

El Derecho Fundamental a la Consulta Previa en los proyectos REED+: análisis del fallo de tutela T-248/24.

The Fundamental Right to Prior Consultation in REDD+ projects: analysis of the guardianship ruling T-248/24

María Camila Paniagua Agudelo

Monografía

Asesor de tesis: Nataly Montoya Restrepo

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho

Pregrado en Derecho

Medellín

2024

Tabla de contenido

Resumen	2
Introducción	6
Sección 1: la Consulta Previa como Derecho Fundamental	17
1. La consulta previa	17
1.1 Origen y concepto	17
1.2 Leyes, Decretos y Directivas Presidenciales	22
1.3 Desarrollo Jurisprudencial	33
1.4 Proceso	42
1.5 Importancia	47
Sección 2: preocupaciones del Estado por el cuidado del medio ambiente	52
2. El cambio climático	52
2.1 Cooperación internacional	52
2.2 Propuestas llevadas a cabo en Colombia	56
Sección 3: la Sentencia T-248/24	59
3. Fallo de Tutela	59
3.1 ¿Por qué analizar este fallo?	59
3.2 Cuestiones básicas del fallo	60
3.3 Implicaciones, innovaciones y precisiones	65
3.4 Cuestiones no tratadas en el fallo	81
Sección 4: la Consulta Previa	82
4. Oportunidades de mejora	82
4.1 Falencias del proceso de Consulta Previa	82
4.2 ¿Sería una Ley Estatutaria la mejor solución?	89
Conclusiones	95
Bibliografía	99

Resumen

La Consulta Previa es un Derecho Fundamental de las comunidades étnicamente diferenciadas. Por medio de la Ley 21 de 1991 fue incorporado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante, OIT, al ordenamiento jurídico colombiano a su bloque de constitucionalidad en estricto sentido. Pero ha sido en el transcurso de las últimas décadas que en instancias judiciales se ha hecho un desarrollo preciso de los contenidos del derecho, siendo entonces la jurisprudencia la fuente formal en la que pueden consultarse, a través de casos concretos, los detalles y exigencias del procedimiento. De acuerdo con lo anterior, hasta el momento no ha sido posible un debate democrático en la instancia legislativa y existen opiniones según las cuales en cuanto si fuese posible darle para lograr una regulación de la Consulta Previa que garantice el derecho de participación de las comunidades, los intereses y derechos de los actores de las medidas, y los intereses de las distintas entidades estatales.

Esos intentos frustrados por establecer una regulación sistemática en la instancia legislativa o administrativa han dado lugar a que en lo que tiene que ver con la Consulta Previa existan algunas preguntas, vacíos y problemáticas de la figura tanto a nivel jurídico como económico, social o político. En este sentido, se insiste en el rol destacado que ha cumplido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en definir los parámetros, contenidos y procedimientos a propósito del derecho a la Consulta Previa. No obstante, dado que el abordaje se ha dado caso a caso, para una regulación integral de la figura en lo que tiene que ver con la ruta metodológica planteada por dicha Corporación en su jurisprudencia, pueden identificarse diversas oportunidades de mejora según el desarrollo práctico del proceso de Consulta Previa.

Por otro lado, la Consulta Previa se relaciona con el papel central que ha venido ocupando en la agenda pública global y nacional la protección del medio ambiente, lo que eventualmente

puede entrar en contradicción, afectar los derechos de Las Comunidades Étnicas en el desarrollo de su cultura o suponer límites para quienes pretendan desarrollar proyectos o actividades en los territorios colectivos de dichas comunidades. Así, nuevamente destaca la importancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para establecer límites, parámetros, obligaciones y contenidos precisos. En este contexto, se analizará la reciente sentencia T-248 de 2024 para establecer las precisiones e incidencias de la Consulta Previa en el marco de la decisión del Tribunal. Con ello, se verificará si hubo propuestas innovadoras para la protección de este Derecho Fundamental, la aplicación del Derecho a los bonos de carbono como mecanismos financieros de protección ambiental y cuáles son los retos y problemáticas abiertas que continúan para el Derecho colombiano.

Palabras clave: Comunidades Étnicas, Consulta Previa, Derechos Fundamentales, Derecho a la preservación de la cultura, Derecho al autogobierno, Derecho a la identidad e integridad física, impactos, jurisprudencia, cambio climático

Abstract

Prior Consultation is a fundamental right of ethnically differentiated communities. By means of Law 21 of 1991, Convention 169 of the International Labor Organization, hereinafter ILO, was incorporated into the Colombian legal system to its block of constitutionality in the strict sense. But it has been over the last decades that in judicial instances a precise development of the contents of the law has been made, being then the jurisprudence the formal source in which the details and requirements of the procedure can be consulted through concrete cases. In accordance with the above, so far it has not been possible to have a democratic debate in the legislative instance and there are opinions according to which it would be possible to achieve a regulation of the Prior

Consultation that guarantees the right of participation of The Communities, the interests and rights of the actors of the measures, and the interests of the different state entities.

These frustrated attempts to establish a systematic regulation in the legislative or administrative instance have given rise to some questions, gaps and problems regarding Prior Consultation at the legal, economic, social and political levels. In this sense, we insist on the important role played by the jurisprudence of the Constitutional Court in defining the parameters, contents and procedures regarding the right to Prior Consultation. However, given that the approach has been taken on a case-by-case basis, for a comprehensive regulation of the figure as it relates to the methodological route proposed by the Court in its jurisprudence, several opportunities for improvement can be identified according to the practical development of the Prior Consultation process.

On the other hand, Prior Consultation is related to the central role that environmental protection has been occupying in the global and national public agenda, which may eventually enter into contradiction, affect the rights of the Ethnic Communities in the development of their culture or suppose limits for those who intend to develop projects or activities in the collective territories of such communities. Thus, the importance of the jurisprudence of the Constitutional Court to establish limits, parameters, obligations and precise contents is once again highlighted. In this context, the recent judgment T-248 of 2024 will be analyzed to establish the precisions and incidences of the Prior Consultation in the framework of the Court's decision. With this, it will be verified whether there were innovative proposals for the protection of this Fundamental Right, the application of the Law to carbon credits as financial mechanisms for environmental protection and what are the challenges and open issues that remain for Colombian Law.

Key words: Ethnic Communities, Prior Consultation, Fundamental Rights, right to preservation of culture, right to self-governance, right to identity and physical integrity, impacts, jurisprudence, climate changes.

Introducción

El cambio climático es una realidad global que pone a los Estados a replantear sus modelos económicos y a implementar medidas que puedan combatirlo. Una de las medidas adoptadas desde la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC) ha sido la implementación de proyectos REDD+ (Reducing emissions from deforestation and forest degradation), con el objetivo de minimizar las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en ocasión con la deforestación y degradación de las zonas (Ministerio de Ambiente, S.F.).

Este tipo de proyectos, que se plantearon como una estrategia de conservación para fomentar la conservación de los bosques, el aumento de las reservas de carbono y promover el manejo forestal responsable (Ministerio de Ambiente, S.F.), representan múltiples desafíos que los Estados deben superar a la hora de implementar políticas ambientales adecuadas. A pesar de dichos propósitos declarados, la implementación de algunos podría derivar en el desarrollo desigual de salvaguardas sociales y ambientales dentro de las comunidades locales étnicas -indígenas, afrodescendientes, palenqueras, gitanos-, (en adelante, Las Comunidades Étnicas) que se ven afectadas en la ejecución de proyectos REED+, así como en la falta de reglamentación del consentimiento previo de estas poblaciones (Akubadura, 2024). La situación descrita plantea serios cuestionamientos y vulneraciones a los Derechos Fundamentales de los grupos mencionados. Es importante resaltar que este tipo de problemáticas con comunidades locales no solo se presenta en este tipo de proyectos, sino en múltiples escenarios donde se ven afectaciones en su cultura, modo de existencia y prácticas que son protegidos por el Ordenamiento Jurídico colombiano. Así las

cosas, existen conflictos y tensiones entre estos sujetos y ejecutores de proyectos, que merecen la pena revisar para determinar la forma de minimizarlos y de proteger los derechos y la legitimidad de los procedimientos, contratos y convenios alcanzados entre las Comunidades y los promotores del proyecto.

