

# CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

---

EXPERIENCIA Y RETOS

B&U

2013

BRIGARD &  
URRUTIA  
ABOGADOS



# ¿Qué es la Consulta Previa?

---

La Consulta Previa es el **derecho fundamental** que tienen los pueblos indígenas y otros grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación.

La **Corte Constitucional** determinó unos criterios y requisitos de distinción que permiten identificar un derecho de naturaleza fundamental:

1. Los señalados expresamente en la Constitución en el Título II, Capítulo primero.
2. Los derechos no fundamentales pero que adquieren esa categoría por conexidad.
3. Los consagrados en los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado.
4. Los que tengan un carácter inherente a la persona humana, no están señalados en la constitución.



# Consagración Jurídica

---

- Convenio 169 de la OIT (ratificado mediante Ley 21 de 1991): Artículos 6 y 7: derecho de los pueblos indígenas y tribales de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
- Constitución Política de Colombia: reconocimiento y protección a la diversidad étnica; reconocimiento a territorios, comunidades y consejos indígenas; lenguas y dialectos; participación ciudadana y democrática. Derecho a la propiedad colectiva a comunidades negras.
- Ley 70 de 1993: Reconocimiento a las comunidades negras. Garantía a sus derechos y preservación cultural (tradiciones, costumbres), igualdad, propiedad comunitaria de la tierra, medios de subsistencia. Participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley.

Las inversiones que adelanten el sector privado en áreas que afecten a las comunidades negras de que trata esta ley deberán respetar el ambiente, el interés social y el patrimonio cultural de la Nación.



# Consagración Jurídica

---

- Ley 99 de 1993: instrumentos de protección del medio ambiente; relación entre el Estado y la comunidad. Art. 76: *De las Comunidades Indígenas y Negras*. La **explotación de los recursos naturales** deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y **las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.**
- Decreto 1320 de 1998 – “abiertamente inconstitucional” (Sentencia T-652 de 1998 ordena su “inaplicabilidad”)
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)
- Directiva Presidencial No. 10 de Noviembre 7 de 2013
- Decreto 2613 de Noviembre 20 de 2013
- Jurisprudencia Constitucional

# Protección Especial del Estado

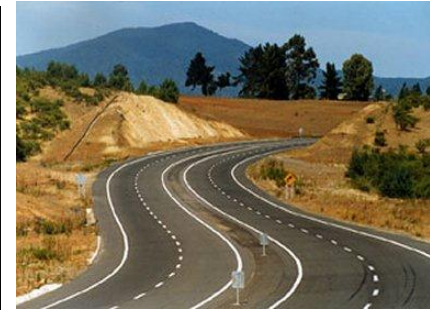
---

- Derecho de las comunidades étnicas a la preservación de los recursos naturales en sus territorios
- Garantiza el derecho a la autodeterminación y a la tierra
- Busca la supervivencia de los pueblos
- Derecho a decidir sus propias prioridades en cuanto a su propio desarrollo económico, social y cultural
- Protección de sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual
- Las limitaciones impuestas por el Estado a los derechos de las comunidades sobre su tierra no pueden ser arbitrarias, debe consultárseles



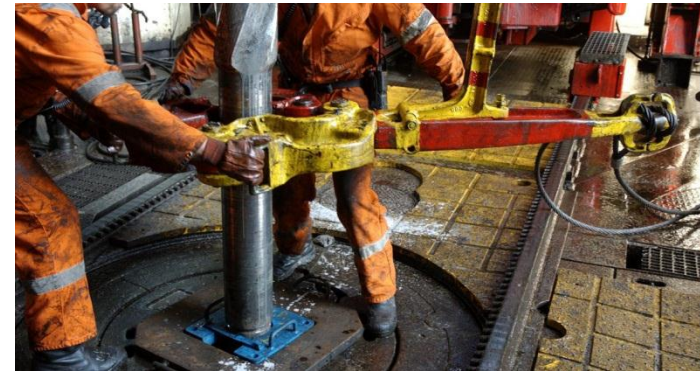
# ¿Cuándo Debe Llevarse a Cabo la Consulta?

