

LA CONSULTA PREVIA COMO CONTRAPESO A LAS AFECTACIONES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES DE LAS MEDIDAS LEGISLATIVAS Y ADMINISTRATIVAS

Germán Vallejo Almeida*

Como se evidenció en el capítulo anterior, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es un instrumento fundamental para la interpretación, aplicación y protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Uno de sus objetivos principales es superar las prácticas discriminatorias y las afectaciones a sus territorios que han impactado a estos pueblos durante siglos y, de esta manera, hacer posible su participación en las decisiones que atañen a sus derechos culturales, sociales, políticos y económicos.

En armonía con dicha participación, la consulta previa emerge como la piedra angular del Convenio para fundamentar la aplicación más amplia posible de los derechos que en él se contemplan. El Artículo 6.1 introduce la consulta previa como una obligación de los gobiernos a: “a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.¹⁷¹

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Cooperación y Estudios Internacionales de la Universidad de Barcelona, doctor en Derecho del programa conjunto las Universidades Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario. Es profesor de la Universidad Católica. Correspondencia: germanvallejo@hotmail.com o gvallejo@ucatolica.edu.co

¹⁷¹ Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* (Ginebra, 27 de junio de 1989), art. 6.1.

El mencionado instrumento dejó un vacío significativo en cuanto a lo que podría entenderse como “afectación directa”, razón por la cual ha sido objeto de estudio constante y ha provocado debates doctrinarios y jurisprudenciales para su definición, puesto que lo señalado en el Artículo 6 no cierra de manera alguna un concepto concreto. Apoyado en el principio de flexibilidad, que en su Artículo 34 exige a cada Estado que ratifique el Convenio, se solicita elaborar con su propio criterio los lineamientos que permitan determinar cuándo se está ante una afectación directa a consecuencia de medidas legislativas y administrativas.

Si bien se da un primer paso al establecer este compromiso, la implementación del mecanismo se mantiene desafiante, porque supone enfrentar la multiplicidad de interpretaciones que resultan del concepto. Abrir esa puerta lleva inevitablemente a obtener una definición creada por los pueblos indígenas y tribales y, dentro de este grupo, una gran variedad según las características de cada uno, así como también una definición construida desde la perspectiva del Gobierno con sus correspondientes matices y puntos de interés.

Con base en estas apreciaciones, el presente análisis tiene como objetivo presentar los principales pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia sobre las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar de manera directa a los pueblos indígenas y tribales. Para ello, el documento se divide en cuatro secciones: primero se revisarán las posturas generales que ha desarrollado la Corte sobre el alcance y los criterios de la consulta previa; segundo, se examinará el concepto que ha propuesto la Corte Constitucional sobre lo que constituyen las afectaciones directas en Colombia; tercero, se analizará la línea jurisprudencial proferida por el Alto Tribunal sobre los elementos para identificar afectaciones directas causadas por medidas legislativas y cuarto, se observará la jurisprudencia de la Corte sobre las afectaciones directas por medidas administrativas a la luz de las etnorreparaciones.

Fundamentos constitucionales de la consulta previa y la participación

La Constitución Política no menciona expresamente el derecho a la consulta previa; no obstante, su fundamento se encuentra en el reconocimiento —concurrente y complementario— de otros derechos y principios fundamentales de la Carta Magna. En primer lugar, la esencia democrática y pluralista del Estado,

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

que acepta la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana;¹⁷² el respeto por los principios de autodeterminación y el reconocimiento de los principios del derecho internacional asumidos por Colombia;¹⁷³ la participación de los grupos indígenas y tribales en los asuntos públicos que les conciernen¹⁷⁴ y la protección de la propiedad colectiva de los territorios ancestrales.¹⁷⁵

El deber de la consulta tiene una vinculación intrínseca con lo expresado en el Artículo 330 de la Constitución Política. Amparados por el régimen especial, se reconoce que “los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades”.¹⁷⁶ En un principio, lo estipulado en esta disposición reducía la participación de los pueblos indígenas a la explotación de recursos naturales en sus territorios, pero excluía su intervención en cuanto a medidas legislativas y administrativas distintas a ella en los territorios indígenas (explotación minera, proyectos de infraestructura, etc.).

Más adelante, el Alto Tribunal precisó que la participación de estos pueblos debía extenderse a todos los demás derechos reconocidos en la Constitución que pudieran verse afectados, en coherencia con las disposiciones del Convenio 169. En la Sentencia de Unificación 039 de 1997,¹⁷⁷ la Corte precisó el carácter de derecho fundamental de la consulta previa, al concretar en esta herramienta disposiciones constitucionales como el derecho de participación, el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y otras obligaciones contraídas por el Estado en el marco del derecho internacional.¹⁷⁸ En palabras de la Corte, al interpretar el Artículo 6:

172 República de Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: Legis, 1991), arts. 1, 7, 8, 9 y 70.

173 República de Colombia, *Constitución Política*, art. 9.

174 República de Colombia, *Constitución Política*, arts. 40, 171, 176, 329 y 330.

175 República de Colombia, *Constitución Política*, art. 63.

176 República de Colombia, *Constitución Política*, art. 330.

177 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997*, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

178 “[...] el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-063 de 4 de febrero de 2010*, M. P. Humberto Sierra Porto.

Como se ha puesto de presente por la Corte, dentro del Convenio 169 tiene especial connotación y desarrollo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la participación en la adopción y la aplicación de las decisiones que los afectan, aspecto que está previsto en distintas disposiciones del convenio y que, de manera general, se desarrolla en los artículos 6 y 7 del mismo, que enfatizan en la necesidad de que, para la aplicación de las disposiciones del Convenio, se asegure la participación de las comunidades, se establezcan mecanismos adecuados de consulta [...].

De este modo, es posible apreciar que del Convenio 169 de la OIT surgen dos grandes conjuntos de compromisos para los Estados signatarios: el primero, referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que, como se ha dicho, de una manera amplia, se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere a su relación con las tierras o territorios; a las condiciones de trabajo; a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales; a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras, y el segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.¹⁷⁹

Sobre este aspecto, en los fallos que contienen las Sentencias T-129¹⁸⁰ de 2011 y T-376 de 2012,¹⁸¹ la Corte reiteró su llamado a interpretar el Artículo 6 de dicho Instrumento en conveniente correspondencia con el catálogo de derechos considerados en ese Tratado, en particular aquellos que se dirigen a asegurar la participación plena en las decisiones referentes a programas y proyectos que afecten sus derechos y modos de vida.¹⁸²

179 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

180 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-129 de 3 de marzo de 2011*, M. P. Jorge Iván Palacio.

181 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*, M. P. María Victoria Calle.

182 Otras disposiciones relevantes en la materia son: "Artículo 4: 1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados; 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales; [...]. Artículo 5. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

La Corte Constitucional ha contribuido a definir un conjunto de estándares de aplicación de la consulta previa, que “pueden ser concebidos como guías para los órganos competentes de adelantarla, los pueblos indígenas y tribales involucrados y los particulares que se vean inmersos en el proceso consultivo”.¹⁸³ En coherencia con este mandato, la Corte ha sostenido en diversos fallos el deber del Estado de diseñar e implementar mecanismos institucionales que permitan a las comunidades tener una libre participación en el espacio de toma de decisiones en relación con programas o proyectos susceptibles de afectarlos directamente.

