es un ejemplo del uso contrahegemónico de la consulta previa, libre e informada frente a proyectos que amenazan planes alternativos al desarrollo. A partir de estrategias político-organizativas y legales en distintos niveles, el pueblo kichwa, de Sarayaku, logró resistir a las actividades petroleras adelantadas en su territorio, en el centro de la Amazonía ecuatoriana, por una empresa argentina que actuaba como operadora de un bloque petrolero entregado en concesión por el Estado de Ecuador en 1996 (Melo Cevallos, 2016). Luego de un largo litigio motivado por incursiones inconsultas al territorio indígena para adelantar operaciones petroleras, y de una serie de acciones violentas en contra de la comunidad (Melo Cevallos, 2016, p. 15), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) falló a favor del pueblo kichwa de Sarayaku por la imposición de un proyecto de desarrollo en su territorio de manera inconsulta y sin consentimiento⁵⁶.

Si bien la sentencia de la Corte IDH constituye un precedente jurídico importante en relación con el derecho de los pueblos étnicos a la consulta previa, libre e informada dado que fortalece su estándar de protección cuando los proyectos de desarrollo amenazan la pervivencia de las comunidades o implican amenazas territoriales graves, la estrategia de defensa territorial del pueblo kichwa de Sarayaku tuvo como eje una visión política más amplia que trascendió la movilización de recursos judiciales⁵⁷.

56. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Sentencia caso Sarayaku vs. Ecuador (27 de junio de 2012).

57. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Sentencia caso Sarayaku vs. Ecuador, párrafo-



De acuerdo con Mario Melo Cevallos, uno de los abogados que acompañó al pueblo kichwa en su trasegar ante las instancias internacionales, el litigio ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la vulneración del derecho a la consulta previa, libre e informada resultó meramente instrumental, pues el fondo de las acciones era consolidar al pueblo kichwa de Sarayaku «como un pueblo autodeterminado y autogobernado (...) construir un poder popular que les permitiera, sencillamente, vivir mejor»⁵⁸.

En un sentido similar se expresa Franco Viteri, expresidente de pueblo kichwa de Sarayaku y una de las personas que lideró la resistencia ante la empresa petrolera. Para él, el caso tiene connotaciones en múltiples ámbitos (Viteri, 2004, p. 22). En sus palabras, en el plano espiritual, el proceso «posee un apego muy grande a la tierra madre que es la base fundamental de nuestra vida; es ahí donde se desarrolla (...) la espiritualidad necesaria para poder soportar cualquier sugestión del poder del capitalismo» (Viteri, 2004, p. 21). En el plano político, implica «la resistencia de Sarayaku en el proceso de construcción de un Estado plurinacional más favorable y de un mundo mejor bajo un nuevo orden económico mundial más favorable y con justicia social» (Viteri, 2004, p. 21). Y, en el plano ambiental, «significa un ahorro energético, porque el compromiso nuestro es con las generaciones futuras; ahorrar energía hoy, significa comprometernos de aquí a 500 años» (Viteri, 2004, p. 22).

fo 60 (27 de junio de 2012).

58. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Sentencia caso Sarayaku vs. Ecuador, párrafo 61 (27 de junio de 2012).

Caso Sarayaku



El caso Sarayaku es un ejemplo del uso contra-hegemónico de la CPLI frente a proyectos que amenazan proyectos alternativos al desarrollo.

El pueblo kichwa de Sarayaku logró resistir a las actividades petroleras adelantadas en su territorio, en el centro de la Amazonía ecuatoriana, por una empresa argentina que actuaba como operadora de un bloque petrolero entregado en concesión por el Estado de Ecuador en 1996.



Luego de un largo litigio motivado por incursiones inconsultas al territorio indígena para adelantar operaciones petroleras y una serie de acciones violentas en contra de la comunidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) falló a favor del pueblo Sarayaku por la imposición de un proyecto de desarrollo en su territorio de manera inconsulta y sin consentimiento.

La estrategia de defensa territorial del pueblo Sarayaku tuvo como eje una visión política y ambiental más amplia que trascendió la movilización de recursos judiciales:

- En el plano político, implicó la resistencia de Sarayaku al modelo económico dominante y la búsqueda de un mundo más justo.
- En el plano ambiental, comportó un ahorro energético que beneficiará a las generaciones futuras.



A nivel local, un ejercicio de resistencia al modelo de desarrollo mediante el uso de la consulta previa, libre e informada es el que, por varios años, han adelantado los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. Los pueblos kogui, arhuaco, wiwa y kankuamo se han valido de este derecho para defender su territorio ancestral y tradicional, limitado por la Línea Negra, en el nororiente de Colombia, y llevar ante los tribunales actividades industriales que amenazan sus sitios sagrados y sus prácticas culturales. Su uso estratégico del derecho ha servido, además, para fortalecer su cohesión política, modificar sus concepciones de género y plantear modelos de sostenibilidad ambiental basados en una relación cultural y espiritual con el territorio, ajenos a la idea de la Sierra Nevada de Santa Marta como zona de intervención (Serje, 2008, p. 229). El caso del proyecto Puerto Brisa es ejemplo del uso estratégico de la consulta previa, libre e informada en este sentido.



Puerto Brisa es un proyecto privado multipropósito que incluyó la construcción de un puerto de aguas profundas, una zona libre de impuestos y una terminal de carbón en uno de los sitios sagrados más importantes para los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta: Jukulwa. Gracias al apoyo del Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA) y al Consejo Territorial de Cabildos (CTC), espacio político conformado por las autoridades de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta, se logró llevar el caso a la Corte Constitucional (Cárdenas Mendoza & Baquero Díaz, 2016). Este tribunal decidió proteger el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y ordenó al Estado adelantar un proceso de consulta con sus autoridades con el fin de establecer las afectaciones que el proyecto Puerto Brisa pudo haber causado en la integridad cultural, social y económica de las comunidades⁵⁹. A pesar de que la tutela del derecho a la consulta previa, libre e informada no ha significado la protección de Jukulwa⁶⁰, pues finalmente el puerto se construyó y sigue operando, su uso estratégico ante los tribunales ha servido para fortalecer la cohesión y el accionar político de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta mediante el afianzamiento de las iniciativas legales para la protección de su territorio y el fortalecimiento de las prácticas espirituales y culturales en torno a los lugares sagrados de la Línea Negra⁶¹. Otro efecto político importante, derivado del uso de la consulta previa, libre e informada, es el cambio de las concepciones de género imperantes en las comunidades, pues las mujeres indígenas

59. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-547 de 2010. (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: julio 1º de 2010).

60. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-547 de 2010. (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: julio 1º de 2010).

61. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-547 de 2010. (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: julio 1º de 2010).

con formación jurídica abanderaron la traducción legal de las reclamaciones de los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta ante el Estado (Cárdenas Mendoza & Baquero Díaz, 2016). El manejo del derecho occidental, y particularmente de la consulta previa, libre e informada, les permitió hacer valer su voz dentro de los escenarios políticos de las comunidades, arraigar la identidad femenina de la Madre Tierra y fortalecer la movilización indígena (Cárdenas Mendoza & Baquero Díaz, 2016, pp. 148-149).

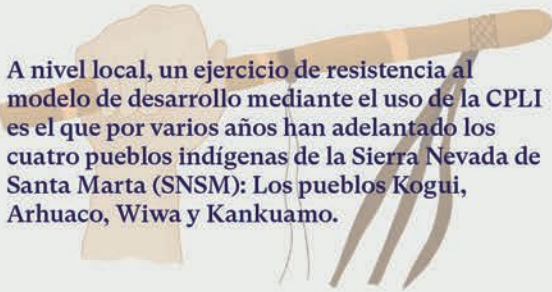
Por último, y no por eso menos importante, el uso del consulta previa, libre e informada les ha permitido plantear este derecho como asunto de doble vía entre el derecho estatal y el derecho indígena (Cárdenas Mendoza & Baquero Díaz, 2016, pp. 153-154), es decir, desde la perspectiva de la interculturalidad. El ejercicio más reciente en este sentido es el Decreto 1500 de 2018 en el que, producto del diálogo entre varias entidades del Estado colombiano y las autoridades de los cuatro pueblos, se logró establecer un conjunto de medidas que reconocían el valor jurídico del derecho indígena y su entramado cultural para la protección de la Línea Negra. De este modo, los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta han logrado presentar sus diferencias radicales⁶² y sus experiencias relacionales con el territorio y los seres que lo habitan (Escobar, 2015), distintas al mundo de los proyectos de desarrollo. Con base en estas, los escenarios de toma de decisiones estatales han de entrar en conexión para satisfacer aquello que tribunales como la Corte IDH y la Corte Constitucional de Colombia han denominado *un procedimiento de consulta de buena fe y culturalmente adecuado*.

62. Una aproximación crítica, desde la antropología, acerca de la diferencia o la alteridad radical indígena puede encontrarse en De la Cadena (2009).

Caso Línea Negra

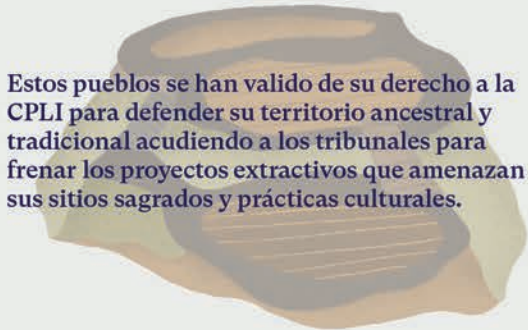
1

A nivel local, un ejercicio de resistencia al modelo de desarrollo mediante el uso de la CPLI es el que por varios años han adelantado los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta (SNSM): Los pueblos Kogui, Arhuaco, Wiwa y Kankuamo.



2

Estos pueblos se han valido de su derecho a la CPLI para defender su territorio ancestral y tradicional acudiendo a los tribunales para frenar los proyectos extractivos que amenazan sus sitios sagrados y prácticas culturales.



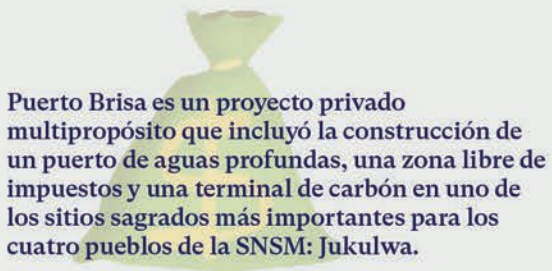
3

El caso del Proyecto Puerto Brisa es diciente del uso estratégico de la CPLI en este sentido.



4

Puerto Brisa es un proyecto privado multipropósito que incluyó la construcción de un puerto de aguas profundas, una zona libre de impuestos y una terminal de carbón en uno de los sitios sagrados más importantes para los cuatro pueblos de la SNSM: Jukulwa.



5

El Consejo Territorial de Cabildos (CTC), espacio político conformado por las autoridades de los cuatro pueblos de la SNSM, logró llevar el caso a la Corte Constitucional.



6

La Corte protegió el derecho a la CPLI de los pueblos indígenas y le ordenó al Estado adelantar un proceso de consulta con sus autoridades con el fin de establecer las afectaciones que el Proyecto de Puerto Brisa pudo haber causado en la integridad cultural, social y económica de las comunidades.

7

A pesar de que la tutela del derecho a la CPLI no ha significado la protección de Jukulwa, pues finalmente el puerto se construyó y sigue operando, su uso estratégico ante los tribunales ha servido para fortalecer la cohesión y el accionar político de los cuatro pueblos de la SNSM.

8

Otro efecto político importante derivado del uso de la CPLI es el cambio de las concepciones de género imperantes en las comunidades, pues las mujeres indígenas con formación jurídica abanderaron la traducción legal de las reclamaciones de los pueblos de la SNSM ante el Estado.

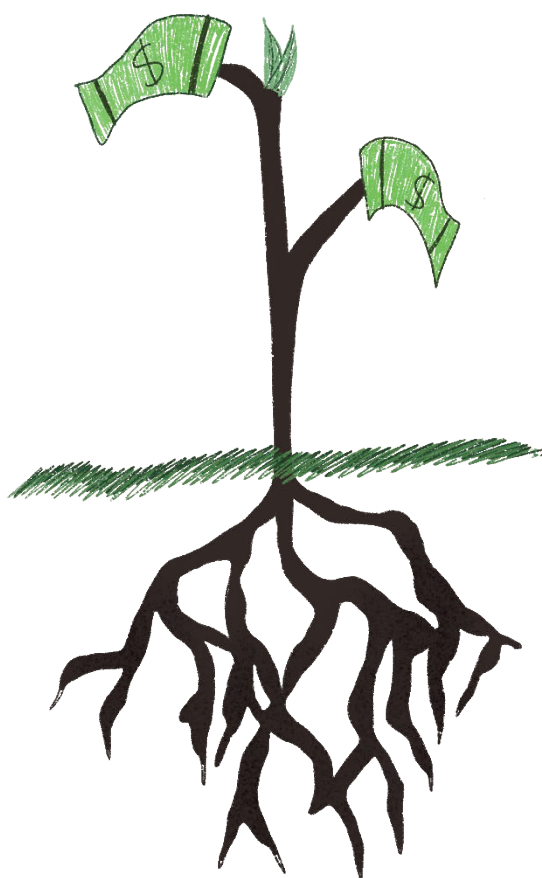
9

Por último, y no por eso menos importante, el uso del CPLI les ha permitido a los pueblos de la SNSM plantear este derecho como asunto de doble vía entre el derecho estatal y el derecho indígena, es decir, desde la interculturalidad.

