

### **R1.A1.1.- ACTIVIDAD MENTORING:**

**Mejora, análisis y creación de nuevos espacios virtuales en la plataforma web**

**Sistematización de las preguntas más relevantes recopiladas a lo largo del proyecto de Debida Diligencia – Innovación para el Desarrollo - AECID**

---

**Centro Regional del Sector Privado en apoyo a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas**

## CONTENIDO

Contenido .....	2
1. Introducción .....	4
2. Sistematización de preguntas recogidas .....	5
¿Qué es la Consulta Previa? .....	5
¿Por qué se denomina Previa? .....	5
¿Qué significa la buena fe en la Consulta Previa? .....	5
¿Quién tiene derecho a la Consulta Previa en Colombia? .....	5
¿Quiénes deben participar por parte de las comunidades indígenas en un proceso de Consulta Previa? .....	5
¿Qué pasa si no se llega a un acuerdo en la consulta previa? .....	5
¿Por qué el Ministerio del Interior define cuáles comunidades deben ser consultadas para un determinado proyecto? .....	6
¿Quién determina el área de influencia de un proyecto? .....	6
La Consulta previa se ha asumido un trámite. ¿Cómo cambiar esta situación? .....	6
¿Por qué las consultas previas corren el riesgo de terminar en los estrados judiciales? .....	7
Muchas comunidades indígenas se oponen por convicción a toda forma de extracción de recursos en sus territorios. ¿Cómo proceder ante un proceso de Consulta Previa para un proyecto extractivo? .....	7
¿Por qué sólo se realizan Consultas previas con los grupos étnicos y no con comunidades campesinas? .....	7
¿Existe derecho al veto? .....	7
Por el conflicto armado y el desplazamiento de comunidades indígenas hacia las zonas urbanas se han creado nuevas territorialidades y relaciones. ¿Aplica la consulta previa para comunidades indígenas en zonas urbanas? .....	7
¿Por qué el derecho a la Consulta Previa hace parte del bloque de constitucionalidad? .....	8
¿Cómo se desarrolla el Proceso de Consulta Previa? .....	8
¿En qué consiste la reunión de Coordinación y Preparación de la Consulta Previa? ¿Por qué no se invita a la comunidad a esa reunión? .....	8

¿Cuál es la finalidad de la reunión de Preconsulta? .....	8
¿Cuáles son las etapas del Proceso de Consulta Previa? .....	9
¿Cuál es la finalidad de la etapa de Análisis e Identificación de Impactos y Formulación de Medidas de Manejo? .....	9
¿En qué casos se requiere la obtención del Consentimiento libre, previo e informado? .....	9
¿Las comunidades pueden tener asesores en un proceso de Consulta Previa? .....	9
¿Quién debe sufragar los costos de los asesores en una consulta previa? .....	10
¿En qué consiste el deber del ejecutor del proyecto en cuanto a la identificación de las afectaciones? .....	10
¿Los asesores pueden tomar decisiones por sí solos en representación de la comunidad étnica? .....	10
¿Es necesario alcanzar acuerdos en la Consulta Previa? .....	10
¿Qué sucede con el proyecto consultado si no se lograron acuerdos en la consulta previa? .....	10
¿Cuál es la naturaleza jurídica del acuerdo de consulta previa? .....	10
¿En qué consiste el principio de prevención de la afectación? .....	11
¿Qué mecanismos de acción o defensa se pueden implementar ante el incumplimiento de un acuerdo protocolizado? .....	11
¿Cuándo se aplica el Consentimiento en lugar de la Consulta? ¿Qué diferencia existe entre un proceso y otro? .....	11
Según el Convenio No 169 de la OIT, ¿qué pasa cuando no se logran acuerdos en un proceso de consulta previa? .....	12
¿Pueden las comunidades rechazar participar en un proceso de consulta previa? .....	12
¿Cuántas fases debe haber en un proceso de consulta previa según los estándares internacionales? .....	12
¿Según los estándares internacionales que significa la buena fe? .....	13

## 1. INTRODUCCIÓN

Este documento es producto de una actividad enmarcada en el proyecto: *Debida diligencia y DDHH en el marco de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Agenda 2030. Herramientas y modelos innovadores financiado por la Agencia Española de Cooperación para el Desarrollo.*

Los objetivos de dicha actividad fueron mejorar, analizar, y crear en la web de nuevos espacios virtuales en la plataforma, y un repositorio bibliográfico dinámico en materia de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas, y de toda información considerada relevante y relacionada.