En cuanto a las posibles afectaciones resultantes de la adopción de medidas legislativas y administrativas, se pueden considerar dos tipos: en primer lugar, los concernientes a programas y proyectos que en alguna de sus materias los involucren —situación en la cual debe asegurarse el cumplimiento de su derecho a la participación—; en segundo lugar, las medidas administrativas y legislativas causantes de afectación directa, por la cual debe hacerse la consulta previa. A modo de ejemplo, en los fallos T-769 de 2009, Concesión minera Mandé Norte. Pueblo indígena emberá de Urabá, Jiguamiandó¹⁸⁴ y T-129 de 2011, Proyecto construcción de carretera, interconexión eléctrica binacional y concesión de minas. Chidima y Pescadito,¹⁸⁵ la Corte analizó “proyectos de impacto” como planes de desarrollo o actividades de explotación de gran escala en los territorios de los pueblos indígenas y tribales y consideró que el deber del Estado superaba la

valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo; [...]. Artículo 7. 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente; [...]. Artículo 8. 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”. OIT, *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*.

183 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*.

184 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-769 de 29 de octubre de 2009*, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

185 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-129 de 3 de marzo de 2011*.

mera realización de la consulta y, en cambio, debía obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Lo anterior se debe a que cuando se ejecuta este tipo de planes en su hábitat, estas comunidades “pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional”.¹⁸⁶

Tal consideración toma como referencia el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso del pueblo saramaka frente a Surinam,¹⁸⁷ en la cual señaló que al tratarse de planes de desarrollo o de grandes inversiones que tengan un impacto considerable dentro del territorio, el Estado tenía la obligación tanto de consultar como de obtener el consentimiento libre, previo e informado según las costumbres y tradiciones de los pueblos interesados.¹⁸⁸

Este miramiento ha sido correspondido por la Corte Constitucional en numerosos fallos,¹⁸⁹ porque dentro de la lógica del principio de proporcionalidad,¹⁹⁰

186 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-769 de 29 de octubre de 2009*.

187 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

188 En suma, como lo expresó el relator James Anaya, el consentimiento libre, previo e informado se presenta en el derecho internacional como una salvaguarda para el conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas que pueden ser afectados por las decisiones administrativas o legislativas de los Estados. James Anaya, “El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del derecho internacional” (ponencia presentada en el evento El rol de los ombudsmen en América Latina: el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas (Lima, 25 de abril, 2013), 2. En la jurisprudencia nacional, sobre el derecho al consentimiento previo, libre e informado, pueden consultarse: Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*; *C-175 de 18 de marzo 2009*, M. P. Luis Ernesto Vargas; *C-063 de 4 de febrero de 2010*; *C-366 de 11 de mayo de 2011*, M. P. Luis Ernesto Vargas; *C-196 de 14 de marzo de 2012*, M. P. María Victoria Calle; *C-317 de 3 de mayo de 2012*, M. P. María Victoria Calle; *C-194 de 10 de abril de 2013*, M. P. Luis Ernesto Vargas.

189 Al respecto se puede consultar: Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*; *C-068 de 13 de febrero de 2013*, M. P. Luis Guerrero Pérez; *T-969 de 15 de diciembre de 2014*, M. P. Gloria Stella Ortiz; *C-371 de 11 de junio de 2014*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt; *T-256 de 5 de mayo de 2015*, M. P. Martha Victoria SÁCHICA; *T-764 de 16 de diciembre de 2015*, M. P. Gabriel Mendoza; *T-197 de 26 de abril de 2016*, M. P. Jorge Iván Palacio.

190 Sobre el principio de proporcionalidad de los pueblos indígenas y tribales en relación con su participación en la consulta previa, pueden consultarse: Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003*, M. P. Álvaro Tafur Galvis; *C-175 de 18 de marzo de 2009*; *T-376 de 18 de mayo de 2012*; *T-236 de 21 de abril de 2017*, M. P. Aquiles Arrieta, entre otras. De las mencionadas, se comparte la interpretación de la Sentencia T-376 de 2012, al considerar que expone de manera precisa lo referido al mencionado principio: “desde la perspectiva del principio de proporcionalidad ‘la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho: (i) la simple participación asociada a la intervención de las comunidades en los organismos decisorios de carácter nacional, así como la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

en casos en los que los derechos de los pueblos indígenas y tribales se vean intensamente afectados, emergía el consentimiento previo, libre e informado como un estándar excepcional que reforzaba la protección a estos pueblos. Con esa lógica, el Alto Tribunal definió ciertas orientaciones a los jueces constitucionales en el momento de determinar las consideraciones sobre lo que debía interpretarse como afectación directa,¹⁹¹ de manera que los pueblos implicados contribuyeran a fijar los términos de la afectación, en línea con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En síntesis, el derecho a la participación que se concreta en la consulta previa ha tenido una evolución notable en los últimos años. Pasó de ser reconocida como un derecho fundamental y su consecuente protección en el ámbito de la acción de tutela a tener criterios cada vez más exigentes en su aplicación y, por último, a incorporar el consentimiento libre e informado de las comunidades diferenciadas como requisito vinculante en los casos de mayor impacto sobre el territorio y sus habitantes y como fin que debe perseguirse en todas las demás circunstancias. En ese orden, se examinarán los criterios que ha desarrollado la Corte Constitucional con el fin de analizar su relación con las medidas legislativas y administrativas.

Sobre lo que constituye afectación directa

Como lo expone la Organización Internacional del Trabajo, el fin esencial del Tratado no se limita a asegurar la efectiva participación de los pueblos indígenas y tribales en todos los escenarios de la toma de decisiones —políticos, legislativos y administrativos— en los procesos que puedan afectarles directamente, pues también se sustenta en un carácter democrático y plural por el que estos pueblos tienen el derecho de proponer y decidir cuáles son sus preferencias frente a los programas de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio modelo económico, social y cultural.¹⁹²

.....
cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esta medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial". Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*.

191 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-236 de 21 de abril de 2017*.

192 Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT* (Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2009), 60.

Los derechos de los pueblos indígenas son iguales a los del resto de los ciudadanos; no obstante, se interpretan con alcance diferente, dadas sus condiciones culturales específicas y de histórica vulnerabilidad. Por tal motivo, el Convenio concede medidas especiales para salvaguardar el principio de igualdad entre estas comunidades y los otros sectores de una sociedad, por medio de la realización de consultas específicas y de asegurar su participación siempre que se consideren medidas que los afecten directamente.

Para James Anaya, la importancia de la consulta previa cuando se trata de afectaciones directas radica en su predominante papel de evitar la conflictividad social, fomentar el diálogo entre los pueblos y el Gobierno y atender los principios que sustentan esta herramienta para construir consensos en vías de promover la gobernanza y la paz social.¹⁹³

En Colombia, la Corte Constitucional ha sido el órgano principal encargado de establecer los criterios sobre el grado de afectación que puedan tener estos pueblos como consecuencia de medidas legislativas y administrativas. La definición de estos criterios ha sido reciente, en contraste con la incorporación del Convenio 169 al bloque de constitucionalidad. Como antecedentes significativos se resalta la Sentencia C-030 de 2008.¹⁹⁴ En esta providencia precisó que consultar toda ley con los pueblos indígenas y tribales desbordaría el contenido del Convenio 169, dado que, al ser ciudadanos colombianos, la expedición de normas tendría repercusiones inevitables sobre ellos. Así pues, debían someterse a consulta aquellas medidas que fueran susceptibles de afectar sus derechos sociales, económicos, a la información y la buena fe —contemplados en el Convenio 169— y al territorio y a la autonomía —inscritos en el Artículo 330 de la Constitución—. Esta diferenciación ha sido formulada en los siguientes términos:

Así puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población.