10

El ejercicio más reciente en este sentido es el Decreto 1500 de 2018, en donde, producto del diálogo entre varias entidades del Estado colombiano y las autoridades de los cuatro pueblos, se logró establecer un conjunto de medidas que reconocían el valor jurídico del derecho indígena y su entramado cultural para la protección de la Línea Negra.

En síntesis, a pesar de la crítica sobre la legalidad procedimental que rige la consulta previa, libre e informada, su uso por parte de los sujetos étnicos ha servido para catalizar reivindicaciones políticas transformadoras, bien sea a través de las propuestas que desestabilizan la fuerza de los modelos de desarrollo que buscan penetrar sus territorios, o bien porque su uso les ha permitido a las mujeres posicionarse en los espacios de decisión de las comunidades. Igualmente, el uso de los instrumentos legales en torno a la consulta previa, libre e informada ha llevado a fortalecer la dimensión organizativa de los pueblos y a tender puentes normativos para un diálogo intercultural entre los derechos de los pueblos étnicos y el derecho estatal.



04



**VOCES
DE LOS PUEBLOS**

A pesar de las disposiciones legales que garantizan el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y afrodescendientes y, de manera particular, su derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, es evidente que hay una brecha entre la validez jurídica de los estándares de consentimiento previo, libre e informado y su implementación. Al mismo tiempo, es también claro que los pueblos étnicos han reapropiado la consulta previa, libre e informada como un mecanismo que contribuye a aumentar la posibilidad de mantener sus territorios ancestrales para seguir perviviendo física y culturalmente al modelo de desarrollo dominante. En este sentido, el consentimiento previo, libre e informado ha sido una herramienta que, analizada a la luz del pensamiento de los pueblos, ha permitido la interlocución, el debate, la negociación y la interpelación de las decisiones del Estado y de las empresas extractivas (CNMH, 2018).

Sin embargo, si nos acercamos más al derecho de los pueblos indígenas y afrodescendientes, podemos identificar que, en el marco de sus culturas jurídicas, hay formas propias de consultar o de pedir permiso para llevar a cabo sus actividades económicas, políticas o espirituales. Este tipo de consultas, fundamentadas en la jurisdicción propia, no se concibe necesariamente en los términos del derecho a la consulta previa, libre e informada, pues, en el caso de los pueblos étnicos, la consulta es un proceso espiritual y autónomo que busca contribuir a guiar y a tomar decisiones sin que se causen alteraciones en el buen vivir de las comunidades. Así, por ejemplo, en el caso del pueblo arhuaco, de la Sierra Nevada de Santa Marta, sus autoridades espirituales, mamos y sagas, suelen hacer consultas a los sitios sagrados con el fin de que les sea enviado un mensaje que permita reflexionar y/o tomar una decisión. Así, la consulta puede ser una pregunta que se le

plantea al territorio, o a los ancestros y sus espíritus sobre un asunto de interés o que afecte las diferentes formas de vida de los pueblos.

En este sentido, la consulta propia puede anteceder al proceso formal de consulta previa, libre e informada tal como se contempla en el Convenio 169 de la OIT (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2013). En el caso de los pueblos indígenas, la consulta tiene como fundamento la ley de origen, entendida como los principios que, sin disociar cultura y naturaleza, establecen pautas prácticas para mantener el equilibrio, la reciprocidad y la complementariedad entre todos los seres del mundo (espíritus, humanos y no-humanos). De esta forma, la vida sigue fluyendo. Se trata, en efecto, de consultar a los seres espirituales que ordenan los espacios de vida de las comunidades y que, cuando dan una respuesta —en cosmologías afro o indígenas particulares—, esta se convierte en un mandato que los pueblos obedecen a cabalidad. Así, para ponerlo en contexto, los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta entienden la consulta o *shkizukaji* (que traduce consultar la norma) como un procedimiento que emplean las autoridades tradicionales para expresar e interpretar la ley de origen, tal como fue concebida en sus cosmologías por los padres y las madres espirituales. En este caso, el cumplimiento del *shkizukaji* se realiza para la protección del territorio de acuerdo con los parámetros establecidos por el derecho indígena (Consejo Territorial de Cabildos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, 2018).

Por su parte, en los pueblos afrocolombianos, los procesos de consulta internos son heterogéneos. Intentan responder, desde diferentes ángulos de conocimiento, a las dinámicas económicas, sociales y culturales de cada una de las comunidades. Pese a esta diversidad, en el marco del Congreso Nacional de Comunidades



Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras de áreas urbanas y rurales, de 2013, se establecieron los principios generales para garantizar el derecho a la consulta previa, libre e informada (MinInterior, 2013). Sobresalen los principios de garantía de una consulta culturalmente adecuada, el de la objeción cultural y el de prevalencia de la integridad étnica y cultural de los pueblos y comunidades. Bajo estos principios, que son propios de los estándares internacionales de consulta previa, libre e informada, los pueblos afro no buscan únicamente proteger sus derechos reconocidos a nivel internacional y nacional, sino, además, que se respeten los diferentes ritos culturales de sus comunidades.

Para llevar a cabo este tipo de procesos en los que entidades espirituales son consultadas, los pueblos étnicos acuden a sus autoridades tradicionales que, al interpretar a partir de sus cosmologías el mundo material e inmaterial en el que fundamentan sus teorías de la justicia, intermedian como diplomáticos entre el derecho propio y el internacional para adelantar las consultas sobre decisiones que afectan a sus pueblos y sus territorios (Bacca, 2020). Los planes de vida de los pueblos étnicos intersectan el mundo de la naturaleza y de la cultura al plantear, a la vez, un vínculo inescindible entre su mundo material y espiritual. En el primer dominio, aparecen las relaciones sociales que se crean para convivir, el gobierno propio y el diálogo con otros saberes. En la segunda esfera, se recrea, en la cotidianidad, el diálogo con los «gobernantes» de las energías de la naturaleza: la voz de los ancestros, el territorio al que regresan los muertos, y los espíritus de los animales y de los lugares sagrados, entre otros (Bacca, Gutiérrez-Martínez, Quigua, García & Murillo, 2021).

En este contexto, los pueblos se guían por rituales y siguen requisitos especiales que dependen de sus cosmologías (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2013). Para los pueblos étnicos, las autoridades tradicionales juegan un rol determinante, pues son las guías y consejeras que representan su conciencia política y espiritual y, por consiguiente, su concepto, por lo general colegiado, es necesario para tomar decisiones que garanticen la supervivencia de sus comunidades. Este tipo de reconocimiento comunitario no está necesariamente ligado a la representación jurídica y política de los pueblos y comunidades. De hecho, las instancias organizativas y representativas son espacios de diplomacia intercultural entre las instancias de gobierno propio, el Estado y los organismos especializados de derecho internacional.