Estas tensiones y problemáticas con Las Comunidades Étnicas se han presentado alrededor del mundo, por tanto, desde la legislación internacional se comenzó a buscar métodos que permitieran en su implementación una protección especial a dichas comunidades para no entorpecer su autodeterminación y capacidad de tomar decisiones respecto a su territorio por las intervenciones que se pretendieran hacer en o con ocasión de aquel o por su condición. Específicamente, la Consulta Previa como Derecho Fundamental tiene su origen en el Convenio 169 de la OIT. Allí se consolidó una normatividad internacional sumamente importante para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, afrodescendientes, palenqueros y gitanos. Con la Ley 21 de 1991, el Congreso de la República de Colombia aprobó dicho Convenio, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra. Con la aceptación de este, se hizo parte del Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto; lo que significa que hay una integración de este instrumento normativo con la Carta Política, dándole la misma jerarquía por ser una norma aplicable de manera principal y directa (Quinche, 2012.). La sentencia SU-039/97 determinó que este Convenio efectivamente pertenece al bloque de constitucionalidad en estricto sentido, y dicha postura ha sido ratificada por otros fallos, como la sentencia C-401-05:

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos

humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación (Sentencia SU-039/97 en Sentencia C-401/05)

El hecho de que este Convenio de la OIT tenga la misma jerarquía que la Constitución Política implica además un desarrollo de sus principios constitucionales. Es decir, aplica como una extensión de los principios ya reconocidos por la misma Carta, desde el preámbulo, hasta su articulado en sí. Por ejemplo, el preámbulo constitucional indica que existe el fin de fortalecer la Nación y asegurar la igualdad de los integrantes del pueblo colombiano; y por su lado, el Convenio 169 en su artículo 2, párrafo 2 indica que las acciones que despliegue el Estado para el desarrollo del Convenio deben garantizar la igualdad en derechos y oportunidades de los integrantes de los Pueblos Étnicos. Por tanto, este instrumento internacional complementa, refuerza y especifica el alcance de principios constitucionales

También, el Convenio resulta ser base para determinar la coherencia de las normas posteriores con la Constitución; al tener la misma jerarquía, las disposiciones normativas deben ajustarse a su contenido, porque lo que es posible demandar una norma por incompatible con este Convenio; y al mismo tiempo sirve de criterio relevante para los exámenes de constitucionalidad. Por ejemplo, en la sentencia C-030/08, la Corte Constitucional declaró inexecutable la Ley 1021 de 2006 (Ley Forestal) porque, a pesar de la clara afectación que sufrían algunas comunidades indígenas, la medida se adelantó, “sin embargo, sin que se hubiesen cumplido los presupuestos para la consulta a los pueblos indígenas y tribales en los términos del Convenio 169 de la OIT” (Sentencia C-030/08). Este fallo, y otros, tomaron como base para juzgar la constitucionalidad de

una norma el Convenio, por lo que su adopción representa un instrumento adicional para garantizar la armonía dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Además, resulta ser un pilar en la consagración y defensa de los Derechos Humanos (DDHH), porque establece normas internacionales detalladas y específicas para la protección de los derechos de Comunidades Étnicas, que constituyen el refuerzo de los DDHH que el Derecho Internacional ya ha reconocido en diversas oportunidades. Estas normas refuerzan los derechos humanos universales al ofrecer una protección más concreta y adaptada a las realidades de los pueblos indígenas. Al tener jerarquía constitucional, estas normas deben ser integradas y respetadas dentro del marco legal nacional, garantizando así que se apliquen adecuadamente.

Así mismo esta decisión es de vital importancia en vista de la cantidad de comunidades raciales existentes en nuestra Nación. Según el Censo Nacional de Población y Vivienda realizado por el DANE en 2018 y el boletín poblacional del Ministerio de Salud (2019) para el año 2018 la población indígena corresponde al 4.4% de la población total colombiana, representado en 105 pueblos indígenas, con una cantidad de aproximadamente 2 millones de personas. Esto significa que, respecto del último censo realizado en 2005, hubo un incremento de la población indígena en un 36%; y así mismo, hubo un incremento de 22 grupos más indígenas en virtud del autorreconocimiento. Según el informe de 2018, los pueblos con mayor número de población son los Wayuu, Zenú, Nasa y Pastos, conformando el 58.1% de la población indígena total colombiana. El 20.7% de la población total se encuentra en el departamento de La Guajira; el 16.2% en Cauca; el 10.8% en Nariño, el 10.6% en Córdoba. Respecto a las comunidades negras, raizales y palenqueras el DANE informó que hubo una disminución del 30.8% respecto del censo de 2005; por tanto, actualmente se conoce que en estas poblaciones habitan 2.982.224. El autorreconocimiento raizal del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

disminuyó un 16.5%; el autorreconocimiento palenquero de San Basilio también redujo, pero en un 11.2%; y el autorreconocimiento negro, mulato, afrodescendiente, afrocolombiano bajó un 31%. La mayoría habita en el Valle del Cauca, Chocó, Bolívar y Antioquia, pero es posible evidencia una tendencia a la continua disminución de este grupo étnico.

El problema de las cifras presentadas es que se basan únicamente en las poblaciones sobre las cuales existe una titularidad colectiva, es decir, han pasado por el procedimiento de reconocimiento de la propiedad sobre unas tierras (Agencia Nacional de Tierras, 2023). Es decir, quedan por fuera no solo las personas no censadas, sino aquellas comunidades que no cuentan con un registro formal o una titularidad colectiva, pero que en virtud de su derecho al autorreconocimiento deberían estar plasmadas en el mapa colombiano. Si ello fuese así, ¿realmente cuanto más amplia sería la población étnica colombiana?

Por último, sobre la población Gitana/Rom respecto al censo de 2018 con el de 2005 hubo una disminución significativa de la población del 45.5%, puesto que en el primero se contabilizaron 4.857 individuos; y en 2018 solo había presencia de 2.649. La mayor concentración de gitanos se encuentra bajo las Kumpanias de Bogotá PROROM y Unión Romaní. Esto da claridad que resultan ser de las Comunidades Étnicas protegidas por el Convenio 169, la más pequeña y la que en mayor decadencia se encuentra.

Claramente todos esos grupos étnicos representan una minoría en el país, y por ello, adquieren un estatus de protección constitucional relevante para proteger su cultura y costumbres ancestrales, como un Derecho Fundamental a ser consultadas cuando una medida pueda generar impactos económicos, sociales, ambientales y demás, en su territorio y su población.

Como ya ha sido advertido, a pesar de que el Estado debe garantizar la suficiente claridad y protección efectiva del derecho de dichas comunidades, la reglamentación sobre la Consulta Previa tiene múltiples vacíos que inciden negativamente de dos formas: primero, frente a Las Comunidades Étnicas, dado que las lagunas jurídicas o la falta de claridad normativa hace propensa a que ocurran vulneraciones a sus derechos constitucionalmente protegidos; segundo, para los ejecutores de proyectos, porque no tiene parámetros claramente establecidos de cómo proceder frente a la Consulta para poder ejecutar satisfactoriamente los proyectos y que se convierte en un reto de gestión importante. La realización de una Consulta, para el actor de la medida, resulta ser una dificultad que impacta y retrasa la viabilidad y ejecución de una iniciativa; así mismo, en ocasiones se convierten en negociaciones acerca de necesidades insatisfechas:

En el mejor de los casos, las comunidades acceden “a unos recursos que generalmente se concretan en apoyo para algunos proyectos productivos, dotación de infraestructura para escuelas, transporte o vivienda, y la generación de empleo para un segmento de la población indígena” (Villa, 2011, citado por Betancur, 2014), beneficios éstos que no compensan, en el mediano ni largo plazo, los impactos negativos de los proyectos (Murcia, 2014).

Es decir, a veces el proceso de Consulta se carga de asuntos que normativamente no le compete. Además, resulta la problemática entre lo normativo y práctico, pues si bien la Consulta no permite ni el veto de los pueblos ni la imposición de medidas por parte del Estado o las empresas (Sentencia T-376 de 2012), la falta de normativa en el tema influye en el comportamiento de ambas partes, y las concertaciones terminan siendo mesas de discusión sobre asuntos que no se correlacionan directamente con las afectaciones a La Comunidad. Incluso, para algunos la Consulta Previa termina siendo un derecho patrimonial, y no fundamental, en vista de que permite la cesión de parte del territorio. En otras palabras, existe un conflicto entre el Estado (dueño del

subsuelo), los consultados (dueños de los territorios) y las empresas (titulares de la iniciativa económica), y como ni siquiera el Convenio o el ordenamiento jurídico colombiano satisfacen la totalidad de hipótesis que puedan existir para conocer cómo hacer la consulta, estas se desarrollan en el marco de la iniciativa de su autonomía privada. Entonces, generalmente las empresas piensan que la Consulta entorpece su negocio y quieren salir lo antes posible de ella, y Las Comunidades no se satisfacen fácilmente en las fórmulas de compensación (Murcia, 2014).

Para llenar esos vacíos legales en la reglamentación de la Consulta Previa, en distintos Gobiernos se han emitido normas que pretenden dar forma al proceso, pero sin mucho éxito. Por ejemplo, el Decreto 1320 de 1998, así como las Directivas presidenciales 1 de 2010 y 10 de 2013 han sido declarados nulos total o parcialmente por el Consejo de Estado, o han sido inaplicados mediante sentencias de tutela por la Corte Constitucional. La Directiva Presidencial 08 de 2020 se limita un poco a recapitular los asuntos más claros y concertados sobre las etapas de la Consulta Previa, y por su parte, el Decreto 2353 de 2019 modifica la estructura del Ministerio del Interior, pero no hay una propuesta robusta en la ruta metodológica. Ello ha llevado nuevamente a los actores de proyectos y a las entidades estatales al punto inicial de no tener claridad sobre cómo debe llevarse a cabo la Consulta Previa. Sin embargo, se recalca que en los años 2018, 2020 y 2021 con los proyectos de Ley Estatutaria 134, 127 y 442, respectivamente, se pretendió regular debidamente este Derecho Fundamental, pero todos fueron archivados o retirados; además, dentro del articulado normativo también quedaron algunos asuntos vitales por fuera del debate, y que disminuyen un poco la efectividad del proceso; de ello se hablará más adelante. En la siguiente Tabla se resumen los contenidos regulados y omitidos por las regulaciones.