193 Anaya, "El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del derecho internacional", 5.

194 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

De este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio. En cambio, cuando lo que se busca adoptar dentro del marco general de la política petrolera del Estado no afecta de manera directa a las comunidades indígenas o tribales, solo debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación del recurso en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica.¹⁹⁵

Desde esta perspectiva, el Alto Tribunal ha establecido que la consulta previa debe aplicarse a toda medida que tenga incidencia directa en sus dinámicas sociales, económicas y culturales. En la Sentencia en mención también se indicó que este tipo de afectaciones debe ser considerado aun si se contemplan aspectos que tengan un impacto positivo en el estatus de la persona o la comunidad: “[...] procede la consulta, cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa de los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”.¹⁹⁶

Más adelante, la Corte Constitucional sintetizó los criterios sobre lo que constituyen las afectaciones directas, sobre todo en las situaciones capaces de impactar significativamente la identidad étnica y cultural de los pueblos diversos.¹⁹⁷ Las siguientes situaciones han sido consideradas por esta Corporación como formas de afectación directa:

— Cuando la norma en cuestión se refiere a los pueblos indígenas y tribales y tiene mayores efectos en estas comunidades que en el resto de la población, aun si esta no está contemplada en el Convenio 169. También cuando la medida administrativa o legislativa “altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios”.¹⁹⁸

195 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

196 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

197 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-882 de 23 de noviembre de 2011*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

198 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

— Cuando las medidas tratan de aplicar las disposiciones o materias del Convenio 169 y tienen “incidencia particular y directa en los intereses de estas comunidades”, como su relación “con las tierras o territorios; las condiciones de trabajo; aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales; la salud y seguridad social, entre otras”.¹⁹⁹

— Cuando las medidas a implementar estén relacionadas con aspectos que guardan relación con elementos esenciales de la identidad étnica y cultural de los pueblos en cuestión y de la cual no es posible excluirlas, “porque el marco general impuesto termina afectándolas”. Por ejemplo, cuando se traten sobre explotación y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas, como en casos relacionados con minería, recursos forestales y desarrollo rural, entre otros.²⁰⁰

Recientemente, mediante Sentencia T-236 de 2017,²⁰¹ el magistrado Aquiles Arrieta ha propuesto una interpretación jurisprudencial del derecho a la consulta previa cuando resulten afectaciones directas que contemplen ambas medidas y debe hacerse desde los siguientes supuestos:

- (i) la verificación de la afectación directa como presupuesto para conceder el derecho a la consulta previa, (ii) la consulta previa como requisito indispensable en el marco de procesos de licenciamiento ambiental y, (iii) la aplicación de un juicio de ponderación para el amparo del derecho a la consulta previa.²⁰²

Tras revisar los fallos constitucionales sobre lo que puede entenderse por afectaciones directas, es pertinente entrar en materia sobre lo que ha fijado la Corte en cuanto a las afectaciones causadas por medidas legislativas. Debe considerarse el desarrollo gradual de la Corte Constitucional por medio de la jurisprudencia hacia estándares más garantistas, consistentes en demandar el carácter pluricultural y multicultural de la Nación.

199 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008; C-175 de 18 de marzo de 2009.*

200 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008; C-175 de 18 de marzo de 2009; C-366 de 11 de mayo de 2011.*

201 En este mismo fallo, se sintetiza la identificación de afectaciones directas realizados por la Corte en las siguientes materias: “[...] medidas legislativas —C-030 de 2008; C-175 de 2009; C-702 de 2010; C-331 de 2012—; presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto general de la Nación —; decisiones sobre prestación del servicio de educación que afecten directamente a las comunidades ; T-907 de 2011; T-049 de 2013—; decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo —SU-039 de 1997; T-652 de 1998; T-547 de 2010; T-745 de 2010; T-129 de 2011; T-993 de 2012; T-172 de 2013—”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-236 de 21 de abril de 2017.*

202 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-236 de 21 de abril de 2017.*

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

Afectación directa a los pueblos indígenas y tribales por medidas legislativas

La Corte Constitucional ha explicitado que las medidas legislativas sobre las cuales debe hacerse el proceso consultivo comprenden temas que afectan directamente a estos pueblos en sus formas de vida, consideradas tanto en la Constitución Política como en el Convenio 169 de la OIT. Con el ánimo de precisar el concepto que agrupan las medidas legislativas, el Alto Tribunal ha dispuesto que por ley habrá de entenderse cualquier norma jurídica —general y abstracta— no administrativa que pueda impactar a los pueblos en cuestión. Así las cosas, la Corte Constitucional precisó:

Desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y como ha sido suficientemente explicado por la jurisprudencia de esta Corporación, la finalidad que animó la expedición del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT fue la de asegurar la preservación de la cultura de las comunidades étnicas, a través de un mecanismo de participación que se concibe como un derecho de las mismas. Así las cosas, debe concluirse que la expresión “medidas legislativas” utilizada por el mencionado artículo 6° del Convenio, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije bajo la obligación de consulta de todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. De otra manera, la obligación de consulta se vería recortada y la protección internacional disminuida con grave afectación del derecho de los pueblos indígenas y tribales a mantener su identidad cultural. Además, establecido que el derecho de consulta es protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la interpretación *pro homine* es la que debe hacerse prevalecer; es decir, aquella exégesis de la expresión “medidas legislativas” que debe ser escogida es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho, pues de conformidad con los dictados de este principio de interpretación a favor del ser humano, recogido en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los tratados internacionales de derechos humanos no pueden ser invocados para garantizar en menor medida los derechos en ellos reconocidos. Así las cosas, forzoso es concluir que la noción de “medidas legislativas” a que alude el artículo 6° del Convenio 169 es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de

carácter no administrativo, entre las cuales se incluye el concepto de Acto Legislativo a que se refiere la Constitución Política de Colombia.²⁰³

Atinente con las precisiones referidas por la Corte sobre medidas legislativas, esta Corporación ha desarrollado una línea jurisprudencial sólida, dentro de la cual pueden identificarse como hito las Sentencias C-030 de 2008 —omisión de consulta previa en proceso de formación de la ley forestal—,²⁰⁴ C-175 de 2009 —demanda de inconstitucionalidad por omisión de la consulta previa para la elaboración del Estatuto de desarrollo rural—²⁰⁵ y C-366 de 2011 —inexequibilidad de la reforma al Código de Minas por omisión de la consulta previa—.²⁰⁶ El estudio que hace la Corte en estas Sentencias permea la normatividad indicada de obligatoriedad por el respeto a los derechos de los pueblos y demuestra que los compromisos adquiridos no se quedan en el papel, sino que ejercen coerción sobre todo el ordenamiento.

En estos casos, que constituían medidas de impacto general y directo para el grueso de los ciudadanos colombianos, la Corte determinó que estas eran inexequibles, porque sus procesos no estuvieron precedidos por algún trámite de consulta con autoridades representativas de los pueblos indígenas y tribales afectados.

En 2008, la Corte elaboró una diferenciación sustancial sobre el concepto de afectación directa y su connotación frente al de los pueblos indígenas y tribales. El Alto Tribunal precisó que el principio de consulta debía adelantarse cuando “la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”.²⁰⁷ Tal consideración guarda un estrecho vínculo con el principio de especificidad, que es requerido para que una medida ponga en marcha el deber de consulta si la materia de la medida legislativa es susceptible de afectar el catálogo de derechos definidos en el Convenio 169 o cuando la medida sea diseñada de manera general, pero tenga una repercusión directa sobre los pueblos indígenas.

203 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-702 de 6 de septiembre de 2010*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

204 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

205 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-175 de 18 de marzo 2009*.

206 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-366 de 11 de mayo de 2011*.