Los procesos de consulta propia varían dependiendo de sus contextos culturales; por esa razón, no se trata de conocimientos homogéneos sino de puntos de vista y de formas de ser que, a su vez, se conectan con la historia territorial y con la vida cotidiana de los pueblos. Para el pueblo indígena arhuaco, por ejemplo, las decisiones en torno al territorio dependen de los eswamas, entendidos, en una traducción intercultural, como espacios políticos para ejercer la gobernabilidad. En estos lugares está el conocimiento sobre la cultura y la ley territorial y, dentro de su espacio, hay, a la vez, varios sitios sagrados (nujuákala) desde donde se mantiene el equilibrio de los diferentes elementos de la naturaleza. Se trata de espacios estratégicos que tienen un nombre de acuerdo con su función y con lo que allí se mantiene: los eswama y los nujuákala son, entonces, las jurisdicciones propias desde las que se imparte el derecho y en las que se toman las decisiones territoriales (Consejo Territorial de Cabildos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, 2006).

En esta instancia, las autoridades tradicionales funcionan como guías y consejeros. Es decir, la decisión se toma a partir de sus interpretaciones que se encuentran vinculadas con los mandatos de la naturaleza y de sus seres espirituales (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2015). El protocolo de consulta previa del pueblo arhuaco señala que en su cosmovisión existe «el mandato de cada elemento», un conjunto de reglas para hacer la valoración de las afectaciones de un lugar de acuerdo con el estado o conservación de los elementos que hacen parte del orden del cosmos. Siguiendo el protocolo, este mandato contiene los lineamientos de cuidado y de aquellas conductas o intervenciones humanas que puedan afectarlos, deban evitarse o estén prohibidas. Debe ser interpretado y acatado por las autoridades espirituales y demás integrantes de la comunidad. Por lo tanto, estas normas determinan qué aspectos pueden ser objeto de consulta y cuáles no. A continuación, resaltamos una parte del mencionado protocolo en el que aparece el mandato:

No son usos permitidos dentro del territorio circundado por la Línea Negra Niwi umuke, aquellos que alteren los kunsamu de los elementos agua, tierra, aire y fuego en sus distintas formas, por tanto, los proyectos o actividades que alteren este orden no serán objeto de consulta, es decir, no tienen consentimiento de uso dentro del territorio ancestral y sagrado de la Sierra Nevada de Santa Marta ya que alteran substancialmente nuestra vida física y cultural como pueblo arhuaco y el de la humanidad. (Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2019).





En el caso de los pueblos afro, las autoridades tradicionales son también guías y consejeros. Se trata de instancias que deben ser tenidas en cuenta por los líderes elegidos en las juntas de los consejos comunitarios y en las directivas de las organizaciones. De esta forma, los representantes jurídicos y políticos de las comunidades deben acudir a los mayores y a los sabios tanto para resolver las problemáticas sociales de orden organizativo, como aquellas que involucran las relaciones de la comunidad y las afectaciones más graves sobre el territorio (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2013).

En ese sentido, los pueblos étnicos y sus comunidades surten un proceso de consulta propia para poder decidir, siguiendo los principios de sus cosmovisiones, espiritualidades, acuerdos comunitarios o planes de vida. Esto incluye la forma en que asumirán la consulta previa y sus procedimientos, los puntos de la agenda que no pueden ser objeto de negociación y las estrategias de interlocución. En el caso del palenque del Alto Cauca, por ejemplo, la comunidad establece en su protocolo de consulta previa lo siguiente:

No es negociable la vida ni la dignidad del pueblo afro nortecaucaño; los lugares sagrados como los cementerios, los corredores de vida como los nacimientos de agua, sitios de cacería, madres viejas, los patrimonios históricos, no son negociables. El bienestar colectivo y el interés común deben estar siempre por encima del interés particular y privado, y de las intervenciones que se hagan o se pretendan hacer dentro del territorio. (Institut für Ökologie und Aktions-Ethnologie, 2019).

Por su parte, en algunos pueblos indígenas de la Amazonía colombiana, las decisiones son orientadas por los relatos de la tradición oral que se convierten en una especie de fuentes de derecho propio que deben acatarse estrictamente para conservar el equilibrio de la vida. En el caso del pueblo kúbeo, dice el relato que las piedras sagradas no se pueden mover de sus lugares asignados porque producen inundación y desatan enfermedades. Por esta razón, es deber de las comunidades que habitan en los territorios donde se encuentran las piedras, cuidarlas y preservarlas, pues de esto también depende el bienestar de la comunidad (Bacca, Gutiérrez-Martínez, Quigua, García & Murillo, 2021).

De esta manera, en la memoria oral, se encuentran los principios que constituyen los límites del diálogo intercultural con el Estado y los terceros, así como la base de su consentimiento para cualquier interlocución para tomar decisiones que afectan su territorio. En el caso de la cosmología del pueblo muruy, las indicaciones dejadas por su creador son un mandato de derecho propio y, en tal sentido, una guía de traducción interlegal (De Sousa Santos, 2002) que determina el alcance de las decisiones con respecto a los proyectos que se quieran desarrollar en su territorio. En este caso, señala el mandato del pueblo muruy:

El Amazonas tiene lo que el mundo no tiene, el Amazonas tiene lo que el mundo quiere y desde allí parte la materia prima que el mundo entero lo está usando, la naturaleza. El ser creador dice que no se puede tocar lo que brilla en el suelo porque es el firmamento que brilla hacia arriba y el otro firmamento que brilla hacia abajo, entre esos dos firmamentos sostienen el universo. Por eso nosotros no tocamos ese que brilla en el suelo. El día que ustedes toquen eso van a sufrir calamidades. Por eso nosotros no tocamos eso. (Abuelo Gitoma, pueblo muruy).



Después de un proceso de consulta propia, vienen el diálogo y la interlocución con el Estado en donde surgen las disputas conceptuales y prácticas de la consulta previa, libre e informada. De acuerdo con las autoridades indígenas, esta constituye, en sí misma, una disputa político-jurídica permanente, concebida tanto como un escenario de choque jurisdiccional, como de coordinación interjurisdiccional. En los dos casos, la interpretación de los pueblos étnicos busca garantizar su pervivencia física y cultural. Esta perspectiva fue destacada en la Cumbre de Pensamiento Indígena por la Defensa del Derecho Fundamental a la Consulta Previa, Libre e Informada. Este es un escenario de emergencia convocado por los pueblos indígenas para analizar su marco jurídico y, en ese contexto, sus avances y riesgos actuales con miras a traducir interlegalmente el derecho fundamental a dicha consulta en la garantía del derecho al buen vivir de todos los pueblos indígenas de Colombia (Mesa Permanente de Concertación de los Pueblos Indígenas, 2020).