**Antes de realizar el Proyecto,  
Obra o Actividad.**



**Antes de emprender  
cualquier Actividad de  
Exploración**

**o Explotación de minerales  
y/u otros recursos naturales,  
que se encuentren en las  
tierras de las comunidades  
étnicas.**





# Clases de Consulta Previa

---

## **CONSULTA SIN LICENCIAMIENTO AMBIENTAL:**

1. Se rige por la Constitución Política y la Ley 21 de 1991 (Convenio OIT)
2. La lidera el Ministerio del Interior y de Justicia (MIJ)

## **CONSULTA PARA LICENCIAMIENTO AMBIENTAL:**

1. Se rige por la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1320 de 1998 (¿?)
2. La lidera el Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con el acompañamiento del MIJ.





# Etapas de la Consulta Previa







# La Experiencia

---

## Sentencia SU – 039 DE 1997

### PARÁMETROS FIJADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

- a) Que la comunidad tenga **un conocimiento pleno sobre los proyectos** destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
  
- b) Que igualmente la comunidad sea **enterada e ilustrada sobre** la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una **afectación o menoscabo a** los elementos que constituyen la base de **su cohesión social, cultural, económica y política** y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
  
- c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, **valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto** sobre la comunidad y sus miembros, **ser oída** en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que tenga que ver con la defensa de sus intereses y derechos **y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo.**



# La Experiencia

---

## Sentencia T-880 de 2006

### Comunidad Indígena Motilón Barí – Municipio de Tibú, Norte de Santander. Ecopetrol – Estudio de Impacto y Manejo Ambiental

- Certificación de no presencia de comunidades
- La **delimitación político administrativa actual**, es solo uno de los referentes a valorar en la delimitación de la entidad territorial indígena para efectos de su derecho a ser consultados. **Dicha delimitación no concuerda con la real ubicación de los pueblos indígenas.**
- “el hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (Convenio OIT)
- **Zona tradicionalmente ocupada**
- Inaplicabilidad del Decreto 1320 de 1998



# La Experiencia

---

## Sentencia T-154 de 2009

### Comunidades Kogui, Kankuamo, Arhuaco y Wiwa – Represa Río Ranchería

- Cuando la concertación no es posible, la decisión sobre el proyecto de desarrollo recae en el Estado y, si debe ir en contra del consentimiento indígena, deberá justificar su pronunciamiento y establecer, entre otras cosas, que el proyecto los beneficia y no viola la integridad cultural.
- **DENEGÓ** el amparo solicitado porque sí fueron efectuadas las consultas con buena parte de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. Sumado a ello, encontró que la acción carecía de sustento en la medida que fue interpuesta dos años después de la ocurrencia del acto generador de la consulta que, en todo caso, sí había sido realizada.



# La Experiencia

---

## **Sentencia T-769 DE 2009**

**Resguardo Río Murindó** (Proyecto de Minería Mandé Norte – en Antioquia y Chocó)

**Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación**, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

La entidad encargada debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la realización de la consulta y del acta, “las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso”.



# La Experiencia

---

## Sentencia T-769 DE 2009 (Continuación)

### Consentimiento Libre, Informado y Previo

Cuando se trate de **planes de desarrollo o de inversión a gran escala**, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo. En estos casos **las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes**, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.

### Directiva Presidencial de 2013:

- Proyecto, obra o actividad implica desplazamiento de la comunidad
- Almacenamiento o vertimientos de desechos tóxicos en las tierras étnicas
- Alto impacto social, cultural y ambiental que ponga en riesgo existencia de la comunidad



## La Experiencia

---

**Sentencia T-547 DE 2010**

**Puerto Brisa – Indígenas Sierra Nevada de Santa Marta**

La Corte establece que las comunidades indígenas y tribales establecen una estrecha relación con su entorno, **más allá de las fronteras formales de sus territorios**, y que las medidas que sean susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, aunque no hayan sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no se hayan asignado como propiedad colectiva de las comunidades negras, sí hagan parte del hábitat natural de tales comunidades, deben ser objeto de un proceso de consulta previa.