207 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

Para mostrar el alcance que ha tenido el pronunciamiento judicial en el espacio gubernativo, podría mencionarse la declaración de exequibilidad condicionada de la Ley 1151 de 2007 —Plan nacional de desarrollo—, por no hacer el proceso de consulta previa sobre ciertos programas y proyectos con capacidad de afectar a los pueblos indígenas y tribales. Sobre este caso, en línea con los criterios considerados en la Sentencia C-030 de 2008, el Alto Tribunal precisó que se incurrió en un vicio de la jurisprudencia constitucional al incluir programas y proyectos en el Plan nacional de desarrollo que afectan directamente a los pueblos indígenas implicados sin consultarles previamente.²⁰⁸

Con base en esto, la Corte estableció la responsabilidad del Gobierno frente a identificar los programas o proyectos causantes de consulta y precisó una serie de actuaciones para asegurar el cumplimiento de este principio, como se presenta a continuación:

En primer lugar, cada pueblo indígena o tribal habrá de identificar los proyectos o programas que pudieron afectarlos de forma directa y específica y que haya carecido del trámite de consulta antes de su inclusión en la Ley 1151 de 2007; segundo, los pueblos afectados podrán solicitar ante las autoridades competentes el desarrollo de la consulta si esta no se hizo o fue improcedente, conforme a los criterios que definió la Sentencia C-461 de 2008;²⁰⁹ tercero, la ejecución del proyecto correspondiente quedará suspendida hasta que las autoridades competentes adelanten la consulta previa; por último, se presenta la acción de tutela como

.....
208 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-461 de 14 de mayo de 2008*, M. P. Manuel José Cepeda.

209 Este fallo enuncia requisitos de efectividad que son de obligatorio cumplimiento, toda vez que se haga consulta previa ante las circunstancias ya descritas. Estos criterios se resumen a continuación: "1. La naturaleza constitucional y de derecho fundamental de los procesos de consulta previa ha de ser el criterio orientador para su aplicación y desarrollo; Inadmisibilidad de posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa; 3. Inadmisibilidad de procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa; no asimilación de la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas, o actuaciones afines; 4. Necesidad de establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe; Necesidad de valorar la importancia fundamental del territorio y de sus recursos para los grupos étnicos, y de apreciar sus circunstancias específicas; 5. Definición del procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa en particular mediante un proceso pre-consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada; 6. Necesidad de realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego, y de someter los derechos e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente legítimas; 7. Preservación de la competencia para adoptar una decisión, no arbitraria y constitucionalmente regulada, en cabeza de las autoridades públicas si no es posible llegar a un acuerdo". Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-461 de 14 de mayo de 2008*.

medida para salvaguardar la consulta previa en caso de recibir una respuesta negativa por parte del Gobierno.

Este fallo sentó un precedente para la elaboración del posterior Plan nacional de desarrollo 2010-2014, en el que el Gobierno incorporó los requisitos de efectividad citados para llevar a cabo la consulta previa y refirió los compromisos adquiridos en el Convenio 169 de la OIT y los otros cuerpos normativos. Además, el Gobierno acordó con cada grupo étnico de la Nación —pueblos indígenas, comunidades negras y pueblo rom— una ruta específica para llevar a cabo el proceso de consulta previa sobre los programas y proyectos con capacidad de afectarlos de manera directa.

En concordancia con lo anterior, como se dictaminó en la Sentencia C-175 de 2009, para hacer la consulta es necesario identificar si la materia de la medida legislativa guarda relación alguna con el aserto del *ethos* de cada pueblo. Lo anterior significa que es deber del Estado precisar si los proyectos de legislación contienen aspectos que causan efectos directos en la definición de la identidad de estos pueblos. Luego debe constituirse un proceso de diálogo entre los interesados, dado que la afectación identificada está incluida en el ordenamiento constitucional de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación.

En esta misma Sentencia, la Corte resumió una serie de medidas para detectar las situaciones y los escenarios en los que puede haber afectaciones directas, específicas y particulares sobre los pueblos indígenas y tribales como consecuencia de la adopción de mecanismos legislativos:

— Aquellas que afectan de manera general a todos los ciudadanos de la Nación “no están *prima facie* sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses”.²¹⁰

— Acerca de las medidas legislativas y la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales:

[...] cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado

210 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-175 de 18 de marzo de 2009*.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales•

no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.²¹¹

— Respecto a las medidas legislativas y al Convenio 169, “Como se señaló en la Sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT”.²¹²

— En cuanto a las características específicas de la comunidad:

La determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas [...].

El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo. De esta manera, se preservan las especificidades culturales de dichos pueblos, las cuales se verían afectadas con la imposición de determinada modalidad de trámite consultivo.²¹³

Por último, la Sentencia C-317 de 2012 reunió los métodos hermenéuticos referidos por la Corte para identificar la afectación directa en los pueblos indígenas y tribales como resultado de las medidas legislativas y ha precisado en diversas sentencias la importancia de estudiar cada medida legislativa en particular, con una metodología de análisis casuístico, para establecer su “alcance e impacto” y decidir si la consulta previa se debe llevar a cabo o no. Así lo define la citada norma:

Para interpretar el contenido y alcance de las medidas legislativas en casos concretos, la Corte ha aplicado varios métodos hermenéuticos —aunque no necesariamente todos al tiempo en un mismo caso—: la interpretación textual del cuerpo normativo como un todo; la interpretación sistemática, teniendo en cuenta otras normas dentro

.....
211 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-175 de 18 de marzo de 2009*.

212 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-175 de 18 de marzo de 2009*.

213 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-175 de 18 de marzo de 2009*.

del mismo sistema normativo; la interpretación histórica y la interpretación contextual (incluyendo la historia de la medida, las controversias suscitadas alrededor de la norma, protestas y pronunciamientos sobre su contenido, modificaciones que sufrió en su trámite, etc.); y la interpretación teleológica.²¹⁴

En la Tabla 1 se exponen los fallos que ha emitido la Corte en materia de afectaciones directas a los pueblos indígenas y tribales como consecuencia de medidas legislativas.

Tabla 1. Afectaciones directas en pueblos indígenas y tribales por medidas legislativas

Sentencia	Tipo de medida legislativa
Sentencia C-418 de 2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis.	Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 122 (parcial) de la Ley 685 de 2001 —Código de Minas—.
Sentencia C-891 de 2002. M. P. Jaime Araujo Rentería	Demanda de inconstitucionalidad de la Ley 685 de 2001 —Código de Minas—.
Sentencia C-620 de 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 773 de 2002, “Por la cual se dictan normas relativas a la administración, fabricación, transformación, explotación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas ubicadas en el municipio de Manaure, Guajira y salinas de Zipaquirá y se dictan otras disposiciones”.
Sentencia C-208 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil.	Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 1278 de 2002, “Por el cual se expide el Estatuto de profesionalización docente”.
Sentencia C-030 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006, “Por la cual se expide la Ley general forestal”.
Sentencia C-461 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1151 de 2007, “Por la cual se expide el Plan nacional de desarrollo 2006-2010”.
Sentencia C-175 de 2009. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, “Por la cual se dicta el Estatuto de desarrollo rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”.

214 Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-317 de 3 de mayo de 2012*.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

Sentencia	Tipo de medida legislativa
Sentencia C-702 de 2010. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.	Demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso 8 del Artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2009, “Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”.
Sentencia C-615 de 2009. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.	Revisión automática del “Acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las poblaciones indígenas wayuu de la República de Colombia y de la República de Venezuela”.
Sentencia C-680 de 2010. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.	Revisión de constitucionalidad del “Acuerdo de libre comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el canje de notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de libre comercio entre Canadá y la República de Colombia”.
Sentencia C-366 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas”.
Sentencia C-196 de 2012. M. P. María Victoria Calle.	Revisión de la Ley 1458 del 29 de junio de 2011, “Por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio internacional de maderas tropicales, 2006’, hecho en Ginebra el 27 de enero de 2006”.
Sentencia C-077 de 2017. M. P. Luis Ernesto Vargas.	Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2 (literales a, b, c, d, e), párrafos 3 y 4 del Artículo 3; los párrafos 1 y 2 del Artículo 7; los Artículos 8, 10, 13, 14, 15, 17 (parcial); el inciso 1 del Artículo 20; los incisos 2, 3 y 5 del Artículo 21 y el Artículo 29 de la Ley 1776 de 2016, “Por la cual se crean y se desarrollan las zonas de interés de desarrollo rural económico y social —Zidres—”.