Así, líderes indígenas como Julio César López Jamioy, de la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC), han contrastado la forma disímil en que los estándares internacionales de consulta previa, libre e informada son interpretados por sus sujetos de derecho y por el Estado: para los pueblos indígenas, el derecho a esta garantiza el ejercicio de autogobierno, de diálogo y la articulación de ambos gobiernos en el marco del derecho a la libre determinación (López Jamioy, s. f.). En palabras de Héber Tegria, indígena del pueblo u'wa y consejero de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), la negativa de realizar consultas previas relacionadas con proyectos extractivos en su territorio ancestral radica en que la consulta previa, libre e informada termina siendo un «derecho incompleto» porque no garantiza la posibilidad de decidir sobre su territorio o de vetar proyectos extractivos pues, a pesar de que los impactos positivos y negativos sean consultados, la decisión de su implementación está en cabeza del Estado y, por lo general, a favor de los intereses de las empresas (CNMH, 2018).



LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA COMO POSIBILIDAD DE DECIDIR

Armando Valbuena, expresidente de la ONIC, en el marco del foro internacional La Consulta y el Consentimiento Previo, Libre e Informado, que se llevó a cabo en 2017 bajo el liderazgo de la Mesa Permanente de Concertación Nacional (MPC), expresó que la unidad, el territorio, la cultura y la autonomía son los aportes que la sabiduría de los sistemas de pensamiento indígena pone a disposición de la humanidad (MPC, 2017). La unidad, según la ONIC, hace referencia a que, si bien todos los pueblos indígenas son los habitantes originarios de las Américas, estos no son homogéneos, pues hay variedad de idiomas, cosmovisiones, saberes y formas de aprender y, por tal razón, la unidad debe entenderse en la diversidad cultural del mundo indígena (ONIC, s. f.).

El territorio es definido como el todo. Es el elemento principal que permite una relación armónica entre la Madre Tierra y los indígenas. A su vez, permite que se desarrollen las relaciones y las interacciones materiales y espirituales dentro de los pueblos. La pérdida del territorio representa la desconexión entre los pueblos y la Madre Tierra, lo que puede generar enfermedades, desarraigo e incluso la pérdida de la vida tanto para los integrantes de los pueblos indígenas, como para el resto de la humanidad. Para la ONIC, los principales factores de riesgo de la pérdida del territorio son la invasión, las guerras y el saqueo de sus recursos naturales (ONIC, s. f.).

En cuanto a la cultura, la ONIC la define como «todo lo que somos, lo que pensamos, la manera cómo vivimos, y lo que nos hace diferentes al mundo no indígena y entre pueblos» (ONIC, s. f.). Sin embargo, la preservación de la cultura está ligada al continuo desarrollo de actividades de formación cultural dentro de los

pueblos y, además, depende de la preservación del territorio. En este mismo sentido, la CIDH, en 2005, estableció que «la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia; de otra parte, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad, y, por ende, de su identidad cultural»⁶³.

Finalmente, la autonomía, en los pueblos étnicos, siempre sobresale como un elemento indispensable para que estos puedan gozar plenamente de sus derechos. Se relaciona con el derecho a participar en los espacios de toma de decisión de proyectos o actividades que puedan afectar a los pueblos, no solamente en el presente, sino también a futuro. En este sentido, la lucha por la defensa de los derechos busca asegurar que las futuras generaciones puedan concretarlos en sus planes de vida. En este punto, se puede evidenciar que estos cuatro elementos (unidad, territorio, cultura y autonomía) se encuentran entrelazados y generan relaciones de interdependencia entre ellos. En otras palabras, el riesgo de que no exista uno de ellos afecta a los otros tres. Por ejemplo, el peligro de la pérdida del territorio para los pueblos indígenas, que se puede dar por desplazamiento forzado o por la explotación indiscriminada de sus recursos naturales, puede conllevar al debilitamiento del derecho de libre determinación, la desaparición de la cultura y la dificultad para tomar decisiones ajustadas al pensamiento propio.

63. Corte IDH. Caso Comunidad indígena yakye axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Serie C No. 125, párrafo. 135. (17 de junio de 2005). Corte IDH. Caso Comunidad indígena sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Serie C No. 146, párrafo 118. (29 de marzo de 2006).



Ahora bien, teniendo en cuenta que la unidad, el territorio, la cultura y la autonomía son principios fundamentales que se deben respetar para salvaguardar la pervivencia de los pueblos indígenas, es importante que los procesos de consulta previa, libre e informada aseguren que se tendrán en cuenta estos principios. Si bien no hay una respuesta única, la participación de manera libre e informada en los diferentes espacios decisorios se constituye en una herramienta que permite salvaguardar la esencia de estos principios. La participación autónoma disminuye la probabilidad de que los espacios de participación se conviertan en instancias meramente procedimentales de legitimación de decisiones ya tomadas, que dejarían por fuera la cosmovisión y los intereses colectivos de los pueblos.

Bajo esta perspectiva, la consulta previa, libre e informada se consolidaría, desde el punto de vista de los pueblos, como un derecho que permite ejercer y garantizar el goce de otros derechos fundamentales, entre ellos, a la vida y al territorio.





Este tipo de discusiones están ligadas, también, a las diferentes visiones que se tienen acerca del desarrollo. En palabras del taita Alberto Estrada, los Estados y las empresas entienden el desarrollo como la generación de riqueza material; mientras que, para los pueblos étnicos, el desarrollo es el pleno goce de los derechos colectivos en armonía con la Madre Tierra (MPC, 2017). Según el Foro Indígena, el desarrollo con identidad «es un proceso en donde es indispensable la organización y la participación comunitaria, así como la planeación de acciones basadas en las necesidades y potencialidades detectadas por los mismos actores» (Fondo Indígena, s. f.). Este tipo de perspectivas se toman en serio tanto las cosmologías, como los derechos indígenas y establecen que la cultura dominante debe dejar de imponer el entendimiento del concepto de desarrollo y este se debe empezar a recrear en la vida cotidiana de los pueblos.

Uno de los grandes retos de la aplicación de los estándares de derecho internacional y constitucional de la consulta previa, libre e informada es el de su implementación en el diario vivir de los pueblos. Esta realidad no es nueva para los pueblos étnicos y, por tal razón, ellos han optado por la creación de sus propios protocolos de consulta previa, basados tanto en los estándares internacionales, como en sus cosmovisiones con el objetivo de poder dar una respuesta intercultural a sus necesidades específicas en tanto comunidades diversas. Los protocolos de consulta previa se definen como una interpretación propia que hacen los pueblos étnicos de sus derechos. Los protocolos permiten recopilar la visión de los pueblos en cuanto al desarrollo y a su participación en la toma de decisiones.