NORMA	ASPECTOS REGULADOS	ASPECTOS OMITIDOS
-------	--------------------	-------------------

Decreto 1320 de 1998	<p>Aplicado al campo de la explotación de recursos naturales, esta norma estableció el deber de realizar el proceso de Consulta Previa para otorgar la licencia ambiental correspondiente. Estimó la participación ambiental de comunidades negras e indígenas en los estudios ambientales.</p> <p>Especificó que, aunque el Ministerio del Interior es el competente para determinar la presencia de comunidades negras e indígenas, en caso tal que se encuentre la presencia de estas, así una certificación haya declarado la no presencia, deberán ser incluidas en el proceso para garantizar su participación.</p>	<p>Según diversos fallos de la Corte Constitucional, como los T-652/98, T-955/03, T-880/06, T-745/10 y SU-383/03, el decreto no se ajusta realmente a los principios establecidos por el Convenio 169 de la OIT, razón por la cual ha sido inaplicado, y en su lugar, el Tribunal ha determinado las acciones específicas para garantizar la participación ambiental.</p>
Directiva Presidencia 1 de 2010	<p>A través de 5 puntos específicos se determinaron a grandes rasgos cómo debía realizarse el proceso de Consulta: mecanismos de aplicación del Convenio 169, situaciones de aplicación y no aplicación de este proceso, y etapas de este.</p>	<p>La Directiva presidencial extralimitó su objetivo, y terminó regulando un Derecho Fundamental, violando así el principio de reserva de Ley Estatutaria. Por tanto, bajo esta argumentación el Consejo de Estado declaró la nulidad parcial de la Directiva bajo sentencia del 24 de noviembre de 2022 radicado 11001-03-24-000-2012-00025-00</p>
Directiva Presidencial 10 de 2013	<p>Tomó de base los preceptos de la Directiva 1, explicitando las 6 etapas del proceso de Consulta, con los responsables y los objetivos que cada una busca. Esta puede considerarse como la normativa más completa, desde su competencia.</p>	<p>Al ser una Directiva Presidencial su objetivo no es regular un Derecho Fundamental, pero para el Consejo de Estado, algunos apartados de esta normativa constituyeron órdenes reglamentarias que ameritaron su declaración de nulidad parcial en la sentencia del 10 de agosto de 2023 radicado 11001-03-24-000-2016-00164-00</p>
Decreto 2353 de 2019	<p>Reestructuración del Ministerio del Interior atendiendo a la decisión tomada en la Sentencia SU-123/18, se</p>	<p>No fue un avance en la determinación de la ruta metodológica del proceso,</p>

	<p>emitió este decreto para adoptar medidas pertinentes a la certificación de presencia y afectación de Comunidades Étnicas para hacer efectivo el proceso de Consulta Previa.</p> <p>Se actualizó la estructura del Ministerio, incluyendo nuevas direcciones y subdirecciones, especialmente la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa. A esta se le otorgó la autonomía y se le encarga la coordinación, dirección y gestión de los procesos de Consulta. También, se crearon subdirecciones específicas para aspectos técnicos, de gestión y corporativos del proceso.</p>	<p>puesto que su objetivo era atender a la restructuración del ente ministerial para organizar de manera eficiente las responsabilidades estatales en el proceso de Consulta.</p>
Directiva Presidencial 8 de 2020	<p>Conforme a la restructuración del Ministerio del Interior, recalcó los deberes de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, aunado a la recopilación de las etapas consolidadas en las otras Directivas Presidenciales.</p>	<p>No regula ningún aspecto adicional dentro del proceso, dado que se limita a la recopilación de las etapas que otras Directivas han mencionado, pero actualizando responsables.</p>
Proyectos de Ley	<p>Tanto los proyectos 134, 127 y 442 constituyen una regulación bastante expedita del proceso de Consulta, identificando tiempos, etapas de duración y responsables.</p>	<p>Quedaron por fuera aspectos secundarios como establecimiento de normas específicas, parámetros de equidad, entre otros asuntos de los cuales se profundizará con posterioridad.</p>

Por tanto, ha sido trabajo de la Corte Constitucional darle forma a dicho proceso, donde se destacan la Sentencias SU-123/18, SU-039/97, SU-383/03, como fallos de unificación que han presentados argumentos más sólidos; y como ejemplos, existen sentencias tales como la T-652/98, T-737/05, T-745/10, entre otras, que desde la competencia de la Corte en resolver casos particulares, han dirimido los conflictos presentados, incluso aplicando parámetros que desde los fallos de unificación se han emitido. El Alto Tribunal ha tratado de establecer una ruta

metodológica efectiva que permita delimitar alcances y precisiones sobre este derecho, pero surgen múltiples críticas a los estándares determinados por la Corte, o bien hay aspectos que no terminan de darle suficiente forma y claridad al proceso. Por ejemplo, propuestas ante la falta de establecimiento de parámetros económicos equitativos y proporcionales en la etapa de concertación, la especificación de la necesidad de concretar normas especiales para los distintos sectores empresariales que deben realizar este proceso, la determinación de tiempos en las etapas, o la limitación geográfica para declarar una afectación.

Pero si hay algo que destacar, es que la Corte ha propendido por darle mayor claridad a este proceso dentro de las distintas actividades económicas y proyectos que pueden llegar a impactar directamente a Las Comunidades Étnicas. De esto se retoma nuevamente la reciente importancia que toma el cuidado del medio ambiente desde las políticas internacionales, específicamente de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático, porque se deriva el compromiso estatal con la protección del medio ambiente en armonía con la defensa y protección de los derechos fundamentales de las Comunidades Étnicas.

Sin embargo, cualquier actividad por más que se abandere por mitigar los efectos del cambio climático y contribuir a un ambiente más sano, no significa que puede ejecutarse sin preguntar, lo cual incluye claramente a los proyectos REDD+. Es vital entender que cualquier proyecto requiere respetar filtros y requisitos y los procedimientos establecidos por el orden jurídico, más cuando puede verse una comunidad entera afectada por las limitaciones que los proyectos mencionados implican. En este sentido, aparece la Consulta previa como un derecho que busca materializar ese propósito y que se convierte en la principal herramienta de participación ambiental de las Comunidades. Pero, como también acotó, es un procedimiento que debe analizarse con cuidado y reconstruir prudentemente su contenido y requisitos. Por tanto, este

trabajo pretende contribuir a la reflexión sobre cómo articular la protección del medio ambiente con la protección y garantía de los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas, para ello se recurrirá a los criterios y reglas jurisprudenciales que ha sido el referente jurídico más importante para determinar los lineamientos y ruta metodológica del proceso en cuestión.

Específicamente, se busca analizar el fallo T-248/24, la sentencia de reciente expedición en la que la Corte Constitucional articula los dos temas referidos: los Derechos Fundamentales (DDFF) de Las Comunidades Étnicas en la relación con proyectos de protección al medio ambiente REDD+. Esta relación temática resulta novedosa porque permite analizar de manera abstracta la ponderación entre los derechos de los particulares a realizar actividades económicas, el derecho de los colombianos a gozar de un ambiente sano, y las prerrogativas fundamentales de las Comunidades Étnicas en relación con su participación ambiental activa para concertar la ejecución de proyectos que impactan directamente en el territorio.

Es por ello que se procederá a analizar este Derecho Fundamental en el marco del fallo mencionado para destacar lo novedoso de hablar de este Proceso en proyectos REED+. Así mismo, servirá para determinar los avances jurisprudenciales en la reglamentación efectiva de este DF, y los retos que continúan para el Derecho colombiano.

Sección 1: la Consulta Previa: un Derecho Fundamental

La Consulta Previa

1.1 Concepto y origen

La Comunidad Internacional ha reconocido la discriminación que los pueblos indígenas han sufrido a lo largo de la historia, así como explotación laboral y falta de protección a su identidad. Es por ello la Organización Internacional del Trabajo, en adelante, OIT, con el objetivo de brindar

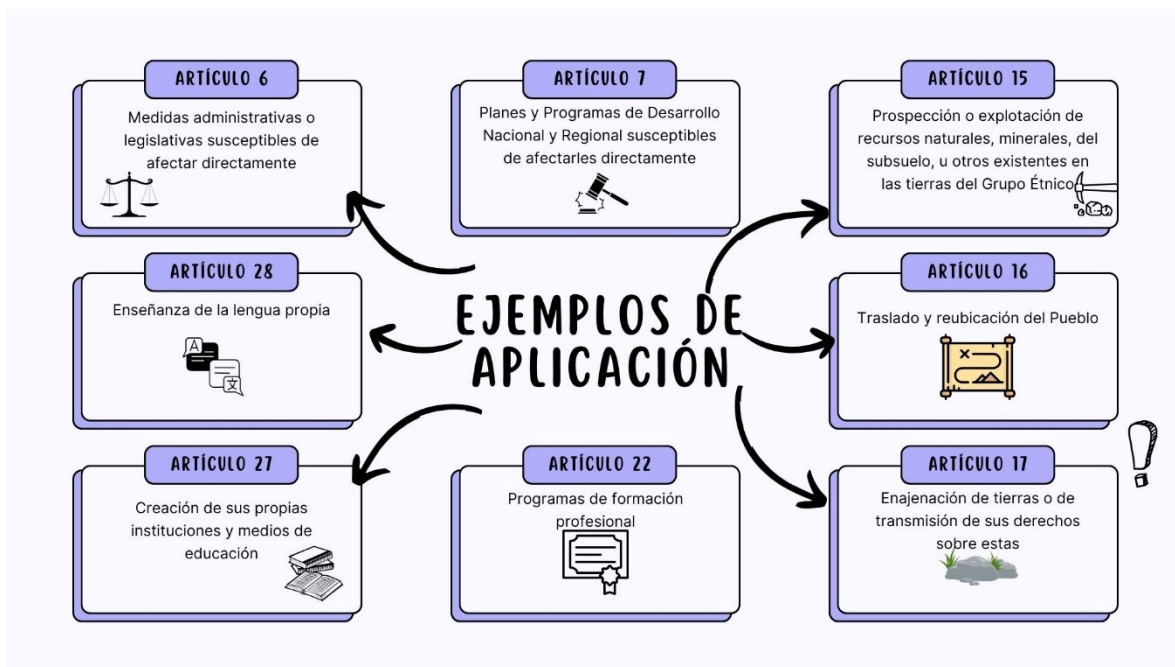
bienestar a estas comunidades y propender por la protección en vista de que la modernidad hace que estén propensas a desaparecer, procedió a adoptar el Convenio 107 de 1957 sobre las poblaciones indígenas y tribales. Este reprocha todo tipo de discriminación contra la población indígena, destaca la importancia de sus derechos a la subsistencia y participación en medidas que puedan afectarlos, para promover la igualdad. Así mismo, incluye regulación sobre derechos a las tierras, contratación y condiciones laborales, formación profesional, artesanías e industrias rurales, seguridad social y salud, educación y medios de comunicación. Sin embargo, los pueblos involucrados cuestionaron la política propia de esta decisión; de modo que la OIT en 1986 determinó que “el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno” (Corte Constitucional, Sentencia SU-383/03); es decir, buscaba asimilar a los pueblos indígenas a la cultura dominante (Pulido, S.F.), lo que no responde necesariamente a los objetivos inicialmente plasmados.