Además de implementar un servicio online de *mentoring* por expertos en materia de Derechos Humanos, específicamente en derechos de población indígena a través de la plataforma web.

## 2. SISTEMATIZACIÓN DE PREGUNTAS RECOGIDAS

### ¿Qué es la Consulta Previa?

En Colombia, la Consulta Previa es un derecho fundamental de participación que se concreta a través de un procedimiento liderado por el Estado colombiano a través de la Agencia Nacional de Consulta Previa, una entidad adscrita al Ministerio del Interior.

Al aplicar la consulta previa, libre e informada se reconoce el derecho de los pueblos étnicos a la cultura propia, al autogobierno, la autonomía, y a definir sus prioridades en el proceso de desarrollo.

La consulta es un derecho que se manifiesta mediante el diálogo y expresa el sentir de la comunidad. Durante el proceso, la comunidad pregunta para conocer los aspectos positivos y negativos del proyecto, y evalúa las ventajas y desventajas de este según la información proporcionada por la empresa y las instituciones. La comunidad propone medidas para prevenir, mitigar, corregir o compensar los posibles impactos negativos, y para optimizar el aprovechamiento de los impactos positivos.

### ¿Por qué se denomina Previa?

La consulta debe ser anterior a la adopción y aplicación de la medida legal o administrativa nacional y a la ejecución del proyecto, obra o actividad. La información se debe hacer llegar previamente a la comunidad en su lengua materna y debe ser suficiente y adecuada, ya que las comunidades consultadas deben tener un conocimiento pleno sobre el proyecto que se propone realizar en su territorio.

### ¿Qué significa la buena fe en la Consulta Previa?

El principio de buena fe conlleva que el Estado, las comunidades y los responsables del proyecto, obra o actividad deben actuar con la verdad, ser rectos y transparentes y definir conjuntamente los procedimientos apropiados para realizar la Consulta Previa.

Durante el proceso debe existir un ambiente de confianza y claridad que surge a partir de la entrega anticipada de información transparente y completa a las comunidades para garantizar la intervención honesta de las partes.

### ¿Quién tiene derecho a la Consulta Previa en Colombia?

En Colombia tienen derecho a la consulta previa los grupos étnicos. Estos son: afrodescendientes, indígenas, comunidades palenqueras, raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el pueblo Gitano (Rom).

### ¿Quiénes deben participar por parte de las comunidades indígenas en un proceso de Consulta Previa?

Es fundamental que participe la comunidad de manera integral, pero la vocería está en manos de la autoridad legítima que representa a la comunidad.

### ¿Qué pasa si no se llega a un acuerdo en la consulta previa?

En este sentido, la Corte Constitucional señala en la Sentencia SU-039/97 que: “cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad [pública] 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.” (Sentencia SU-039/97).

Por lo tanto, quien decide en última instancia es el Estado, pero este debe contar con el aval de la comunidad. Según esta misma sentencia se deben establecer “los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica” (Sentencia SU-039/97).

### **¿Por qué el Ministerio del Interior define cuáles comunidades deben ser consultadas para un determinado proyecto?**

De acuerdo con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, son los estados los responsables de las Consultas Previas donde se debe garantizar la pervivencia cultural, social y económica de los pueblos indígenas. Por eso el Ministerio del Interior como entidad representante del Estado es el organismo encargado de liderar las consultas previas, y para el caso de Colombia, es el que determina cuáles comunidades pueden ser afectadas por medidas administrativas, proyectos, obras o actividades.

### **¿Quién determina el área de influencia de un proyecto?**

El área de influencia de un proyecto la determina el ejecutor del proyecto y las autoridades ambientales. Por esta razón, las comunidades consultadas suelen ser aquellas que habitan directamente el área de influencia directa del proyecto.