05



5 ESTÁNDARES PROPIOS DE CONSULTA PREVIA

Partiendo de los protocolos de los pueblos juruna (Brasil), emberá chamí (Colombia), wampís (Perú) y del pueblo negro nortecaucano (palenque del Alto Cauca) (Dolyle et al., 2019), presentamos, a continuación, una lista de buenas prácticas de estándares propios de la consulta previa, libre e informada. Estas pautas han sido construidas a través de un diálogo entre los estándares del derecho internacional sobre consulta previa, libre e informada y el derecho propio de los pueblos indígenas y afrodescendientes:

1. Los protocolos propios de la consulta previa, libre e informada van dirigidos al Estado y, especialmente, a las instituciones que deben informarse sobre las decisiones que afecten los territorios étnicos y su derecho propio. De esta forma, las empresas y actores externos interesados en el proceso de consulta previa, libre e informada no deberían tener interlocución directa con los pueblos étnicos a menos que sean invitados por sus instituciones representativas.

2. El plan de consulta previa, libre e informada debe surgir por iniciativa de los pueblos indígenas y afrodescendientes que establecerán la base de la negociación con el Estado. En este contexto, es importante mencionar que no sirve de nada consultar a los pueblos étnicos si el daño hecho es irreversible. Cobra importancia, en consecuencia, debatir sobre las ideas y no sobre decisiones ya tomadas, lo que implica que se examine la forma en que se produce la información de los proyectos y cómo la comprende el pueblo interesado de acuerdo con sus intereses.

3. En ningún caso, incluyendo los contextos de conflicto armado, los procesos de consulta previa, libre e informada podrán exponer a riesgos los territorios de los pueblos étnicos. Si llegare a existir cualquier tipo de peligro para las comunidades, líderes o autoridades representativas, debería declararse la nulidad de todo el proceso de consulta previa, libre e informada.



4. Los procesos de consulta previa, libre e informada deben acoger y respetar las cosmovisiones de los pueblos indígenas y afrodescendientes en la toma de decisiones. En este sentido, las ceremonias espirituales hacen parte de los sistemas de gobierno propios que, por ejemplo, encargan a sus autoridades tradicionales de la preparación de los espacios para la toma de decisiones y asambleas comunitarias.

5. El consentimiento previo, libre e informado debe lograrse antes del inicio de los procesos de consulta y debe ser el resultado de la deliberación entre los actores interesados. Para identificar la base de ese consentimiento, deben respetarse las reglas y principios de los pueblos étnicos. En caso de no tenerse en cuenta, podría promulgarse una resolución para comunicar la negativa del consentimiento para iniciar el proceso de consulta y notificar a la autoridad competente.

6. Los pueblos indígenas y afrodescendientes podrían interponer la objeción cultural y ambiental a los proyectos, actividades, medidas administrativas y legislativas de acuerdo con los principios de su cosmovisión y de su derecho propio.

7. El requisito de la consulta previa, libre e informada, estipulado en el derecho internacional, debería leerse en consonancia con el derecho de libre determinación que asiste a pueblos indígenas y afrodescendientes y, en tal sentido, el consentimiento de sus autoridades representativas es determinante con respecto a las actividades que propongan o que quieran ejecutar entes externos a sus comunidades.

8. La violación del derecho a la consulta previa, libre e informada tendría lugar, entre otras causas, si se configuran la entrada o las medidas para facilitar la entrada de actores externos antes de la finalización del proceso de consulta formal

por parte del Estado, si se configura el trato clandestino con los actores externos a los pueblos indígenas o afrodescendientes o si hay intentos de llevar a cabo procesos de consulta previos o paralelos a las consultas iniciadas por el Estado.

9. En los casos en que se conceda el consentimiento, luego de un proceso de consulta previa legítima, las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas y afrodescendientes podrán promulgar regulaciones para determinar el alcance y los límites de las negociaciones que se llevarán a cabo con el Estado y la tercera parte involucrada. Solo después de esta etapa, el actor externo podrá entrar en diálogo con las autoridades tradicionales. Dicha regulación también podrá abordar los mecanismos de monitoreo, compensación y participación en los beneficios que deban establecerse para facilitar y supervisar estas negociaciones y sus resultados.

10. Es imperativo que, en contextos interculturales, los estándares para medir el desarrollo, dominados por los Estados y los organismos internacionales, sean negociados con los pueblos indígenas y afrodescendientes. En este contexto, los pueblos deben ser consultados previamente en todas las decisiones en que se encuentren involucrados de manera directa o indirecta.





RESUMEN

Esta cartilla además de identificar los estándares de los derechos de consulta y consentimiento libre, previo e informado, explora hasta qué punto el incumplimiento de estos derechos se traduce en nuevas violaciones de derechos humanos de indígenas y afrodescendientes relativas a (i) sus dimensiones territoriales y organizativas; (ii) su integridad física y cultural; y (iii) el respeto de las decisiones de sus comunidades y de su punto de vista frente a las dimensiones materiales y formales del derecho internacional.

Para hacerlo, la cartilla analiza la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado en perspectiva intercultural. De un lado, presenta ejemplos de consulta propia en pueblos indígenas y afrodescendientes mientras, del otro, señala la importancia de promover la coordinación interjurisdiccional entre las jurisdicciones ancestrales y la jurisdicción del Estado. Finalmente, presenta diez recomendaciones de buenas prácticas de aplicación de estos derechos cruzando el derecho propio de los pueblos indígenas y afrodescendientes con los estándares de derecho internacional. Consulta previa; consentimiento libre, previo e informado; diálogo intercultural; interlegalidad; coordinación interjurisdiccional; cosmologías indígenas y afrodescendientes.

DE LOS/AS AUTORES/AS

Paulo Ilich Bacca. Es doctor en estudios sociojurídicos de la Universidad de Kent, en el Reino Unido. Fue becario Fulbright en las Universidades Georgetown y American, en Washington D. C. Es, además, abogado, especialista en Derecho Constitucional y magíster en Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. En Dejusticia, es el director de la línea de Justicia Étnica y Racial.

Jesús David Medina. Es abogado y antropólogo de la Universidad de Los Andes. En la actualidad, cursa estudios en la Maestría en Sociología de la Universidad de Los Andes. Sus temas de interés son los estudios socioambientales, la geografía humana y los derechos sociales. En Dejusticia, se desempeña como investigador del área de Litigio.

David Murillo. Es profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia y magíster en Gerencia para el Desarrollo de la misma universidad. Hizo parte del programa sobre democracia económica Mel King Community Fellows Program 2016-2018, liderado por el CoLab del MIT. Actualmente hace parte del Programa de Becas Hipólita del Icetex, en Georgetown University. Fue investigador de la línea de Justicia Étnica y Racial de Dejusticia.