El Convenio 107 a pesar de reglamentar derechos sobre la tierra, para la población protegida no era suficiente; sobre todo la mayor falencia destacada era que no contemplaba el derecho de participación o consulta para las Comunidades en iniciativas que pudieran perjudicarlas (ibidem). Fue así como el Consejo de Administración de la OIT incluyó en su agenda de 1988 y 1989 las críticas al Convenio 107, lo catalogó como un instrumento que debe promoverse con prioridad y revisado (Elkin, 2018) especialmente en lo tendiente al reconocimiento de tierras y falta de procedimientos de consulta, para asegurar efectivamente las garantías participación y consulta, tierras y territorio, contratación, educación y salud (Hernández, S.F.).

Por tanto, en 1989 la misma organización adoptó el Convenio 169, el cual resulta más progresista y proteccionista; se centra en reforzar la promoción del respeto por las Comunidades Tribales en su identidad ancestral, derecho a la autodeterminación y participación activa en

proyectos. Este Convenio reforzó los aspectos del Convenio 107, donde se pueden identificar 7 principios básicos para la protección de comunidades indígenas, negras, raizales, palenqueras y ROM, en adelante, las Comunidades Étnicas (Morales, 2013).

- Identificación de los pueblos a partir de criterios prácticos de autodeterminación.
- No discriminación como garantía al ejercicio de Derechos y Libertades Fundamentales.
- Medidas especiales, según el artículo 4, para salvaguardar a los pueblos y sus bienes, teniendo en cuenta sus deseos.
- Reconocimiento de su cultura.
- Derecho a decidir las prioridades para el desarrollo.
- Consulta y participación: este puede ser el más relevante para la presente Tesis, pues el artículo 6 consagra la obligación de efectuar una consulta con los pueblos cuando se puedan ver inmersos en afectaciones. Si bien no se expresa el cómo hacerlo, se determinan lineamientos o principios para su ejecución. Así, se dicta que la Consulta debe realizarse a través de instituciones representativas con procedimientos adecuados, de buena fe, garantizando la libertad de los pueblos. El proceso dese debe entablar desde el respeto y la participación, no meramente encuentros informativos.
- Obligatoriedad de ejercer la Consulta en determinadas acciones: si bien el convenio no trae la lista taxativa de cuáles son las únicas medidas, los artículos 6, 7, 15, 16, 17, 22, 27 y 28 enumeran acciones en las cuales es obligatorio ejecutar el Proceso.



En 1991 con la Ley 21 este Convenio aprobado e incorporado al Ordenamiento Jurídico colombiano; constituyó además de un pilar fundamental para la Carta Política de 1991, un desarrollo a diversos principios constitucionales, sobre lo cual más adelante se profundizará. La ratificación del Convenio incidió en su ingreso al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, pues toma la misma posición que la Constitución Nacional, atendiendo a los criterios del artículo 93 y 94 (Quinche, 2012), así como lo ha indicado la Corte Constitucional en sentencias como SU-039/97, SU-393/03, C-169/01 o C-063/10. Es así como el reconocimiento de la Consulta nace de la soberanía colombiana porque resulta importante atender a los llamados de la Comunidad Internacional al respeto por poblaciones que históricamente han sido discriminadas.

Tenido en cuenta lo anterior, con el enfoque en el derecho a la participación democrática nace la Consulta Previa, la cual puede definirse como un derecho:

fundamental que poseen las comunidades étnicas o también denominados sujetos colectivos de protección especial, reconocidas y protegidas constitucionalmente, cuya finalidad es la salvaguarda y preservación de su identidad étnica, cultural, social y económica, basada en la garantía de la

participación frente a eventuales medidas legislativas, administrativas o la realización de obras, proyectos o actividades, que afectan directa y específicamente a su integridad étnica o su subsistencia como grupo social, cuya finalidad es procurar un acuerdo viable (Morales, 2013, p.86).

Pero también puede definirse como el instrumento para ejercer otros derechos:

La consulta previa además de ser un instrumento de participación, es un instrumento de ejercicio real de la autonomía de los grupos étnicos. Un ejercicio de autogobierno y de articulación con los proyectos de desarrollo nacional y con sus planes propios de vida y sus modelos económicos que no están basados en la economía de mercado. Tiene esa doble connotación y por eso la interculturalidad debe ser también un criterio fundamental de fondo en los procedimientos de la consulta. (Revista Semillas, 2008)

Pero ¿qué significa que una Comunidad Étnica pueda verse afectada por una medida? El Convenio 169 no trae un significado de tal concepto, por lo cual ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que ha establecido la acepción y alcance. Cuando se trata de una Ley, la Sentencia C-030/03 estima que hay afectación cuando “la ley altera el estatus de una persona o de la comunidad”. Por su parte, la Sentencia SU-039/97 define este término como el “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”. En la misma línea, la Sentencia SU-123/18 la define como “el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”. Por ejemplo, el Gobierno Nacional va a implementar su Plan de Desarrollo e incluye acápite tendientes a la regulación de la titularidad colectiva de los territorios; o un actor privado se gana una licitación de

la Agencia Nacional de Infraestructura, por tanto, se convierte en el contratista que va a desarrollar una vía nacional.

Es así como incluso este proceso puede servir como mecanismo de participación ambiental, en la medida en que tanto fallos de tutela como fallos de constitucionalidad han estimado que en procesos que incidan en la afectación al medio ambiente de los territorios colectivos, es obligatorio adelantar la Consulta Previa. Además, como se mencionó anteriormente, el Decreto 1328 indica la obligatoriedad de agotar este requisito cuando así se requiera, para el otorgamiento de licencias ambientales.

Algunos ejemplos de fallos de constitucionalidad que explican esto son:

FALLO	ASPECTO POR DESTACAR	DECISIÓN TOMADA
C-175/09	Las medidas legislativas en materia ambiental pueden inferir en impactos para Comunidades, y es menester realizar el proceso de Consulta antes de la emisión de la norma,	Declarar INEXEQUIBLE la Ley 1152 de 2007, <i>“por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones.”</i>
C-196/12	En varios casos de tratados internacionales la Corte concluido que no había obligación de consultar, pero ha especificado que las medidas legislativas o administrativas que les desarrollen y afecten directamente a los pueblos indígenas y tribales deben ser consultadas.	Declarar EXEQUIBLE la Ley 1458 del 29 de junio de 2011 <i>“Por medio de la cual se aprueba el “Convenio Internacional de Maderas Tropicales, 2006”, hecho en Ginebra el 27 de enero de 2006.</i>
C-891/02	Existe un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que afecte en forma directa a las etnias que habitan en su territorio.	Declara EXEQUIBLES algunos artículos de la Ley 685 de 2001, como el 37, 39, 48, 49, 50; y la exequibilidad condicionada de expresiones utilizadas en la Ley.

	El hecho de que en el proceso de Consulta no se haya podido llegar a un acuerdo, no impide la expedición de la medida. Pero advirtió que debe haber una Consulta previa a la emisión de la medida administrativa o legislativa. Pero también una Consulta posterior, cuando entra en vigor la norma.	
C-245/04	Establecimiento de razones bajo las cuales el hecho de que el legislador haya asignado a las <i>autoridades ambientales competentes</i> la elaboración de un plan de manejo ambiental para la erradicación de cultivos ilícitos y el manejo de sustancias controladas no implica el deber de agotar la Consulta. Pero precisa que en la instancia administrativa de elaboración del plan de manejo ambiental para la erradicación de cultivos ilícitos debe agotarse el Proceso respecto de las Comunidades que resultasen afectadas.	Declara EXEQUIBLES los artículos y expresiones demandadas.

Conforme a lo anterior, ¿quiénes son los actores, el proceso, los tiempos? Ello ha sido difícil de establecer, nuevamente entra la jurisprudencia de la Corte, y otras entidades, a tomar protagonismo. De estos aspectos específicos se hablará más adelante.

1.2 Leyes, Directivas presidenciales y Decretos

Si bien el Convenio 169 trae los pilares base para comprender la aplicación de este Derecho Fundamental, no trae todas las pautas, puesto que corresponde a los Estados firmantes determinar, según sus necesidades, la aplicabilidad en concreto. En Colombia se han tenido varias dificultades en la implementación de reglamentaciones y políticas efectivas para crear una ruta metodológica garantista y que pueda aplicarse a los múltiples proyectos que pueden afectar a las Comunidades. Ha existido, y sigue existiendo, una tensión entre Gobiernos, empresas, Altos Tribunales y

Comunidades Étnicas debido a esa falta de reglamentación y a las falencias que los intentos han conllevado.