Sin embargo, el problema más común al delimitar el área de influencia radica en que la visión del área de afectación considerara por las comunidades suele ser diferente a aquella considerada por las empresas y/o las autoridades, ya que para las comunidades étnicas el área de afectación tiende a ser mayor y está determinada por cuestiones más amplias relacionadas con sus valores culturales, su cosmovisión y su noción de territorio colectivo.

### **La Consulta previa se ha asumido un trámite. ¿Cómo cambiar esta situación?**

La consulta previa no es simplemente un requisito. Experiencias previas han demostrado la necesidad de realizar procesos adecuados debido a que existen inmensas repercusiones sociales, económicas y culturales, tanto para los pueblos indígenas, como para el Estado y el sector privado.

Es necesario que las instituciones y los ejecutores de los proyectos aborden la consulta previa desde la perspectiva de los derechos humanos, ya que las declaraciones internacionales que recogen este derecho como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Pueblos Indígenas son producto del consenso internacional, y son disposiciones en las que las comunidades indígenas de Colombia se sienten plenamente reconocidas.

## **¿Por qué las consultas previas corren el riesgo de terminar en los estrados judiciales?**

La Consulta previa no es sólo un mecanismo jurídico, es un proceso colectivo, que como lo han planteado los pueblos indígenas, debe respetar el derecho a su propia visión de desarrollo y la posibilidad de decidir sobre el uso y manejo de los recursos naturales dentro de su territorio.

Para estas comunidades existen principios y fundamentos innegociables que responden a sus tradiciones culturales y a su pervivencia como pueblo, y por lo tanto, no responden a intereses comerciales.

En conclusión, el desafío del proceso de consulta es lograr un diálogo entre modelos de desarrollo diferentes para construir procesos de cooperación entre sociedades culturalmente diferentes.

## **Muchas comunidades indígenas se oponen por convicción a toda forma de extracción de recursos en sus territorios. ¿Cómo proceder ante un proceso de Consulta Previa para un proyecto extractivo?**

La Consulta Previa es un espacio para el diálogo y la construcción de acuerdos en escenarios de interculturalidad. La buena fe debe ser la hoja de ruta que determine dicho diálogo. El Convenio 169 establece que la consulta previa busca ante todo construir consensos. Sin embargo, son los estados los responsables de la decisión de continuar o no con un proyecto.

## **¿Por qué sólo se realizan Consultas previas con los grupos étnicos y no con comunidades campesinas?**

La Consulta Previa según está concebida en el Convenio 169 de la OIT, es un derecho para los pueblos indígenas y tribales. En Colombia la Constitución establece a las comunidades indígenas como grupo étnico, que también incluye a las comunidades afrodescendientes, raizales, palenqueros y el pueblo Rom.

Bajo esta categoría no están reconocidas las poblaciones campesinas, aunque vivan en condiciones de pobreza económica igual o mayor a la de los grupos étnicos. Estas protecciones constitucionales se reconocen por la condición de minoría y no por factores socioeconómicos.

## **¿Existe derecho al veto?**

No hay derecho a veto. El derecho de Consulta Previa es un derecho fundamental pero no tiene el carácter de absoluto. Por lo tanto, no conlleva un poder de veto sobre las medidas legislativas, con fuerza de ley o administrativas, o los proyectos, obras o actividades (POA) consultados.

## **Por el conflicto armado y el desplazamiento de comunidades indígenas hacia las zonas urbanas se han creado nuevas territorialidades y relaciones. ¿Aplica la consulta previa para comunidades indígenas en zonas urbanas?**

La Consulta previa aplica a las comunidades que viven en unidad común, si dichas comunidades viven en zonas urbanas, es necesario tener claro que estas poblaciones indígenas urbanas tienen derecho a la consulta previa cuando una decisión local pueda afectarlas directamente. Por lo tanto, le corresponde a las autoridades establecer todos los mecanismos para hacer efectivo este derecho, ya que se debe tener en cuenta la posible afectación a dichas comunidades por la ejecución de una medida administrativa, por un proyecto, obra o actividad.