Diana Quigua. Es abogada de la Universidad Nacional de Colombia y candidata a magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Es mujer indígena del pueblo cubeo, del departamento del Vaupés. Sus temas de interés incluyen estudios de género, derechos territoriales e interculturalidad. En Dejusticia se desempeña como investigadora de la línea de Justicia Étnica y Racial.

Sergio Pulido. Es abogado y especialista en instituciones jurídico-procesales de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente cursa la Maestría en Derecho en el perfil de profundización en Derecho Procesal en la misma universidad. Sus temas de interés son la filosofía, la teoría jurídica, el derecho procesal, los derechos territoriales, la epistemología jurídica y los estudios sociojurídicos. En Dejusticia se desempeña como investigador del área de Litigio.

Camila Castellanos. Es abogada y economista de la Universidad de Los Andes. En la actualidad se desempeña como consultora de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) para la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Fue pasante de la línea de Justicia Étnica y Racial de Dejusticia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anaya, J. (2005). Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Trotta.
- Anaya, J. (2008). Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Informe del relator N.º A/HRC/9/9, 17-19.
- Bacca, P. I. (2018). Indigenizing international law: Inverse legal anthropology in the age of jurisdictional double binds [tesis de doctorado]. Kent Law School, Canterbury, UK.
- Bacca, P. I. (2019). La metodología OPERA en contextos interculturales y los indicadores de buen vivir. Center for Economic and Social Rights, CESR. <https://www.cesr.org/sites/default/files/OPERA%20en%20contextos%20interculturales.pdf>
- Bacca, P. I. (2020). Indigenizing international law and decolonizing the anthropocene: Genocide by ecological means and indigenous nationhood in contemporary Colombia. Maguaré. Revista del Departamento de Antropología de la Universidad Nacional de Colombia, 33(2), 139-169.
- Bacca, P. I., Gutiérrez-Martínez, J. Quigua, D., García, J. & Murillo, D. (2021). Ritos mortuorios y prácticas tradicionales del duelo en tiempos de pandemia. Colección del Miedo a la Acción # 012. Dejusticia.
- Barr, O. (2013). Walking with Empire. The Australian Feminist Law Journal, (38), 61.
- Barr, O. (2016). A jurisprudence of movement: Common law, walking, unsettling place. Routledge.
- Black, C. F. (2011). The land is the source of the law. A dialogic encounter with indigenous jurisprudence. Routledge.
- Blaser, M. (2013). The political ontology of a sustainable hunting program. Current Anthropology, 54(5), 547-568.
- Bocarejo Suescún, D. (2015). Tipologías y topologías indígenas en el multiculturalismo colombiano. Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario.
- Borrás, S. (2016). New transitions from Human Rights to the environment to the right of nature. Transnational Environmental Law, 5(1), 113-143.
- Brems, E. (2001). Human Rights: Universality and diversity. Martinus Nijhoff Publishers.
- Cárdenas Mendoza, O. & Baquero Díaz, C. A. (2016). La disputa por el «corazón del mundo». El derecho indígena se encuentra con el derecho occidental a la hora de proteger la Sierra Nevada de Santa Marta. En C. Rodríguez Garavito (Coord.), Extractivismo versus derechos humanos. Crónicas de los nuevos campos minados en el Sur Global. Siglo XXI Editores.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2018). Tiempos de vida y muerte: memoria de los pueblos indígenas en Colombia. <https://centrodememoriahistorica.gov.co/wp-content/uploads/2020/02/tiempos-de-vida-y-muerte.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. CIDH.
- Consejo Territorial de Cabildos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. (2006). Visión ancestral indígena para el ordenamiento territorial de la Sierra Nevada de Santa Marta. Consejo Territorial de Cabildos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.
- Consejo Territorial de Cabildos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. (2018). Protocolo para la garantía y ejercicio del derecho a la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas arhuaco, kogi, wiwa y kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta en las medidas que afectan o puedan afectar el territorio ancestral en el marco de la consulta previa. Consejo Territorial de Cabildos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta
- De la Cadena, M. (2009). Política indígena: un análisis más allá de la política. WAN Journal, (4), 139.
- De la Cadena, M. (2015). Earth beings. Ecologies of practice across Andean worlds. Duke University Press.
- De Sousa Santos, B. (2002). Toward a new legal common sense. Law, globalization, and emancipation. Butterworths.
- De Sousa Santos, B. (2010). Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- De Sousa Santos, B. (2014). Derechos humanos, democracia y desarrollo. Dejusticia.
- De Sousa Santos, B. (2016). Epistemologies of the South. Justice against epistemicide. Routledge.
- Descola, P. (2013). Beyond nature and culture. University of Chicago Press.
- Doherty, C. et al. (2019). Free prior informed consent protocols as instruments of autonomy. Institut für Ökologie und Aktions-Ethnologie
- Dorsett, S. & McVeigh, S. (2012). Jurisdiction. Routledge.

- Eichler, J. (2016). Indigenous peoples' land rights in the Bolivian lowlands: Ways to mitigate inequalities in resource-related issues. *International Human Rights Law Review*, 5(1), 119-145.
- Eichler, J. (23 de agosto de 2019). Indígenas responsabilizan de «genocidio ambiental» a Evo y Bolsonaro. *Diario El Deber*.
- Engle, K. (2018). El desarrollo indígena, una promesa esquivada. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Escobar, A. (2015). Territorios de diferencia: la ontología política de «los derechos al territorio». *Cuadernos de Antropología Social*, (41), 25-38.
- Fitzpatrick, P. (1983). Law, plurality, and underdevelopment. En D. Sugarman (Ed.), *Legality, ideology and the State* (pp. 159-183). Academic Press.
- Fondo Indígena. (s. f.). Sistema de monitoreo de la protección de los derechos a la promoción del buen vivir de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe. https://www.fondoindigena.org/apc-aa-files/documentos/monitoreo/Definiciones/Definicion%20Campos/5_Desarrollo%20Indigena_def.pdf
- Goodale, M. & Engle Merry, S. (Eds.). (2007). *The practice of Human Rights. Tracking law between the global and the local*. Cambridge University Press.
- Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. (2019). *Protocolos autonómicos de consulta previa. Nuevos caminos para la libre determinación de los pueblos indígenas en América Latina*. https://www.iwgia.org/images/documentos/Protocolos_autonomicos_de_Consulta_Previa.pdf.
- Hale, C. R. (2006). Neoliberal multiculturalism: The remaking of cultural rights and racial dominance in Central America. *Political and Legal Anthropology Review*, 28(1), 10.
- Institut für Ökologie und Aktions-Ethnologie. (2019). Los protocolos de consentimiento libre, previo e informado como instrumentos de autonomía. Sentando las bases para interacciones basadas en los derechos. Institut für Ökologie und Aktions-Ethnologie.
- Lemaitre Ripoll, J. (2009). El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimiento sociales. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- López Jamioy, J. C. (s. f.). Intervención de Julio César López Jamioy, presidente de la OPIAC. <https://opiac.org.co/cumbre-de-pensamiento-indigena-por-la-defensa-del-derecho-fundamental-a-la-consulta-previa-libre-e-informada/>
- Martel, A., Dufort, P. & Campbell, B. (2016). Nouvelles formes d'appropriation des ressources et des territoires : analyse des frontières mouvantes entre espaces, pouvoirs, droits et acteurs. *Canadian Journal of Development Studies*, 37(4), 409-421.
- McVeigh, S. (Ed.). (2007). *Jurisprudence of jurisdiction*. Routledge-Cavendish.
- McVeigh, S. (2014). Law as (more or less) itself: On some not very reflective elements of law. *UC Irvine Law Review*, (4), 477.
- Melo Cevallos, M. (2016). Sarayaku ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Justicia para el pueblo del Medio Día y su selva viviente. *Dejusticia*.
- Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas. (2020). Declaración mandato del Movimiento Indígena de Colombia reunido en la Cumbre de Pensamiento Indígena. Chinauta, 23 al 25 de noviembre de 2020, en territorio ancestral del pueblo indígena muisca. <http://opiac.org.co/wp-content/uploads/2020/11/Declaracion-Mandato-Cumbre-de-Pensamiento-Indigena-Chinauta-25-11-2020.pdf>
- Mesa Permanente de Concertación Nacional, MPC. (2017). La consulta y el consentimiento previo, libre e informado [video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=OhHz-0vrDY6c>
- Ministerio del Interior de Colombia. (2013). Congreso Nacional de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras de áreas urbanas y rurales. https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/protocolo_quibdo.pdf
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (2013). Voces y Palabras Mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9171.pdf?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9171>
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2015). Voces y palabras mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Orduz, N., Ochoa, A. M. & Fierro, F. (2011). *Tejiendo derechos: la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado*, ONIC.