Fuente: elaboración propia.

Afectación directa a los pueblos indígenas y tribales por medidas administrativas

Las medidas administrativas han ocupado un espacio importante en la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional en lo que a afectaciones directas se refiere. Por estas deben entenderse todos los actos administrativos y actuaciones (acción u omisión) de las instituciones públicas alusivas a proyectos, programas, planes o cualquier otra decisión que tome el gobierno nacional, departamental o local que afecte a los pueblos.

Para Rodríguez y Orduz, un conjunto considerable de las medidas administrativas susceptibles de causar afectaciones directas tiene que ver con los proyectos de desarrollo en territorios con presencia y permanencia de estos pueblos.²¹⁵ Dentro de esta gran categoría se inscribe lo relacionado con licencias, autorizaciones o permisos ambientales, en particular para explotación o utilización de recursos naturales ubicados en ellos. Otra categoría corresponde a aquella relacionada con el conflicto armado, entre las que caben las afectaciones por erradicación de cultivos ilícitos, el ingreso de las Fuerzas Armadas en los territorios de los pueblos indígenas y tribales y las reparaciones con enfoque étnico o etnorreparación.²¹⁶ Una más reciente se refiere a procesos de etnoeducación y otras prácticas asociadas con la recuperación de sus tradiciones orales, de su lengua y salud.

En general, las pautas que deben seguirse en la consulta por medidas administrativas tienen como fundamento las sentencias hito que se referenciaron en el acápite anterior, de manera que en este apartado solo se analizarán los aspectos particulares de las medidas administrativas relacionados en clave de reparación con enfoque étnico.

215 César Rodríguez Garavito y Natalia Orduz Salinas, *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas* (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia, 2012).

216 El término etnorreparaciones es tomado de César Rodríguez Garavito y Yukyan Lam, *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia* (Bogotá: Dejusticia, 2011). Hace referencia a las reparaciones que tienen como destinatarios a grupos étnicos y será utilizado en este artículo, por considerarse que refiere en buena medida el objeto de investigación.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

Sobre las medidas administrativas relacionadas con la erradicación de cultivos ilícitos

En la Sentencia SU-383 de 2003, la Sala Plena del Alto Tribunal analizó la procedencia de la demanda presentada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (Opiac) sobre la fumigación con productos químicos para la erradicación de cultivos ilícitos en amplias zonas de esta región. La Opiac demandó ante la Corte Constitucional la vulneración de una serie de derechos por la fumigación de cultivos ilícitos en sus territorios sin haber llevado a cabo el proceso de consulta previa.²¹⁷

La Corporación evaluó una tensión entre el interés del Estado en la defensa del territorio y el cumplimiento de compromisos adquiridos en el ámbito internacional para enfrentar el negocio ilícito del tráfico de estupefacientes y la protección de la autonomía y el derecho a la participación de los pueblos indígenas mediante la consulta previa. Con base en esos supuestos, señaló que esta situación constituía una afectación directa, razón por la cual debía efectuarse la consulta. Conminó al Gobierno a consultar a los pueblos afectados sobre el programa de erradicación de cultivos ilícitos que las instituciones intervinientes adelantan en sus territorios “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas”.²¹⁸

En este caso se refirió también a la consulta previa en relación con los valores culturales, económicos y sociales que se derivan del cultivo de la planta de coca en la región amazónica a su derecho a mantener estos cultivos “y el alcance con que sus autoridades pueden combatir las plantaciones de uso ilícito, dentro de un ámbito territorial determinado”.²¹⁹ El Alto Tribunal estudió este tipo de afectacio-

217 En el fallo citado, la Opiac presentó una acción de tutela contra varias entidades del Gobierno —Presidencia de la República, Ministerio del Interior y Justicia, Ministerio de Medio Ambiente, Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial, Consejo Nacional de Estupefacientes, Dirección Nacional de Estupefacientes y director de la Policía Nacional— para que le fueran protegidos de “manera transitoria” los siguientes derechos como consecuencia de las aspersiones aéreas de glifosato en sus territorios: “[...] derechos a la vida, existencia comunitaria, ambiente sano, libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso y derecho a la participación en las decisiones que los afectan”, porque eran vulnerados por los accionados al ordenar y autorizar la fumigación de cultivos ilícitos en sus territorios. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003*, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

218 Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2013), 12.

219 Colombia, Corte Constitucional, *Auto A-073 de 27 de marzo de 2014*, M. P. Luis Ernesto Vargas.

nes directas en el Auto citado y reiteró el valor y la importancia de la planta de coca en la cosmovisión y las tradiciones ancestrales de estos pueblos y, en virtud de este reconocimiento, identificó afectaciones directas porque no se les consultó sobre las decisiones derivadas de los programas de erradicación forzada en sus territorios.²²⁰

Esta Corporación advirtió sobre las afectaciones sufridas por la comunidad carijona del resguardo de Puerto Nare (Guaviare) como consecuencia de la fumigación con glifosato sobre plantaciones de hoja de coca. La Corte advirtió que las afectaciones directas no solo se concretaban en la carencia de un proceso adecuado de consulta previa para hacer estas aspersiones, sino que también encontró serias afectaciones relacionadas con su seguridad alimentaria, su salud, el ambiente, su cultura y tradición que, “sumadas, son causa de desplazamiento, como consecuencia de la realización de fumigaciones aéreas con glifosato”.²²¹

Al identificar estas afectaciones que se desprenden de la ausencia de un proceso de consulta correspondiente a lo estipulado tanto por la jurisprudencia de la Corte como por el Convenio 169, el Alto Tribunal consideró:

Con todo, el proceso de consulta que se adelante con la comunidad indígena Carijona deberá atender las siguientes directrices: (i) presentar fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad en las que se tengan en cuenta las manifestaciones sobre la conformidad o inconformidad con los programas de erradicación de cultivos ilícitos (que pueden incluir planes de sustitución de cultivos u otros programas alternativos en el marco de la implementación del punto 4 “Solución al problema de las Drogas Ilícitas” del Acuerdo Final de Paz) y las observaciones relacionadas con la afectación de su identidad étnica, cultural, espiritual y económica; (ii) el proceso deberá regirse por el respeto mutuo y la buena fe entre las comunidades y las autoridades públicas. Para el efecto, la comunidad deberá contar con información suficiente y oportuna, creando así un ambiente de confianza y claridad en el proceso; (iii) finalmente, se debe llegar a compromisos idóneos para mitigar, corregir o restaurar los impactos culturales que los programas de erradicación aérea de cultivos ilícitos generaron en detrimento de la comunidad o de sus miembros, teniendo en cuenta que este progra-

.....
220 Un aspecto destacable de este Auto es la aplicación del principio de interpretación *pro homine*, propio de instancias de protección de derechos humanos como la Corte Interamericana, por ejemplo, según el cual habrán de analizarse las situaciones y los derechos de estos pueblos de la forma que mejor les asegure la vigencia, el goce y el ejercicio de tales derechos. Lo anterior es un ejemplo de las posiciones asumidas por la Corte Constitucional en una evolución de sus estándares cada vez más garantistas.