## **Procedimiento de Consulta Previa**

### **¿Por qué el derecho a la Consulta Previa hace parte del bloque de constitucionalidad?**

De acuerdo con lo establecido en la **Sentencia C-067/03 de la Corte Constitucional** el bloque de constitucionalidad está conformado por aquellas *"normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional."*

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que el Derecho a la consulta tiene origen en la ratificación del Convenio internacional de la OIT - 169 de 1989 ratificado a través de la Ley 21 de 1991 y está ligado directamente con la protección a la integridad étnica y cultural, la libre autodeterminación y el derecho a participar en las decisiones que les atañe adquiere la condición de derecho fundamental y, en consecuencia, pasa a integrar el Bloque de Constitucionalidad.

### **¿Cómo se desarrolla el Proceso de Consulta Previa?**

El proceso de consulta previa es la materialización procedimental efectiva del derecho fundamental a la consulta previa del que son titulares los grupos étnicos en Colombia.

Posterior a la expedición de la certificación de presencia, en el que se registra la presencia de una comunidad étnica en función de la posible afectación directa del proyecto, obra, actividad, medida administrativa o legislativa, el ejecutor del proyecto debe solicitar al Ministerio del interior el inicio del proceso consultivo.

En atención a la solicitud de inicio, el Ministerio del interior, convoca al ejecutor del proyecto, obra o actividad a la reunión de coordinación y preparación para que realice una presentación del proyecto, y presente una propuesta de ruta metodológica junto con la fecha concertada para desarrollar la reunión de preconsulta.

Posteriormente el Ministerio del Interior debe convocar a la reunión de preconsulta, donde se acuerda la ruta metodológica y las bases para desarrollar el procedimiento. En esta reunión se acuerdan también las fechas para el desarrollo de las actividades propias del proceso consultivo que se pretende desarrollar, tales como: análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, formulación de acuerdos y protocolización.

### **¿En qué consiste la reunión de Coordinación y Preparación de la Consulta Previa? ¿Por qué no se invita a la comunidad a esa reunión?**

La etapa de coordinación y preparación, previa la reunión de preconsulta, se realiza para que el ejecutor de un proyecto, obra o actividad obtenga información primaria de las comunidades certificadas y proponga una presentación del proyecto, con el fin de verificar que cumpla con los elementos mínimos para su realización en campo. Así mismo se verifica que el ejecutor del proyecto cuente con una propuesta de ruta metodológica que será concertada con la comunidad étnica durante la reunión de Preconsulta.

### **¿Cuál es la finalidad de la reunión de Preconsulta?**

La reunión tiene como finalidad definir las bases del procedimiento, es decir, la ruta metodológica del proceso consultivo para garantizar la mayor claridad en cuanto a tiempos, actividades y fases, y determinar los requisitos mínimos para el desarrollo del proceso.



## ¿Cuáles son las etapas del Proceso de Consulta Previa?

Según lo establecido en la Directiva 10 de 2013, el proceso de consulta previa tiene las siguientes etapas:

1. Certificación de Presencia
2. Etapa de Coordinación y Preparación
3. Pre-Consulta
4. Consulta (Compuesta por: Instalación - Análisis e identificación de Impactos y Formulación de Medidas de Manejo – Formulación de Acuerdos – Protocolización)
5. Seguimiento de Acuerdos
6. Cierre

## ¿Cuál es la finalidad de la etapa de Análisis e Identificación de Impactos y Formulación de Medidas de Manejo?

Según la Jurisprudencia Constitucional, la fase de Análisis e Identificación de Impactos y Formulación de medidas de manejo tiene como objetivo informar a la comunidad sobre cómo la medida a implementar puede conllevar el desmedro o menoscabo de su condición social, económica, cultural o ambiental.

En esta fase el ejecutor del proyecto y la comunidad étnica identifican conjuntamente las afectaciones que puede generar el desarrollo del proyecto, y se definen conjuntamente las medidas de manejo orientadas a prevenir, corregir, mitigar o compensar los impactos o afectaciones identificadas.

## ¿En qué casos se requiere la obtención del Consentimiento libre, previo e informado?

El consentimiento libre, previo e informado de la comunidad es necesario en los siguientes casos:

### Criterio Objetivo

Cuando el proyecto implique:

- El Traslado o reubicación del pueblo indígena
- El vertimiento, almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios
- Un alto impacto social, cultural y ambiental que ponga en riesgo su subsistencia.