- Organización Nacional Indígena de Colombia. (s. f.). Formación para la gente indígena. <https://www.onic.org.co/efin/1193-formacion-para-la-gente-indigena> ONIC.
- Painter, G. (2015). *Partial histories: Constituting a conflict between women's equality Rights and indigenous sovereignty in Canada* [tesis de doctorado]. University de California, Berkley.
- Rodríguez Garavito, C. (2012). *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Dejusticia.
- Rodríguez Garavito, C. (2015). *Reconocimiento con redistribución: el derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*. Dejusticia.
- Rodríguez Garavito, C. & Baquero Díaz, C. A. (2015). *Reconocimiento con redistribución: el derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*. Dejusticia.
- Rush, P. (1997). *An altered jurisdiction: Corporeal traces of law*. *Griffith Law Review*, (6), 149-150.
- Schilling-Vacaflor, A. (2014). *Rethinking the link between consultation and conflict: Lessons from Bolivia's gas sector*. *Canadian Journal of Development Studies*, 35(4), 503-521.
- Schillmoller, A. & Pelizzon, A. (2013). *Mapping the terrain of earth jurisprudence: Landscape, thresholds and horizons*. *Environmental and Earth Law Journal*, (3), 1-32.
- Serje, M. (2008). *La invención de la Sierra Nevada de Santa Marta*. *Antípoda*, (7), 197.
- Tamanaha, B. Z. (2000). *A non-essentialist version of legal pluralism*. *Journal of Law and Society*, (27), 296.
- Tamanaha, B. Z. (2008). *Understanding legal pluralism: Past to present, local to global*. *Sydney Law Review*, (30), 390.
- Viana Garcés, A. (2016). *El derecho a la consulta previa. Echando un pulso a la nación homogénea*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Viteri, F. (2004). *La lucha de Sarayaku*. En M. Melo (Ed.), *Pueblos en lucha: Raposa Sierra del Sol-Camisea-Awas Tingni-Sarayaku*. Memoria del foro: casos emblemáticos de defensa de derechos indígenas. IV Congreso latinoamericano de la Red de Antropología Jurídica. FLACSO.
- Viveiros De Castro, E. (2014). *Cannibal metaphysics*. University of Minnesota Press.
- Wright, G. (2013). *Climate regulation as if the Planet mattered: The Earth jurisprudence approach to climate change*. *Environmental and Earth Law Journal*, (3), 33-57.
- Zarembek, G. & Torres Wong, M. (2018). *Participation on the edge: Prior consultation and extractivism in Latin America*. *Journal of Politics in Latin America*, 10(3), 29.

El modelo de desarrollo extractivista viene generando un impacto en los territorios indígenas y afrodescendientes que, analizado de manera interrelacionada, va más allá de las violaciones a la integridad física de las comunidades y del despojo de sus tierras. Este modelo, que privilegia la extracción de recursos naturales para transformarlos en mercancías, se materializa, también, en violaciones a los derechos humanos de los pueblos y en restricciones a su autodeterminación política, jurídica y ontológica. En ese sentido, la importancia de consultar previamente a los pueblos interesados acerca de cualquier medida que pudiera afectarlos, siguiendo los procedimientos requeridos por sus instituciones representativas es, en efecto, un derecho fundamental reconocido por el derecho internacional y por el derecho de los derechos humanos.

En los debates contemporáneos sobre la apropiación y la explotación de los recursos naturales en territorios étnicos, se han discutido, entre otros puntos, el impacto socioambiental y el cambio en las dinámicas sociales de las comunidades afectadas por los proyectos extractivos; los efectos de la movilización social para frenar dichos proyectos y las desigualdades entre los actores en disputa; la relación intrínseca entre los procesos de consulta y los conflictos sociales; y la forma en que estos conflictos dependen de las prácticas de exclusión de los pueblos étnicos en el contexto de las negociaciones entre el Estado, las empresas y las comunidades. Sin embargo, poco se ha dicho acerca de las repercusiones culturales más amplias y a largo plazo en los pueblos étnicos, sus identidades, sus cosmologías y su entorno social.

En este sentido, esta cartilla, además de identificar los estándares de los derechos de consulta y consentimiento libre, previo e informado, explora hasta qué punto el incumplimiento de estos derechos se traduce en nuevas violaciones de derechos humanos de indígenas y de afrodescendientes relativas a (i) sus dimensiones territoriales y organizativas; (ii) su integridad física y cultural; y (iii) el respeto de las decisiones de sus comunidades y de su punto de vista frente a las dimensiones materiales y formales del derecho internacional.

Así, la cartilla analiza la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado en perspectiva intercultural. Por un lado, presenta ejemplos de consulta propia en pueblos indígenas y afrodescendientes mientras, por el otro, señala la importancia de promover la coordinación interjurisdiccional entre las autoridades ancestrales y la del Estado. Finalmente, presenta diez recomendaciones de buenas prácticas de aplicación de estos derechos al cruzar el derecho propio de los pueblos indígenas y afrodescendientes con los estándares de derecho internacional.