221 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-080 de 7 de febrero de 2017*, M. P. Jorge Iván Palacio.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

ma —PECIG— se implementó por más de 20 años y fue suspendido en 2015. Uno de los propósitos principales de este proceso debe ser la supervivencia de la comunidad Carijona, la protección de su lengua ancestral, la recuperación de sus tradiciones orales, prácticas religiosas, y los usos y costumbres asociadas.²²²

En atención a los criterios orientadores estipulados en los fallos SU-383 de 2003 y T-693 de 2011, se conminó a diversas entidades del Gobierno²²³ a adelantar un proceso de consulta previa, con la obligación de prohijar las debidas acciones de etnorreparación “y compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de sus territorios por el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato, que garanticen su supervivencia física, cultural, espiritual y económica”.²²⁴

Tales previsiones han sido condicionadas por la Corte Constitucional, en el deber de garantizar la pervivencia étnica y cultural de esta comunidad y de reconocer, como lo considera en el fundamento 3.15, “la trascendencia de la utilización de la planta de coca en sus prácticas curativas y rituales”²²⁵ como un elemento esencial para sus prácticas ancestrales y para su propia supervivencia.

Sobre las medidas administrativas relacionadas con la entrada de las Fuerzas Militares en los territorios

En la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se consideraron sendas disposiciones en materias como el derecho a la

222 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-080 de 7 de febrero de 2017*.

223 Entre estas se encuentran el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Ambiente y el Ministerio de Salud, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo y del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH).

224 Sobre los criterios establecidos por la Corte Constitucional para llevar a cabo el proceso de etnorreparación con esta comunidad, el Tribunal estableció los siguientes requisitos: “(i) la verificación de las condiciones en las que se encuentra actualmente el resguardo Carijona en Puerto Nare (Guaviare), haciendo la correspondiente caracterización; (ii) la determinación en conjunto con la comunidad demandante de los impactos específicos de las fumigaciones en términos socioculturales, espirituales, entre otros; (iii) el diseño conjunto —de conformidad con los usos y costumbres de la comunidad y su derecho consuetudinario— de acciones y medidas que permitan el alivio espiritual de la comunidad y que contribuyan a recuperar y conservar sus prácticas, costumbres y tradiciones; así como, (iv) los impactos en la salud, la seguridad alimentaria y los cultivos lícitos de la comunidad Carijona; y, (v) establecer en qué medida el pueblo Carijona tiene derecho a mantener sus plantaciones, y con qué alcance sus autoridades o las autoridades nacionales, según sea el caso, pueden reprimir el delito de plantaciones ilícitas, dentro de un ámbito territorial determinado”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-080 de 7 de febrero de 2017*.

225 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-080 de 7 de febrero de 2017*.

autonomía y libre determinación,²²⁶ amplias concepciones para la aplicación de la consulta previa,²²⁷ en busca del consentimiento libre, previo e informado antes de la implementación de medidas susceptibles de afectarlos;²²⁸ la promoción de la participación de los pueblos indígenas; el derecho a la reparación histórica,²²⁹ la protección de las culturas indígenas y sus derechos²³⁰ y un reconocimiento expreso de las tierras, los territorios y recursos que tradicionalmente han poseído o adquirido.²³¹

De esta última consideración se deriva una serie de derechos colectivos, entre los que se incluye el derecho a la desmilitarización de los territorios indígenas:

No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.²³²

Además, los Estados habrán de celebrar “consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares”.²³³

En su momento, Colombia se abstuvo de votar afirmativamente la Declaración, al considerar que iba en contravía de sus políticas económicas y militares, en particular y de la Constitución Política, en general. Sobre el Artículo en mención, expresó que la consulta previa y el consentimiento para ocupar tierras indígenas para operaciones militares iban en contravía del principio de necesidad y eficacia de la Fuerza Pública, la cual tiene la obligación constitucional de proteger la

.....
226 Organización de Naciones Unidas [ONU], *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución 61/295 de la Asamblea General* (Nueva York, 13 de septiembre de 2007), arts. 3 y 4.

227 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, arts. 15, 16, 36 y 38.

228 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, arts. 11, 19, 28, 29 y 32.

229 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, arts. 11, 20, 28, 32 y 40.

230 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, arts. 26 y 29.

231 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, arts. 8, 9, 10, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 32.

232 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, art. 30.

233 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, art. 30, num. 2.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

vida, la honra, los bienes y demás derechos individuales y colectivos. Acerca de la noción de consentimiento previo, el Gobierno nacional tuvo serias consideraciones, en especial relacionadas con el territorio en donde las comunidades indígenas ejercen autonomía y autogobierno. Estas anotaciones aluden a temas como la consulta previa para desarrollar cualquier proyecto en territorios indígenas, propiedad de las riquezas del subsuelo e ingreso de militares a las zonas indígenas. Por último, el Estado colombiano aseguró que algunas disposiciones de la Declaración podrían contradecir la propiedad que la Carta Política le reconocía sobre los recursos naturales y el subsuelo.

Pese a la no aprobación de la Declaración en ese momento, la Corte Constitucional señaló la importancia de los principios consignados en este acto expedido por la Asamblea General de la ONU respecto a la obligación de la consulta.²³⁴ Entre sus fundamentos consideró el deber de incorporar las debidas disposiciones de reparación e indemnización en las situaciones que resultaran en afectaciones directas para los pueblos indígenas y tribales y que no se hubiera llevado cabo la consulta previa u obtenido el consentimiento previo.

Recientemente, el Alto Tribunal concedió la protección de los pueblos indígenas arhuacos de la Sierra Nevada de Santa Marta a sus derechos de integridad cultural, autonomía y autodeterminación, tras considerar que la existencia de un batallón militar en el cerro El Alguacil²³⁵ y la instalación de más de 480 antenas de comunicaciones por empresas privadas²³⁶ configuraban la existencia de afectación directa a este pueblo indígena.²³⁷

Las consideraciones que tuvo la Corte para emitir este fallo, que había sido revocado en segunda instancia por el Consejo de Estado, incluyeron la estimación

.....
234 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*.

235 Debe anotarse que el cerro El Alguacil fue ocupado por el Ejército en 1962 y desde ese momento se convirtió en una base de operaciones de las Fuerzas Militares. "Adicionalmente, en el mismo lugar fueron instaladas antenas de comunicación que hoy están al servicio de la empresa de telefonía celular Movistar, la electrificadora Electricaribe y el canal de televisión Telecaribe" "Ejército, a negociar con indígenas su presencia en la Sierra Nevada". *Semana*, 15 de marzo de 2016. <https://www.semana.com/nacion/articulo/ejercito-a-negociar-con-indigenas-su-presencia-en-la-sierra-nevada/465473> (acceso octubre 20, 2017).

236 Al respecto puede verse Dejusticia. "Respuesta a Oficio N° OPTB-795/2015. Concepto sobre el expediente T-4.992.001 Acción de tutela instaurada por Fundación Misión Colombia contra Ministerio de Defensa nacional y otros". Bogotá, 15 de octubre de 2015. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_769.pdf (acceso octubre 20, 2017).

237 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-005 de 19 de enero de 2016*, M. P. Jorge Iván Palacio.

de que el cerro El Alguacil era un lugar sagrado en la cosmogonía de este pueblo, es esencial para el desarrollo de sus actividades ancestrales y en especial, en sus acciones de pago. En concomitancia, impedir el acceso libre por parte del Ejército —aunque no se tratara de actividades militares propiamente dichas— a su territorio ancestral para ejecutar las prácticas culturales constituía una afectación directa tanto al derecho fundamental a la consulta previa como a sus derechos culturales, económicos y sociales, reconocidos en el ordenamiento constitucional y en el Convenio 169.

Por último, consideró que si bien las construcciones de las guarniciones militares fueron anteriores a la vigencia del Convenio 169, la instalación posterior de torres y antenas de comunicaciones —datos, telefonía, televisión y radio, entre otras— se extendió progresivamente en el cerro, sin contar con la debida participación de la comunidad, con lo que se omitió el derecho a la consulta previa y la efectiva deliberación.