El primer paso para consagrar la Consulta Previa fue la promulgación de la Constitución Política, con las precisiones y avances que como derecho fundamental evidenció, aspectos de los cuales se habló anteriormente. Posterior, la Ley 70 de 1993 trae protecciones especiales en comunidades negras localizadas en zonas baldías del pacífico colombiano. Esta norma tuvo el propósito de

Establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

Pero allí no se establecieron parámetros de Consulta, más bien se consagró que debía garantizarse el derecho de participación a partir del artículo 55 transitorio de la Carta. Así mismo, con la creación del Ministerio de Ambiente mediante la Ley 99 de 1993 se fijó que para la explotación de recursos naturales debía consultarse previamente a las autoridades de las comunidades. De nuevo, no hay un establecimiento de parámetros y ruta metodológica.

En 1998 se expidió el Decreto 1320 por el cual se reglamenta la Consulta Previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Esta norma estableció el deber de consulta en materia de licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental. Adicional, fue estudiado por el Consejo de Estado, quien lo declaró ajustado al derecho salvo la expresión "...y por el término máximo de 24 horas," contenida en el artículo 13, literal "d", que hacía referencia a que cuando no existiese un acuerdo dentro del proceso de Consulta, se suspendería por el término indicado. Así mismo, ha sido

inaplicado en varias oportunidades, en los fallos de tutela T-652/98, T-955/03, T-880/06, T-745/10 y la Sentencia SU-383/03 por no acoplarse realmente al Convenio 169, por no haberse emitido atendiendo a la Consulta Previa, y por encontrarse que, de aplicarlo, se vulnerarían los derechos de Comunidades Étnicas.

SENTENCIA	ARGUMENTO	DECISIÓN
T-652/98	Por las irregularidades que se han presentado en el reconocimiento de las autoridades Emberá y porque aún no se ha iniciado la concertación del régimen aplicable al área de superposición del Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos, si se aplicase el Decreto 1320 habría una falta evidente a los enunciados constitucionales.	Dentro de los 3 meses posteriores a la notificación del fallo se deberá adelantar un proceso de Consulta para la mitigación de los impactos que genera la no utilización de parte de los territorios y la concertación de beneficios en la explotación de recursos naturales.
T-955/03	Tomando en consideración la decisión del fallo T-652/98, y teniendo en cuenta que el Consejo de Administración de la OIT solicitó la modificación del Decreto 1320/98, este no podía ser aplicable.	Ordenó el procedimiento de Consulta Previa, inaplicando las disposiciones del Decreto en mención.
T-880/06	Tomando en consideración la decisión del fallo T-652/98, y teniendo en cuenta que el Consejo de Administración de la OIT solicitó la modificación del Decreto 1320/98, este no podía ser aplicable	Ordenó el procedimiento de Consulta Previa, inaplicando las disposiciones del Decreto en mención.
T-745/10	Tomando en consideración la decisión del fallo T-652/98, y teniendo en cuenta que el Consejo de Administración de la OIT solicitó la modificación del Decreto 1320/98, este no podía ser aplicable	Ordenó el procedimiento de Consulta Previa, inaplicando las disposiciones del Decreto en mención.
SU-383/03	Tomando en consideración la decisión del fallo T-652/98, y teniendo en cuenta que el Consejo de Administración de la OIT solicitó la modificación del Decreto 1320/98, este no podía ser aplicable. Se recalcó la omisión de efectuar la Consulta Previa para emitir el Decreto. A pesar de la potestad del artículo 330 de la Constitución Política, el Decreto no se	Ordenó el procedimiento de Consulta Previa, inaplicando las disposiciones del Decreto en mención.

	acopla especialmente con los artículos 6 y 15 de la Ley 21 de 1991.	
--	---	--

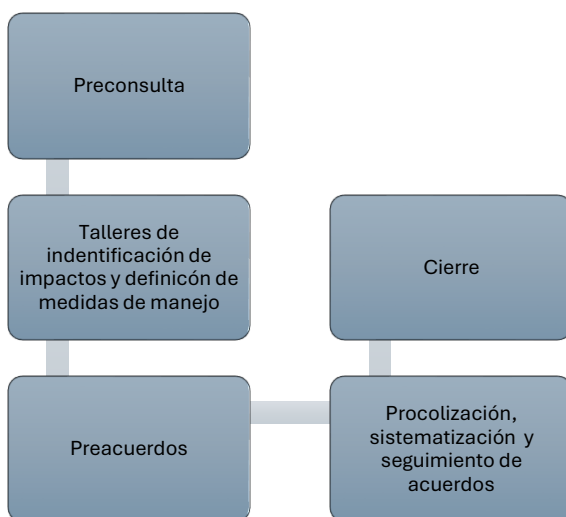
Las iniciativas por reglamentar el proceso de Consulta Previa continuaron en el Gobierno Uribe 2002-2010, “cuyo programa de campaña, Seguridad Democrática, atrajo gran inversión al país, que puso en evidencia la importancia de la consulta previa e impuso una visión diferente del mecanismo y por ende de su necesidad y obligatoriedad” (Manrique, 2015), dado que otros Gobiernos tenían otras prioridades, y sus planes de desarrollo, por tanto, se enfocaban en resolver y combatir otras problemáticas. Además, como se mencionó, las normas hasta la fecha no estaban tan encaminadas a determinar lineamientos.

Es así como en los años 2002-2010 se destaca el Decreto 1220 de 2005 donde se reglamentan las licencias ambientales; si bien no consagra el procedimiento de la Consulta (pues este no es el objetivo de la norma) determinó que para expedirse licencias ambientales en lugares donde habitan Comunidades Étnicas, es menester agotar el proceso de Consulta Previa. Se puede destacar también que en 2008 el Ministerio del Interior se reestructuró por medio del Decreto 4530 de 2008, creándose direcciones especializadas en Consulta Previa, sobre asuntos de Comunidades Étnicas, dependientes al viceministro del interior, “del cual surgen publicaciones que recopilan los conceptos y jurisprudencias sobre el tema, se construyó una guía útil para las demás entidades nacionales al respecto ...” (Manrique, 2015). Puede considerarse un avance la creación de organismos especializados en Consulta Previa y asuntos étnicos, dado que permiten el enfoque diferenciado dentro de Ministerio para atender a particularidades que a lo largo de los años se ha ido intensificando su necesidad de estudiar y resolver.

Posteriormente, el Presidente emitió la Directiva Presidencial 1 de 2010, donde empiezan a sistematizarse los primeros criterios sobre el Derecho Fundamental a la Consulta Previa. Esta

directiva se divide en 5 puntos: el primero se basa en mecanismos de aplicación del Convenio 169, donde determina que el Ministerio del Interior será el encargado de coordinar el proceso de Consulta, y tendrá responsabilidad compartida con los representantes de proyectos. Adicional, consagró la importancia de la participación del Ministerio Público. En el segundo punto determinó las acciones que requieren la garantía de este Derecho Fundamental, donde se hace una larga mención de proyectos que requieren la Consulta para su ejecución. Este aspecto resulta vital, porque nuevamente se toma en consideración el concepto de afectación directa; y con base en ello estimó qué medidas no requieren este requisito. Realizar esta distinción resulta indispensable a la hora de establecer límites y alcances del derecho, dado que se están construyendo escenarios que esclarecen los parámetros bajo los cuales la Consulta debe o no debe agotarse

Como cuarto punto la Directiva especificó los mecanismos para desarrollar la Consulta, donde estimó las etapas de este: preconsulta, apertura del proceso, talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo, preacuerdos, reunión de protocolización, sistematización y seguimiento de los acuerdos, y cierre.



Elaboración propia

Por último, estimó la forma de manejar los impactos, que son acotaciones al manejo de las etapas, pero no es una especificación de cuánto tiene que durar cada etapa, o cómo hacerse, lo que es una crítica a esta medida. Esta Directiva fue declarada parcialmente nula por el Consejo de Estado mediante fallo del 24 de noviembre de 2022, bajo radicado 11001-03-24-000-2012-00025-00, los capítulos 2 y 3, así como el segundo párrafo del capítulo 4 y de las reglas b), c) y d) del capítulo 5 por dos motivos centrales: primero, porque se violó el principio de reserva de Ley Estatutaria, pues se estaba reglamentando un Derecho Fundamental por medio de un mecanismo no apto. Segundo, se desatendió el deber de la Administración de realizar la Consulta Previa para regular este asunto que genera afectación directa a las Comunidades Étnicas.

Es de destacar además que, en este periodo, además de haberse emitido diversos fallos sobre inconstitucionalidad de leyes por falta de Consulta Previa, se dejó un aporte al nuevo Código Administrativo (CPACA), que comenzó a regir en 2011. Allí se estableció en el artículo 46 la obligatoriedad de la Consulta Previa con decisiones administrativas que puedan afectar a Comunidades, so pena de nulidad del acto.

Por último, para destacar del Gobierno 2002-2010, se impulsó un proyecto de Ley Estatutaria que pretendía la regulación de la Consulta Previa. Sin embargo, esta propuesta concertada con grupos étnicos fracasó por la terminación del período de gobierno y la legislatura en el Congreso de la República no se mantuvo en la agenda pública.