**El Decreto 1320 puede tenerse como “elemento de referencia” sobre la manera como debe proceder la consulta**



# La Experiencia

---

## Sentencia T-547 DE 2010 (Continuación)

Sólo serán admisibles las **restricciones a la autonomía de las comunidades**, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna).
- b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.



# La Experiencia

---

**Sentencia T-745 DE 2010**

**Comunidad Pasacaballos – Barú (Construcción de carretera)**

## **Decisión del Estado cuando no hay consenso**

La decisión debe cumplir con los siguientes requerimientos:

1. Estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo.
2. Estar basada en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación.
3. Debe prever mecanismos ajustados para la atenuación de los efectos desfavorables que seguramente traiga consigo o pueda producir la medida a ser adoptada en la comunidad, sus miembros y su lugar de asentamiento.





# La Experiencia

---

## Sentencia T-172 de 2013 – Puerto Bahía S.A. (Barú)

- El Ministerio del Interior expone que se excluyó de la consulta previa a la comunidad por **no estar dentro del certificado** correspondiente a las comunidades afrocolombianas
- La comunidad de Barú también es afectada por la construcción: **la condición geográfica y jurídica de ese grupo poblacional** conlleva al reconocimiento de las atribuciones fundamentales definidas en el Convenio 169 de 1989.



## Los Retos

---

- No existe adecuada información acerca del asentamiento geográfico de las comunidades étnicas
- Falta de coordinación entre las diferentes autoridades (Ministerio de Justicia – Ministerio del Ambiente – INCODER – Oficinas de Registro Público).
- Incertidumbre jurídica, no siempre es claro:
  - Quiénes deben ser consultados
  - Cuándo se requiere del consentimiento libre, previo e informado de la comunidad
  - En qué momento se entiende agotado el proceso de consulta previa
- Falta de límites temporales claros
- No se puede obligar a la comunidad a participar



# Directiva Presidencial de Noviembre 8

---

- Guía para la Realización de la Consulta Previa
- Etapas y pasos definidos
- La Dirección de Consulta Previa del MIJ (DCP) debe hacer gestiones adecuadas para constatar: territorios titulados a comunidades; aún no titulados formalmente (consulta al INCODER, Supernotariado); baldíos ocupados por comunidades; resguardos coloniales según Plan Nacional de Desarrollo.
- Plazos para actuaciones de las autoridades (ej. Requerir complementar solicitud dentro de los tres días siguientes a su radicación, certificación en 15 días hábiles).
- Bitácora de la consulta previa (registro de todas las actuaciones)
- Tener en cuenta desarrollos jurisprudenciales (territorialidad, afectación directa)
- Coordinación para una UNICA CONSULTA INTEGRAL para cada proyecto, obra o actividad
- PINES: Comisión Intersectorial de Infraestructura
- Notificaciones: número, forma.
- Convocar a Ministerio Público, ICANH y otras entidades competentes
- Bitácora, actas, registros audiovisuales, constancias de no comparecencia



## Decreto 2613 de 2013

---

Expedido dentro del marco del Documento **CONPES 3762 de 2013**: lineamientos de política para el desarrollo de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos.

El Decreto 2613 del 20 de noviembre de 2013, fija el **Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa**, destinado a “facilitar el enlace de las responsabilidades correspondientes, y a compartir criterios e información actualizada que sirvan de soporte para la expedición de las certificaciones de presencia de comunidades étnicas”.



## Contáctenos

---

✉ [María Luisa Porto - mporto@bu.com.co](mailto:mporto@bu.com.co)

BRIGARD &  
URRUTIA  
ABOGADOS

Calle 70 A No 4 - 41  
Tel. (571) 346 2011  
Fax: (571) 310 0609 / 310 0586  
Bogotá, Colombia  
[www.bu.com.co](http://www.bu.com.co)