Con estos precedentes, la Corte conminó a reparar el daño inmaterial causado con acciones y otras medidas que contribuyeran a la preservación y recuperación de los valores culturales del pueblo afectado:

(i) la adopción de medidas que aseguren que la comunidad pueda continuar haciendo uso del cerro El Alguacil; (ii) la determinación en conjunto con la comunidad de los impactos específicos causados con la base militar y las antenas, torres y subestaciones en términos culturales, espirituales, etc.; (iii) el diseño conjunto, de conformidad con los usos y costumbres de la comunidad y su derecho consuetudinario, de acciones y medidas de compensación y reparación que permitan mitigar el daño causado y contribuyan a recuperar y conservar sus prácticas, costumbres y tradiciones.²³⁸

Asimismo, se le ordenó al Ministerio de Defensa, al Ejército Nacional y a las empresas privadas responsables de instalar las redes telefónicas e inalámbricas que adelantaran las acciones para asegurar la ejecución de la consulta previa con los representantes de la comunidad, a fin de fijar los términos sobre el impacto cultural causado por la construcción e instalación de lo ya mencionado y resarcir el daño ocasionado. Además, se obligó a entablar un diálogo concertado y continuo entre las partes, “encaminado a considerar la posibilidad futura de que, en un

.....
238 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-005 de 19 de enero de 2016*.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

plazo razonable, se lleve a cabo el retiro definitivo de la base militar, los tendidos eléctricos, las antenas y torres de comunicaciones”.²³⁹

Sobre las medidas administrativas de reparaciones con enfoque étnico o etnorreparaciones

La reparación colectiva es definida como aquella que involucra a un sujeto colectivo, con el objetivo de resarcir el daño causado a un grupo como consecuencia de la violación de derechos humanos amparados por las leyes internacionales.²⁴⁰ Según Rosenfeld, este tipo de reparaciones debe tener beneficio para un colectivo definido como tal, en pro de la reparación de un daño colectivo, entendido como la violación de una ley internacional.²⁴¹

En Colombia, la reparación colectiva es considerada cuando se ocasionan daños por la violación de los derechos colectivos, la violación grave y manifiesta de los derechos individuales de los miembros de los colectivos y el impacto colectivo de la violación de derechos individuales.²⁴² Son sujetos de esta reparación los siguientes actores: grupos y organizaciones sociales y políticas y comunidades determinadas a partir de un reconocimiento jurídico, político o social o en razón de la cultura, la zona o del territorio en el que habitan o de un propósito común.²⁴³

Frente a los grupos étnicos, esta se fundamenta en el principio constitucional de la diversidad cultural, la obligación del Estado de promoverla y protegerla y en el respeto a las formas propias de autoridad y gobierno.²⁴⁴ Las medidas de reparación colectiva que se aplican a poblaciones étnicas también están orientadas a prevenir y reparar los daños al pueblo o a la comunidad como sujeto colectivo, de

.....
239 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-005 de 19 de enero de 2016*.

240 Heidy Rombouts, *Victims Organizations and the Political or Reparation: A Case of Study on Rwanda* (Oxford: Antwerp-Oxford, 2004), 35.

241 Friedrich Rosenfeld, “Collective Reparation for Victims of Armed Conflict”, *International Review of Red Cross* 92, núm. 879 (2010): 737.

242 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1448 de 2011*, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.096, 10 de junio de 2011), art. 151.

243 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1448 de 2011*, 152.

244 Gobierno de Colombia, “Orientaciones para la incorporación estratégica de la política pública de víctimas y restitución de tierras en los planes territoriales de desarrollo 2016-2019”, <http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/cartillapddl290116.pdf> (acceso septiembre 3, 2017).

modo que se garantice la supervivencia física o cultural como sujetos de especial protección.²⁴⁵

Es importante precisar la conceptualización sobre la reparación colectiva, dada la relación que guarda con la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas. En materia de reparaciones, las comunidades son las que conocen en realidad cuáles son los daños que han sufrido y, por ende, se les debe consultar sobre las medidas que podrían ser efectivas para restablecer el equilibrio, la armonía o la reproducción de sus sistemas culturales con autonomía.²⁴⁶

El Gobierno nacional, por medio de la Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas, elaboró los Decretos de Ley 4633,²⁴⁷ 4634²⁴⁸ y 4635 de 2011,²⁴⁹ en los que establece la consulta previa como un elemento fundamental para las reparaciones con enfoque étnico, con base en los compromisos internacionales ratificados por Colombia (Convenio 169) y la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional.

En el caso de las etnorreparaciones, se ha hecho uso de la consulta previa como una herramienta decisiva para la construcción de un marco normativo concertado con los pueblos indígenas y tribales sobre las rutas y los enfoques que se deben seguir para que sean reparados como consecuencia de las afectaciones en el marco del conflicto armado. Como hecho especial del diseño intercultural de estos decretos, es menester mencionar tres aspectos esenciales que emanan el

245 Gobierno de Colombia, "Orientaciones para la incorporación estratégica de la política pública de víctimas y restitución de tierras en los planes territoriales de desarrollo 2016-2019".

246 Rodríguez Garavito y Lam, *Etnorreparaciones*, 37. Además, los autores distinguen cuatro criterios que deben orientar los procesos de etnorreparación: "1) A lo largo de todo el proceso de determinación de las medidas de etnorreparación, es necesario consultar con el grupo étnico que, a su vez, debe retener cierto nivel de control sobre su implementación; 2) las medidas de reparación tienen que respetar la identidad cultural particular del grupo étnico; 3) las etnorreparaciones siempre deben tomar en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones y las medidas de reparación; 4) para que las reparaciones sean eficaces, la determinación de las medidas de reparación debe partir de lo específico y debe ser enfocada hacia la satisfacción de las necesidades del grupo étnico". Rodríguez Garavito y Lam, *Etnorreparaciones*, 24.

247 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto Ley 4633 de 2011*, "Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.278, 9 de diciembre de 2011).

248 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto Ley 4634 de 2011*, "Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo rom o gitano" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.278, 9 de diciembre de 2011).

249 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto Ley 4635 de 2011*, "Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.278, 9 de diciembre de 2011).

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

espíritu incluyente del Convenio: 1) el reconocimiento del daño colectivo en los pueblos indígenas y tribales en virtud de la comprensión de sus características étnico-territoriales; 2) la inclusión del territorio como víctima del conflicto armado, y 3) la inclusión del pueblo rom y las kumpaño, como sujetos de reparación colectiva, con garantía de su derecho a la integridad cultural, a la igualdad material y a la pervivencia física y cultural.

Estos procedimientos son el resultado de actitudes cada vez más democráticas y que emanan los principios fundamentales del Convenio 169 y de los valores del Sistema universal de los derechos humanos.

En la Tabla 2 se presentan los compromisos asumidos por el Estado en su deber de implementar la consulta previa en este tipo de reparaciones.