Pero con la llegada del Gobierno de Juan Manuel Santos hubo avances en seguir construyendo una ruta metodológica para el proceso de Consulta Previa. El Decreto 2613 de 2013 consagra una especie de protocolo para la implementación de este proceso. De esto se destaca la labor que adquiere La Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior (creada por el decreto 2893 de 2011) donde se le encomienda la tarea de certificar la presencia de Comunidades

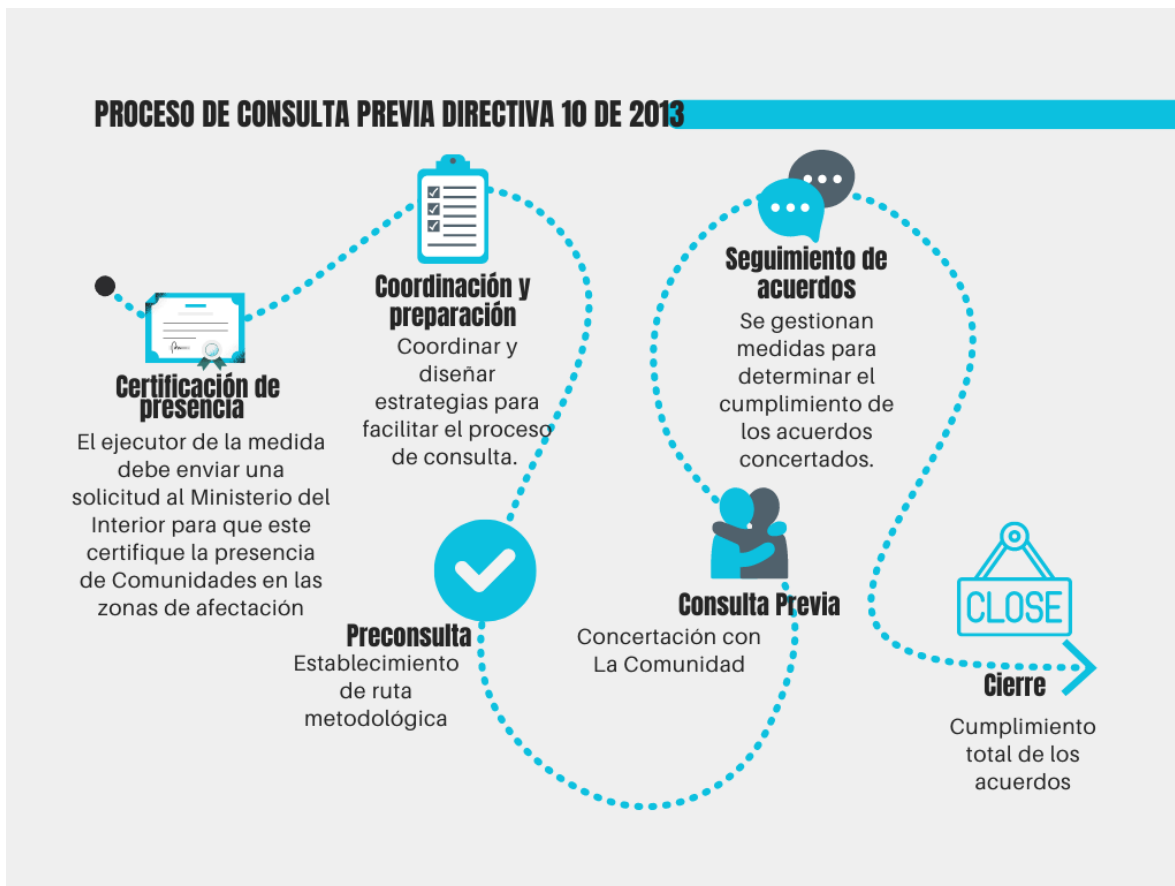
Étnicas en las áreas de influencia de los proyectos a ejecutarse. Así mismo, estableció parámetros para la preconsulta (etapas tomadas conforme la Directiva Presidencial 1 de 2010), las convocatorias y los seguimientos. Sin embargo, se identifica el mismo vacío: no hay un establecimiento de términos y conceptos más específicos que permitan determinar mejor la procedencia de este proceso. Este Decreto nuevamente indica que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior será la competente para certificar la presencia de Comunidades Étnicas, y el INCODER conservará esa misma facultad en los demás asuntos. Así mismo, indica la oportunidad que tiene un ejecutor de un POA (proyecto, obra o actividad) dependiendo del sector económico. Posterior indica en qué fases de la Consulta existe una competencia de parte de esta dirección en temas de convocatorias y seguimientos.

Pero los ánimos de este Gobierno en tratar de reglamentar las etapas se vieron reflejados en la Directiva Presidencial 10 de 2013, vigente a la fecha, la cual es la guía para la realización de la Consulta Previa. Así, se determinaron 6 etapas claves, cada una con su propósito, deberes y pasos a seguir. Primero procede la certificación de presencia de Comunidades Étnicas, posterior, se hace la coordinación y preparación para “identificar a las entidades públicas que tienen competencia relacionada con el POA que se consultará, y convocarlas a una reunión para conocer sus puntos de vista de la situación”. Tercero, se realiza la preconsulta para definir la ruta metodológica de la actividad a desarrollar; cuarto, se hace la Consulta Previa, cuyo objetivo es generar un espacio de diálogo entre el Estado, el ejecutor del proyecto y la(s) Comunidad(es) afectada(s) por la medida, para garantizar la “participación real, efectiva y oportuna” sobre las decisiones tomadas conforme al proyecto que afectan directamente, y cuáles serán las medidas a tomar para mitigar los impactos. Como quinto paso está el seguimiento a los acuerdos, donde se

deben gestionar medidas para observar que las partes estén dando cumplimiento a lo pactado; y con ello dar el cierre al proceso.

Elaboración propia

Como se observa, hasta ahora es la norma más clara en cómo ejecutar el proceso, y ha sido una guía útil para los ejecutores de proyectos y Las Comunidades. Pero en esta directiva quedaron bastantes cosas por fuera, por ejemplo, temas de tiempo, montos máximos de concertación, delimitaciones en la concertación, entre otros. Sin embargo, posiblemente estas especificaciones no se hicieron por temor realizar una reglamentación tan expedita que fuera a violar el principio de reserva de Ley Estatutaria.



No obstante, para el Consejo de Estado sí hubo una regulación que en varios asuntos desbordó la competencia presidencial. Esta Directiva fue demandada recientemente ante dicho organismo para obtener la declaratoria de nulidad de la norma mencionada y de la Directiva Presidencial 1 de 2010. Los demandantes, cabildos gobernadores de los pueblos Kankumano, Kogui, Aruhaco y Wiwa, indicaron que desde el año 2010 hasta la fecha de presentación de la demanda se habían desarrollado 2609 procesos consultivos sin las garantías constitucionales. Así, expresaron que se transgredían diversos artículos de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Río de Janeiro.

Los cargos se basaban en afirmar que hubo un desconocimiento a los principios de legalidad, debido proceso, y reserva de ley estatutaria, dado que, para los demandantes, ambas Directivas Presidenciales regulaban el procedimiento y desarrollo de un Derecho Fundamental, indicando la “totalidad de eventualidades”, para lo cual no ostentaban la potestad. En el mismo sentido, acusaron las normas indicando que fueron expedidas sin realizar el debido proceso de Consulta Previa.

En la contestación a la demanda, se indicó que las normas demandadas correspondían a una regulación de orden administrativo del Gobierno Nacional. Además, que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT otorgaba la facultad a los Estados para definir procedimientos adecuados para garantizar la participación efectiva, dado que la OIT delimitó en el artículo mencionado, una fórmula amplia. Por tanto, las Directivas tenían la finalidad de dar cumplimiento al Convenio aprobado y ratificado por el país. También, se argumentó que la expedición de estas normas no debía agotar el proceso de Consulta Previa porque

[L]a Corte Constitucional (C-175 de 2009), en su jurisprudencia, ha explicado que dicho requisito resultaba aplicable a las medidas susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas,

de tal suerte que aquellas medidas de carácter general que afectan en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos, entre ellos, a los miembros de las comunidades indígenas no se encuentran sujetas al deber de consulta previa... aceptar la tesis de la demanda nos llevaría al absurdo de que cualquier regulación interna al interior del gobierno o de cualquier entidad pública, independientemente de su contenido o alcance, debe surtir el procedimiento de consulta previa. Sería un escenario de coadministración que pugna con toda lógica (negrilla por fuera del texto original)

El Consejo de Estado en últimas declaró de oficio la excepción de cosa juzgada frente a los capítulos 1 y 3 de la Directiva Presidencial No. 1 de 2010 y del segundo párrafo del capítulo 4 y de las reglas (b), (c) y (d) del capítulo 5 de esa directiva, dado que mediante fallo del 24 de noviembre de 2022 se juzgó esa norma. Pero respecto de la Directiva 10 encontró la nulidad en ciertas disposiciones:

1. Deber 2 de la etapa 1.
2. Objeto 2 y actividades 2,3,4 y del procedimiento de convocatorias de la etapa 2.
3. Paso 2 de la etapa 3
4. Las consecuencias de inasistencia del paso 4 y 5 de la etapa 3
5. Paso 1 de la etapa 4
6. Escenarios regulados en los pasos 2 y 3 de la etapa 4

Lo anterior bajo el argumento de que el Presidente de la República emitió órdenes reglamentarias sobre la materia, por fuera de su competencia. Además, se destacó la falta de agotamiento de la Consulta Previa en las disposiciones nulas cuando era necesario hacerlo.