### Criterio Subjetivo:

Cuando el proyecto implique:

- Planes de Desarrollo a gran escala
- Afectación especialmente intensa

## Asesores para comunidades en el Proceso de Consulta Previa

### ¿Las comunidades pueden tener asesores en un proceso de Consulta Previa?

Las comunidades tienen derecho a que se les suministren asesores externos e imparciales para realizar el análisis de las potenciales afectaciones y a que les brinden garantías suficientes de experticia, experiencia y solubilidad moral.

## **¿Quién debe sufragar los costos de los asesores en una consulta previa?**

Teniendo en cuenta el principio de información adecuada y suficiente, en aquellos proyectos obras o actividades que supongan un alto nivel de complejidad, los asesores de la comunidad pueden ser sufragados por los ejecutores de los proyectos, siempre y cuando estos sean instituciones universitarias con programas debidamente acreditados o instituciones de investigación especializadas en el tema específico.

## **¿En qué consiste el deber del ejecutor del proyecto en cuanto a la identificación de las afectaciones?**

Según la SU133 de 2017, el ejecutor del proyecto tiene el deber de “identificar y estimar la magnitud, probabilidad, reversibilidad, duración y frecuencia los riesgos asociados al proyecto. Debe también describir y localizar las posibles alteraciones del medio biótico, abiótico, y del contexto social, económico y cultural en el que viven las comunidades potencialmente afectadas.

## **¿Los asesores pueden tomar decisiones por sí solos en representación de la comunidad étnica?**

Los titulares del derecho a la consulta son las comunidades indígenas y tribales, que lo ejercen a través de sus autoridades o instituciones representativas, es decir, la representación de la comunidad como colectivo es responsabilidad directa de sus legítimos representantes, en ese sentido, no podría un asesor por sí mismo tomar decisiones sobre un colectivo étnico so pena de suplantar con ello su autonomía para tomar las decisiones que le atañen.

## **El acuerdo de Consulta Previa en Colombia**

### **¿Es necesario alcanzar acuerdos en la Consulta Previa?**

A pesar de que la finalidad de la consulta previa es lograr un acuerdo, esta situación no siempre es posible. Por esta razón, las instituciones del Estado que coordinan las consultas y los ejecutores de los proyectos, obras o actividades no tienen una obligación de llegar a un resultado específico. Su obligación consiste en desarrollar el proceso consultivo según los parámetros establecidos en el Convenio 169 y en la jurisprudencia sobre la materia. En ese sentido, se debe garantizar que el procedimiento consultivo se lleve a cabo adecuadamente y bajo los preceptos de la debida diligencia, mas no, que a través del mismo las partes lleguen a determinado resultado.

### **¿Qué sucede con el proyecto consultado si no se lograron acuerdos en la consulta previa?**

Cuando la consulta ha sido realizada de manera adecuada y no se logra protocolizar con acuerdos, el Estado puede implementar la medida, mediante una decisión motivada. Siempre y cuando, esta decisión esté desprovista de arbitrariedad y autoritarismo, esté basada en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación; y tome en consideración las posiciones expresadas por las partes, en especial las de la comunidad consultada. Además, debe respetar los derechos sustantivos reconocidos en el Convenio 169 de 1969; y definir medidas eficaces, idóneas y eficientes para mitigar los efectos negativos de la medida.

### **¿Cuál es la naturaleza jurídica del acuerdo de consulta previa?**

En lo que respecta a la protocolización de Acuerdos la Corte Constitucional precisó en la sentencia T-002-2017 que: el acuerdo de consulta previa carece de elementos para considerarse como Contrato Estatal, Contrato Privado, Contrato Sui Generis o Acto Administrativo, y en consecuencia lo determina con carácter vinculante para la protección del derecho fundamental constituyéndolo como parte del derecho fundamental a la consulta previa pues guarda una estrecha relación con el derecho constitucional mediante el siguiente argumento:

*En ese sentido, el ACP constituye un pacto plurilateral vinculante por mandato de la Constitución Política, en el cual las partes se obligan a concertar (i) la protección integral de los derechos fundamentales de la(s) comunidad(es) étnica(s) afectada(s), salvaguardando su estatus diferenciado, pese a (ii) la afectación causada por la puesta en marcha de una obra, proyecto o actividad estatal, bajo el entendido de minimizar las afectaciones directas. Dicho ACP resulta obligatorio para esta Sala de Revisión en la medida que el respeto por la voluntad libre de las partes en el proceso consultivo concreta los principios constitucionales de participación activa y efectiva, buena fe, democracia, transparencia y diversidad étnica y cultural. Asimismo, permite darle contenido y coerción al derecho fundamental a la consulta previa.*

Por el contrario, el incumplimiento de los acuerdos consignados conllevaría a la ineficacia de la consulta previa, sumado a la afectación de otros derechos fundamentales relacionados con el proceso consultivo, los cuales, por regla general, constituirían la base de las afectaciones de las comunidades consultadas.

### **¿En qué consiste el principio de prevención de la afectación?**

El principio de Prevención de las afectaciones establece que la Consulta debe ser previa a la realización de la obra, proyecto o actividad. Esto es, precisamente, porque uno de los objetivos de la consulta es procurar evitar las potenciales afectaciones no deseadas a las comunidades. Esto supone que durante el proceso de consulta se deben identificar *todas aquellas medidas que sean necesarias, adecuadas y suficientes para prevenir y minimizar los impactos negativos que tienen los proyectos. Sin embargo, de manera excepcional procede como mecanismo de compensación e indemnización de daños ya causados, porque a pesar del carácter preventivo, existen casos en que la medida fue adoptada y ejecutada de manera inconsulta, produciendo el impacto negativo en la comunidad, lo cual no significa que no deba agotarse el procedimiento, sino que este debe encaminarse a corregir los perjuicios ocasionados*<sup>1,2</sup>

### **¿Qué mecanismos de acción o defensa se pueden implementar ante el incumplimiento de un acuerdo protocolizado?**

Teniendo en cuenta que la consulta previa no se entiende por agotada con la celebración de reuniones informativas tendientes a buscar un acuerdo entre las partes, y no se da por cumplida con la mera formalización o protocolización de la misma, ello implica el obligatorio cumplimiento de lo acordado. Por esta razón, resulta legítimo que las comunidades étnicas afectadas, bajo el amparo de su especial protección constitucional puedan acudir al juez de tutela para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. Este medio se constituye como el idóneo y preferente para la protección y restablecimiento de sus derechos.

### **¿Cuándo se aplica el Consentimiento en lugar de la Consulta? ¿Qué diferencia existe entre un proceso y otro?**

Según la Corte Interamericana y la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas el Consentimiento previo, libre e informado se debe aplicar en tres supuestos:

- Cuando se van a almacenar desechos tóxicos en territorios indígenas.
- Cuando se quiere desalojar o reubicar a comunidades indígenas.
- Cuando los impactos en los derechos humanos sean tan graves que amenazan su supervivencia física, cultural o a su medio ambiente.

---

<sup>1</sup> En sentencia T-652 de 1998 esta Corporación ordenó llevar a cabo una consulta con las comunidades Embera Chamí a pesar de que el proyecto hidroeléctrico de Urrá ya se había realizado sin haberse consultado previamente.

<sup>2</sup> T-969 de 2014.

La principal diferencia entre el consentimiento y la consulta radica en que el proceso de consentimiento previo, libre e informado sólo puede terminar cuando las partes, de buena fe, alcanzan un consenso. Esto no significa que las comunidades tengan derecho de veto, sino que deben hacer todos los esfuerzos que exige la buena fe para lograr acuerdos con el gobierno. Mientras exista la buena fe se deben llegar a consensos teniendo en cuenta las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que tienen los pueblos indígenas desde la sentencia Saramaka en 2007.

### **Según el Convenio No 169 de la OIT, ¿qué pasa cuando no se logran acuerdos en un proceso de consulta previa?**

El convenio establece de manera muy clara que la finalidad de la consulta previa es obtener el consentimiento de las comunidades siempre que se pueda. En los procesos de consulta previa, y no de consentimiento, el Convenio establece qué debe pasar y a quién le corresponde tomar decisiones.