Tabla 2. Medidas que reconocen la consulta previa en los procesos de etnorreparación

Norma	Tema	Contenido
Decreto 4633 de 2011 (pueblos y comunidades indígenas)	Consulta previa	<p>“Artículo 27. Derecho fundamental a la consulta previa. En el marco del presente decreto, el derecho fundamental a la consulta previa del Plan integral de reparación colectiva de que trata el art. 105 del presente decreto se desarrollará de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento en los términos previstos por el Acuerdo 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que define sus alcances”.</p> <p>“Artículo 114. Indemnizaciones colectivas. En el caso de indemnizaciones colectivas, la indemnización se entregará en el marco de los “Planes integrales de reparación colectiva indígena —PIRPCI” de manera que contribuya de manera efectiva a la reparación integral de los pueblos y comunidades. Con la finalidad de proteger la identidad y la integridad de los pueblos y comunidades se tendrán en cuenta los siguientes criterios:</p> <p>[...] Los criterios para determinar los montos de las indemnizaciones colectivas se definirán en los procesos de consulta previa de los PIRPCPI y deberán responder de manera adecuada a las prioridades, programas y planes que se identifiquen para lograr una reparación integral de los pueblos y comunidades”.</p>

Norma	Tema	Contenido
Decreto 4635 de 2011 (comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras)	Consulta previa	<p>“Artículo 42. Derecho fundamental a la consulta previa. En el marco del presente Decreto, el derecho fundamental a la consulta previa del Plan integral de reparación colectiva de que trata el artículo 103 del presente decreto se desarrollará de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento en los términos previstos por el Acuerdo 169 de la OIT, la Ley 70 de 1993 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que define sus alcances”.</p> <p>“Artículo 104. Preconsulta. Con el propósito de garantizar el desarrollo del debido proceso que se desprende del derecho fundamental de la consulta previa a las víctimas de que trata el presente Decreto, se deberá realizar una fase de preconsulta de los PIRC que deban ser implementados. Durante el desarrollo de esta fase de preconsulta se acordará la metodología, se definirán el cronograma de trabajo y formas de gestión precisadas de manera autónoma por la Comunidad en consulta. Además, se deberá determinar allí la hoja de ruta para el desarrollo de la consulta previa del diseño, elaboración, implementación y evaluación de los PIRC con la Comunidad respectiva.</p> <p>Dicho procedimiento deberá ser adecuado y expedito con el fin de lograr la reparación integral del sujeto colectivo en consulta, de forma pronta y efectiva”.</p>
Decreto 4634 de 2011 (pueblo rom o gitano)	Consulta previa	<p>“Artículo 32. Derecho fundamental a la consulta previa. En el marco del presente Decreto, el derecho fundamental a la consulta previa se desarrollará de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento en los términos previstos por el Acuerdo 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que define sus alcances”.</p> <p>“Artículo 98. Diseño, implementación y evaluación de los PIRC RK. El procedimiento para el desarrollo de las consultas que se realizarán para el diseño, elaboración, implementación y evaluación de los PIRC se establecerá de acuerdo con las dinámicas propias de consulta previa de las Kumpany atendiendo a las diferencias y particularidades socioculturales en el marco del Convenio 169 de la OIT para pueblos Indígenas y Tribales de 1989.</p> <p>En el proceso de consulta previa del PIRC se acordará la metodología, se definirán el cronograma de trabajo y formas de gestión precisadas de manera autónoma con la respectiva kumpania”.</p>

Fuente: elaboración propia.

Conclusiones

En Colombia, el desarrollo de una conceptualización sobre la definición de “afectación directa” es reciente, en comparación con los tiempos de incorporación del Convenio 169 en la normativa nacional, aunque es destacable el esfuerzo de la Corte Constitucional por definir criterios claros que limiten ese concepto en aras de asegurar la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en el país.

También es atinente subrayar la evolución progresiva de la Corte Constitucional respecto a la aplicación de la consulta previa, pues orienta sus providencias hacia posturas cada vez más garantistas que resultan en la incorporación del consentimiento previo libre e informado como requisito vinculante en las situaciones de mayor impacto que puedan afectar a estos pueblos por la aplicación de medidas legislativas y administrativas. Tal consideración es aplicable al estándar de reparación con enfoque étnico o etnorreparación.

Sobre este aspecto, como se evidenció en fallos recientes de la Corte, son plausibles las disposiciones de este Órgano acerca de incorporar nuevos reconocimientos a los pueblos indígenas y tribales y considerar su derecho a la libre autodeterminación y el respeto por sus usos y costumbres. Tal percepción se materializa, por ejemplo, en el análisis de las afectaciones directas conforme a las cosmovisiones de cada pueblo, así como en la concertación de medidas más idóneas y pertinentes para consagrar las reparaciones conforme a su relación particular con el territorio.

Por último, es preciso resaltar la importancia que ha tenido la incorporación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en el cuerpo constitucional de la Nación para asegurar la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales.

Referencias

- “Ejército, a negociar con indígenas su presencia en la Sierra Nevada”. *Semana*, 15 de marzo de 2016. <https://www.semana.com/nacion/articulo/ejercito-a-negociar-con-indigenas-su-presencia-en-la-sierra-nevada/465473> (acceso octubre 20, 2017).
- Anaya, James. “El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional”. Ponencia presentada en el evento El rol de los ombudsmen en América Latina: el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, Lima, 25 de abril, 2013.
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 1448 de 2011*, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.096, 10 de junio de 2011.
- Colombia, Corte Constitucional. *Auto A-073 de 27 de marzo de 2014*. M. P. Luis Ernesto Vargas.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-063 de 4 de febrero de 2010*, M. P. Humberto Sierra Porto.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-068 de 13 de febrero de 2013*. M. P. Luis Guerrero Pérez.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-175 de 18 de marzo de 2009*. M. P. Luis Ernesto Vargas.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-194 de 10 de abril de 2013*. M. P. Luis Ernesto Vargas.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-196 de 14 de marzo de 2012*. M. P. María Victoria Calle.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-317 de 3 de mayo de 2012*. M. P. María Victoria Calle.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-366 de 11 de mayo de 2011*. M. P. Luis Ernesto Vargas.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-371 de 11 de junio de 2014*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-461 de 14 de mayo de 2008*. M. P. Manuel José Cepeda.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-702 de 6 de septiembre de 2010*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-882 de 23 de noviembre de 2011*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003*. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-005 de 19 de enero de 2016*. M. P. Jorge Iván Palacio.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-080 de 7 febrero de 2017*. M. P. Jorge Iván Palacio.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-129 de 3 de marzo de 2011*. M. P. Jorge Iván Palacio.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-197 de 26 de abril de 2016*. M. P. Jorge Iván Palacio.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-236 de 21 de abril de 2017*. M. P. Aquiles Arrieta.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-256 de 5 de mayo de 2015*. M. P. Martha Victoria Sáchica.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*. M. P. María Victoria Calle.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-764 de 16 de diciembre de 2015*. M. P. Gabriel Mendoza.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-769 de 29 de octubre de 2009*. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-969 de 15 de diciembre de 2014*. M. P. Gloria Stella Ortiz.

Colombia, Presidencia de la República. *Decreto Ley 4633 de 2011*, “Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.278, 9 de diciembre de 2011.

Colombia, Presidencia de la República. *Decreto Ley 4634 de 2011*, “Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo rom o gitano”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.278, 9 de diciembre de 2011.

Colombia, Presidencia de la República. *Decreto Ley 4635 de 2011*, “Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.278, 9 de diciembre de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172*.

Dejusticia. “Respuesta a Oficio N° OPTB-795/2015. Concepto sobre el expediente T-4.992.001 Acción de tutela instaurada por Fundación Misión Colombia contra Ministerio de Defensa nacional y otros”. Bogotá, 15 de octubre de 2015. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_769.pdf (acceso octubre 20, 2017).

Gobierno de Colombia. “Orientaciones para la incorporación estratégica de la política pública de víctimas y restitución de tierras en los planes territoriales de desarrollo 2016-2019”.

<http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/cartillapddl290116.pdf> (acceso septiembre 17, 2017).

- Organización de Naciones Unidas [ONU]. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución 61/295 de la Asamblea General*. Nueva York, 13 de septiembre de 2007.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2013.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Ginebra, 27 de junio de 1989.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2009.
- República de Colombia. *Constitución Política*. Bogotá: Legis, 1991.
- Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz Salinas. *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia, 2012.
- Rodríguez Garavito, César y Yukyan Lam. *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2011.
- Rombouts, Heidi. *Victims Organizations and the Political or Reparation: A Case of Study on Rwanda*. Oxford: Antwerp-Oxford, 2004.
- Rosenfeld, Friedrich. "Collective Reparation for Victims of Armed Conflict". *International Review of Red Cross* 92, núm. 879 (2010): 731-746.