Continuando con la línea de tiempo, para el Gobierno de Iván Duque se puede destacar el Decreto 2353 de 2019, con el cual se reestructuró el Ministerio del Interior enfocado en la garantía al Derecho Fundamental de la Consulta Previa, y dando cumplimiento a la Sentencia SU-123 de 2018. Esta providencia de unificación, en aras de dar protección a Las Comunidades Étnicas a partir de las problemáticas evidenciadas en el fallo, exhortó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República

[P]ara que, con base en los lineamientos expuestos en esta sentencia: **adopten las medidas pertinentes para regular lo relacionado con los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas, que hagan efectivo el derecho a la consulta previa**, en los términos del Convenio 169 de la OIT; así mismo se realicen los ajustes para que la institución encargada de otorgar los certificados de presencia y afectación de comunidades étnicas cuente con autonomía e independencia administrativa y financiera, necesarias para ejercer adecuadamente su función. (negrilla por fuera del texto)

Así, este Decreto hizo hincapié en delimitar funciones y otorgar autonomía administrativa y financiera a algunos organismos de las Direcciones de Consulta Previa, pero no fue avance en la determinación de la ruta metodológica del proceso. De otro lado, puede mencionarse la Directiva Presidencial 8 de 2020, la cual no tiene un rol dominante en la regulación, dado que se limita a recopilar las 5 etapas de la Consulta que se dieron en la Directiva 10 de 2013; pero hace hincapié en las funciones de las Direcciones y Subdirecciones del Ministerio del Interior encargados de participar en alguna etapa del proceso.

Es así como puede verificarse que los Gobiernos han tenido la intención de reglamentar la materia, presentándose asuntos importantes a destacar, y oportunidades de mejora en la expedición de asuntos más específicos del propio proceso. Los mayores avances se lograron en el gobierno de

Juan Manuel Santos, dado que su Directiva Presidencial 10 de 2013 ha sido la norma más clara en establecer el proceso. No obstante, quedan precisiones y asuntos por ajustar, que algunos han sido tratados en la jurisprudencia nacional, como pasa a explicarse.

1.3 Desarrollo Jurisprudencial

Colombia tiene la intención de proteger a sus Comunidades Étnicas, y por ello ha adoptado medidas internacionales de gran importancia para propender por esa protección. Si bien existen medidas legales y administrativas que la promueven, ha quedado en evidencia la falta que hace de fortalecer las medidas para concretar un proceso claro y conciso. Por tanto, la jurisprudencia, en especial la Corte Constitucional ha desempeñado un papel crucial en delimitar y precisar el alcance del Derecho Fundamental a la Consulta Previa.

Posterior a la ratificación del Convenio 169, el enfoque de las decisiones jurisprudenciales se encaminaba en la protección del Derecho vía tutela, es por tanto que se evidencia en los primeros años de la Constitución de 1991, el trabajo de la Corte en la delimitación de los alcances del proceso se realizó a partir de decisiones específicas, de las cuales se puede destacar la Sentencia T-652/98, donde se protegió a la Comunidad Urrá y se ordenó la inaplicación del Decreto 1320 de 1998. También es de destacar fallos como T-955/03, T-880/06, T-745/10, T-737/05, T-154/09, T-769/09, T-129/11, T-693/11, T-693/12, entre otros, en vista de que refuerzan la idea de la protección a la diversidad cultural y a la necesidad de entablar la Consulta Previa como mecanismo previo a la ejecución de proyectos.

En estos fallos se han recopilado o reiterado la jurisprudencia ya consolidada, y se ha establecido medidas de protección al caso concreto presentado a través de precisiones sobre cómo llevar a

cabo el proceso de Consulta u ordenando suspensiones de proyectos hasta tanto se verifiquen requisitos para la concertación de mitigación de impactos.

También se destacan fallos que niegan las afectaciones directas, asunto vital para delimitar el alcance de este concepto, como es el caso de la Sentencia T-405 de 1993 en la cual se negó la tutela interpuesta por la instalación de un radar en el aeropuerto de Araracuara, zona del resguardo indígena Monochoa, en cuanto el aparato fue considerado de seguridad nacional. Se reconoció que con las diligencias adelantadas para la instalación se constató la inexistencia de vulneraciones a los derechos de las Comunidades demandantes dada la falta de peligro.

Por otro lado, los fallos de constitucionalidad han sido fundamentales en el desarrollo del proceso. Porque la Corte ha declarado inexecutable algunas normas por violar la Constitución Política y las normas que hacen parte de su bloque de constitucionalidad, donde nuevamente se refuerza la importancia del Convenio 169. Sentencias como C-030/08 donde se declaró inexecutable la Ley 1021 de 2006 *“Por la cual se expide la Ley General Forestal”* por no verificarse la ejecución de la Consulta. Así mismo, el fallo C-461/08 donde se declaró la exequibilidad condicionada del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, y se suspendieron programas con la potencialidad de afectar a Comunidades Étnicas hasta tanto se realizara la Consulta. O la sentencia C-891/02 sobre la exequibilidad del Código de Minas. En fin, en este tipo de fallos de constitucionalidad también se verifica el papel protagónico del respeto por los Derechos Fundamentales de Las Comunidades Étnicas a partir de principios como la participación democrática e integridad cultural, desde la óptica del Estado Social de Derecho. Es claro entonces que para la jurisprudencia la normativa sobre la Consulta Previa es relevante para analizar la conformidad de normas con la Carta Política. Se le está dando un rango vital a estas discusiones,

pero en este tipo de sentencias no se evidencia mayores avances en materia de determinación de los lineamientos del proceso.

Han sido los fallos de unificación los que más han ayudado a reforzar la importancia del establecimiento de una ruta metodológica. De esto se destacan 3 sentencias fundamentales: SU-039/97, SU-383/03 y SU-123/18. El fallo SU-039/97, si bien fue aterrizado a la explotación de recursos naturales, los argumentos allí plasmados pueden aplicarse a todo tipo de proyectos. En este fallo se destaca que las Comunidades son sujetos de Derechos Fundamentales y se consideran como una unidad bajo el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, por ende, la participación es un derecho de dicha índole porque es la base para la protección de la subsistencia de Las Comunidades como grupo social. Por tanto, para que este proceso pueda llevarse a cabo, recopiló de acuerdo con la normativa internacional y nacional, y la jurisprudencia relevante a la fecha, los aspectos claves:

...a) Que la comunidad **tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos**...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 convocación 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 concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo... (subrayado por fuera del texto original)

Es decir que el proceso se debe ejecutar desde la buena fe de los actores involucrados para garantizar el respeto y la equidad en el proceso de toma de decisiones. Esto porque la buena fe es un verdadero compromiso con el reconocimiento del derecho de participación democrática en aras de proteger el territorio y cultura. Se debe realizar desde el diálogo responsable y el entendimiento, lo que tiene un alcance determinado por distintos factores: de un lado, como es un proceso de participación conjunta, no implica un derecho de Las Comunidades a vetar decisiones, ni faculta a los ejecutores de proyectos a realizar reuniones meramente informativas; segundo, es un proceso que debe facilitar la concertación a partir de los impactos concretados y potenciales con la medida, sin que implique imposiciones injustificadas de cualquiera de las partes. Tercero, no implica que, de no concertarse, los proyectos vayan costa abajo y sea imposible su ejecución.

Continúa la providencia diciendo que

...[D]ebe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena... De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

De esta forma, aclara el fallo que las actividades deben ser compatibles con la protección que el Estado brinda a la integridad social, cultural y económica de grupos protegidos; es decir, se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de las decisiones a través de acuerdos. Este enfoque no solo fortalece la confianza y la cooperación entre las partes involucradas, sino que también asegura que las decisiones sean inclusivas y respeten la diversidad cultural, promoviendo así un desarrollo más justo y sostenible.

La Sentencia SU-039/97 resultó ser un fallo novedoso porque como se mencionó, en la década de los 90s los intereses y preocupaciones de los gobiernos de turno no estaban tan encaminados a este tipo de discusiones y problemáticas. Había sido tarea de la jurisprudencia empezar a dar pinceladas para esclarecer las implicaciones a casos concretos en el desarrollo de este derecho, pero con este fallo se emite unificación de jurisprudencia de estos aspectos que los fallos de tutela estaban dejando, para darle mayor claridad al modo de interpretar el proceso.

En segundo lugar, se destaca la providencia SU-383/03, que se enfoca en la Consulta Previa en proyectos de fumigación de cultivos ilegales, pero que sus argumentos son perfectamente estandarizables a los proyectos en general. Este fallo, además de traer un importante contexto histórico de los instrumentos internacionales para las protecciones de Comunidades Étnicas, determina la importancia del respeto por la diversidad cultural como un pilar axial en el Estado Social de Derecho como quiera que

[R]espetar el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados... i) “representa una clara manifestación concreta del sentido adoptado en esta materia por la Carta vigente”, ii) el artículo 4º del instrumento ordena “adoptar 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”, y iii) el postulado de que estas medidas no sean “contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”, fue elevado “parcialmente a norma constitucional en artículo 330 de la Carta”.

Asimismo, introdujo la Consulta Previa, más allá de un Derecho Fundamental, como un “mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor”. Es novedoso darle este nuevo enfoque a la Consulta porque resalta el

principio de igualdad, porque el artículo 13 de la Carta Política dictamina que el Estado propiciará mecanismos para proteger a grupos marginados.

Aunado a lo anterior, reforzó ideales de ponderación que se verificaban más en sentencias de tutela, por lo que resulta importante que esto haya sido nuevamente traído a colación en una sentencia de unificación. El fallo indica entonces que es cierto que para la ponderación prevalece el interés general, pero este argumento no justifica la vulneración de los derechos fundamentales; en palabras de la Corte:

[No se justifica] la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos, como quiera que el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual así se trate de una minoría o incluso de una persona, y la protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado” ...