Un proceso de consulta previa puede cerrarse sin acuerdo entre las partes. En ese supuesto cada parte valorará si la otra parte ha respetado las características de la consulta previa y si, por lo tanto, todas las garantías de la consulta se han respetado. Además, tendrán que valorar si los derechos que protege la consulta siguen siendo garantizados, aun cuando se cierre sin acuerdo la consulta.

En el caso de cerrar los procesos de consulta sin acuerdo, le corresponde al Estado tomar una de las decisiones siguientes:

- Suspender el proyecto.
- Modificar el proyecto que se quiere desarrollar en el territorio comunitario hasta lograr consensos.
- Seguir adelante con el proyecto, a pesar de la opinión contraria y de la posibilidad de que se pueda vulnerar algún otro derecho como los derechos territoriales, de autonomía o culturales.

### **¿Pueden las comunidades rechazar participar en un proceso de consulta previa?**

No, cuando el Estado convoca a un proceso de consulta previa, libre e informada y demuestra que cumple con los estándares internacionales, las comunidades tienen la obligación de participar en dicho proceso de consulta. Esto se debe a dos motivos:

- Los derechos también conllevan obligaciones, y en el caso de la consulta previa la obligación de participar es clara.
- La buena fe también se aplica a las comunidades. Esto les exige aceptar el proceso y participar con la finalidad de llegar a consensos.

Esta obligación sólo es aplicable si el Estado cumple con todas las características de la Consulta (previa, libre, informada y de buena fe). Si se demostrará que se ha incumplido alguna de estas características, las comunidades podrían alegar la vulneración del derecho y por lo tanto rechazar la obligatoriedad.

### **¿Cuántas fases debe haber en un proceso de consulta previa según los estándares internacionales?**

Los diferentes países han regulado de manera diferente los procesos de consulta previa ajustándose más o menos a los Estándares Internacionales. Esta brecha de implementación entre los países y los estándares internacionales es motivo de preocupación de los mecanismos internacionales desde hace mucho tiempo.

Según la Corte Interamericana en el caso de Sarayaku contra Ecuador del año 2012, todo proceso de consulta previa que quiera respetar los estándares internacionales debe tener las siguientes fases:

- “Consulta de la consulta”, esto es definir conjuntamente entre el Estado y las comunidades el objeto de la consulta el procedimiento que se va a aplicar, la ruta metodológica, los tiempos de duración, lugar de realización, etc.

- Estudios de impactos en derechos humanos y estudios de impactos ambientales.
- Negociación de acuerdos.
- Adopción de acuerdos y plan de cumplimiento de los acuerdos.
- Cumplimiento de los acuerdos.
- Monitoreo socio ambiental del cumplimiento de los acuerdos.

### **¿Según los estándares internacionales que significa la buena fe?**

El Convenio No 169 de la OIT establece que la buena fe significa que las partes deben sentarse a dialogar y negociar con la intención de llegar a acuerdos y consensos en un clima de confianza mutua y respeto. Esto condiciona todo el proceso de la consulta previa, ya que es un proceso de diálogo permanente.

La buena fe debe demostrarse en la legitimidad de los procesos de selección de los representantes indígenas y del Estado que participan en el proceso de consulta previa. De una parte, deben ser autoridades tradicionales, elegidas siguiendo sus prácticas culturales y sus sistemas de gobierno propios. De otra parte, deben ser representantes estatales con capacidad de llegar a acuerdos y con capacidad de representación.

La buena fe también se demuestra en la actitud de diálogo de una y otra parte y sobre todo en el respeto de los sistemas propios de liderazgo y toma de decisiones indígenas. Igualmente se demuestra en la ausencia de bloqueos, coacciones, intentos de dividir a las comunidades, corrupción, uso de la violencia, de cualquier práctica que pretenda menoscabar la legitimación de los representantes y su libertad en la toma de decisiones.

En definitiva, la buena fe requiere respeto a las instituciones, al proceso intercultural, a la libertad en la toma de las decisiones, a la transparencia y el acceso a la información y a la voluntad de llegar a acuerdos.