... Ante todo es necesario aclarar que el concepto de interés general, como todas las normas constitucionales que consagran valores generales y abstractos, no siempre puede ser aplicado de manera directa a los hechos. La Constitución establece la prevalencia del interés general en su artículo primero, pero también establece la protección de numerosos valores relacionados con intereses particulares...El Estado Social de Derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no solo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia. (negrilla por fuera del texto original)

También, destacó que los escenarios de la Consulta Previa no son taxativos; ningún Convenio enumera cuales sí y cuales no, sino que se limita a dar ejemplos y estimar parámetros generales. En opinión de la Corte, es claro que al Estado colombiano le compete delimitar los alcances del derecho de acuerdo con la situación de sus pueblos aborígenes. En el país, salvo lo consagrado en el artículo 330 de la Constitución nacional, no trae escenarios explícitos para su ejecución, por lo que debe ser en cada caso concreto analizado en sus circunstancias para establecer su obligatoriedad.

Por último, puede mencionarse la Sentencia SU-123/18, la cual trae las siguientes acotaciones relevantes en la unificación de jurisprudencia. Resalta, como la mayoría de las sentencias, la importancia de consagrar la Consulta como un Derecho Fundamental irrenunciable y pilar del Estado Social de Derecho. De otro lado, define la afectación directa como un “impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”. Por tanto, trajo una recopilación de las actividades más comunes, no taxativas, que requieren realizar este proceso.

(i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio...(v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definatorios de la identidad o cultura del pueblo concernido....

Con base en esas especificaciones, la Corte fue novedosa en plantear que cuando se habla de la participación democrática para mitigar impactos, resulta vital determinar los niveles de afectación para saber qué procedimiento seguir. De esta forma, consagró que cuando se trata de afectaciones leves se debe garantizar la participación; cuando es media, una Consulta Previa; y cuando es grave, se requiere la obtención del consentimiento previo, libre e informado. Sin embargo, considero que estas diferenciaciones no son relevantes en la práctica, pues no hay tres procesos distintos para cada tipo de afectación, entonces al final se termina acudiendo a los mismos estándares de la Directiva 10 de 2023 para garantizar la participación democrática de Las Comunidades.

De otro lado, un tercer aspecto novedoso del fallo es la diferenciación del territorio de Las Comunidades Étnicas, que tiene incidencia significativa a la hora de entender la afectación. El geográfico es la ocupación física en un lugar; pero el amplio es donde La Comunidad ha estado presente o ejercido sus actividades. Esa diferenciación ayuda a determinar la procedencia, porque la Corte estimó que un impacto en el territorio amplio no hace la Consulta un proceso obligatorio, pues debe tomarse en cuenta “grado de permanencia y ocupación exclusiva” para evaluar bajo las condiciones concretas si la afectación en el territorio amplio representa algún impacto en los derechos de La Comunidad. Así mismo, la diferenciación de los territorios resulta ser un avance crucial, pues este tribunal determinó que las reglas para evaluar la propiedad de las tierras no se encasillan tajantemente en la normatividad del Código Civil colombiano.

Con base en las reglas establecidas de cara al territorio, este fallo promueve un cambio en las actividades a cargo del Ministerio del Interior. Porque antes se estaba tomando en cuenta el área de influencia de los proyectos para determinar la presencia de Comunidades Étnicas; por lo que las zonas aledañas quedaban un poco en el olvido y desprotección, así técnicamente pudieran

verse afectadas. Pero con este fallo, el impacto directo también se entiende desde un ámbito social, ambiental, espiritual, y demás, que abarca más allá de la zona de influencia, por tanto, la certificación del Ministerio del Interior se basa también en las zonas cercanas (incluyendo el territorio amplio) al área de influencia para determinar la presencia de Comunidades.

...para determinar la procedencia de la consulta previa no es suficiente la constatación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad. El criterio adecuado e indispensable para establecer la aplicación de la consulta previa es el de afectación directa...**Lo anterior, porque los estudios técnicos en los que se basa el concepto de “área de influencia” no dan cuenta de los impactos ambientales, a la salud, culturales, sociales o espirituales que pueden ocasionarse sobre los pueblos indígenas o tribales...**En otras palabras, el área de influencia no establece toda la afectación directa ni la comprende, pues no tiene ese propósito. Por el contrario, el concepto de afectación es el criterio determinante para establecer si procede la consulta previa, por lo que es esencial para este derecho fundamental. (negrilla por fuera del texto)

Por último, establece la importancia de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (“Principios Ruggie”). Estos fueron presentados por el Profesor John Ruggie, Representante Especial de la ONU; fueron sometidos a consideración en 2008 en las Naciones Unidas, y finalmente fueron aprobados en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (Guerrero, 2021). Si bien estos principios no son vinculantes, es decir, hacen parte del *soft law*, y constituyen recomendaciones a los Estados, sirven como un marco de referencia en relación con los Derechos Humanos y la responsabilidad empresarial (Schembri, 2021).

Para la Corte ha sido clara la necesidad de dar cumplimiento con estas recomendaciones, dado que el Estado debe proteger a su población contra violaciones a sus Derechos Humanos, a

partir de la implementación de políticas que consagren la debida diligencia de los ejecutores de proyectos, tanto en su momento previo como posterior. Aterrizado a la Consulta Previa, esta se respeta, desde la óptica de la responsabilidad empresarial, con deberes generales y con un estándar mínimo de protección a Las Comunidades, los cuales deben apuntar a la debida diligencia en su reconocimiento como Comunidades Étnicas y su territorio, y la diligencia en la ejecución de la Consulta. Esta tarea ayuda incluso al juez constitucional para establecer la ponderación entre los derechos de Las Comunidades Étnicas y los ejecutores de proyectos, cuando entra en conflicto determinar la procedencia del proceso, puesto que el estándar de debida diligencia incide en el análisis de ponderación que al juez le corresponde hacer para tomar una decisión. La ponderación se hace entre el interés general, que son los proyectos o medidas que posiblemente afectarían a La Comunidad; y el goce efectivo de los derechos de autonomía, autodeterminación territorio, recursos y participación. Aquí nuevamente se trae a colación los argumentos de fallos de unificación anteriores que establecieron que la primacía del interés general no legitima la violación de Derechos Fundamentales de grupos minoritarios.

En resumen, la jurisprudencia ha mostrado un verdadero compromiso por delimitar y precisar los alcances y el contenido de la Consulta Previa. Lo ha logrado parcialmente, en asuntos de interpretación constitucional ha sido vital. Sin embargo, este tipo de fallos no han sido el pilar estructural en la definición de una ruta metodológica; más bien han sido medidas de protección.

1.4 Proceso

De acuerdo con la normatividad hasta ahora citada es posible establecer que el proceso de Consulta Previa “constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y

cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social” (Sentencia C-418/02). Para llevar a cabo esta protección, el proceso se debe realizar de la siguiente manera:

Etapas 1: certificación de presencia de Comunidades Étnicas: el actor de la medida, en su momento de planificación, debe tener en cuenta que es menester solicitar a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior una certificación de presencia de Comunidades. Cuando el ejecutor conoce el trazado de su proyecto, es decir, su área de influencia, con las coordenadas y tramos adicionales, diligencia el formulario “Formato de Solicitud de Certificación de Presencia o no de Grupos Étnicos en el Área de Influencia de un Proyecto, Obra o Actividad” publicado en la página web del Ministerio del Interior

La solicitud radicada en la Dirección de Consulta Previa debe contener

- Nombre y descripción del Proyecto, Obra o Actividad.
- Identificación del Área de Interés, especificando claramente el departamento(s) y municipio (s); acompañada de un mapa que precise su localización y cuadro de coordenadas geográficas o planos que coincidan con la ubicación descrita en la solicitud,
- Cuadro de Coordenadas
- Actividades para realizar dentro y fuera del área del proyecto

Adicionalmente, el ejecutor debe solicitar a la Agencia Nacional de Tierras información sobre territorios legalmente constituido adjuntando las coordenadas del proyecto.

El objetivo de esta etapa es conocer la presencia de Comunidades Étnicas en la zona del proyecto. Aquí no solo se estudia el área de influencia de la medida como tal, pues la Sentencia

SU-123/18 fue clara en determinar que el espectro de la afectación trasciende, por lo que el Ministerio tiene en cuenta las zonas de alrededor y la naturaleza del proyecto para establecer la verdadera presencia de Comunidades potencialmente afectadas.

Cabe recalcar que este acto jurídico no es válido por sí mismo, pues ya han existido casos en los cuales La Corte Constitucional ha determinado que por no cumplirse con los estándares del Convenio 169, su certificación no era válida. Casos como estos se han reflejado en los fallos T-880/06, T-547/10, T-693/11, T-849/14, T-549/15, T-436/16 y T-298/17. Por tanto, resulta vital que el actor de la medida consulte incluso en las Alcaldías para investigar si ha habido inscripción de Comunidades pero que no han sido elevadas al Ministerio del Interior.

Etapas 2: coordinación y preparación: está a cargo de la Dirección de Consulta Previa, quien convoca a las reuniones requeridas para llevar a cabo las etapas de preconsulta y consulta. En esta reunión se deberá de llevar por parte del ejecutor del proyecto la presentación del mismo y la propuesta de ruta metodológica. Aquí no hay presencia de Las Comunidades, puesto que es el ejecutor quien le informa al Ministerio cuáles han sido las acciones preliminares para llevar a cabo la Consulta.

Etapas 3: preconsulta: una vez la Dirección de Consulta Previa presenta el marco jurídico de la Consulta Previa, el ejecutor con el apoyo del grupo de expertos realiza las siguientes actividades con Las Comunidades Étnicas

- Presenta el proyecto
- Entrega los documentos relacionados con el proyecto que sean necesarios para una mejor comprensión del mismo
- Atiende los comentarios y responde las inquietudes que puedan surgir

- Concertar la ruta metodológica: la ruta es el instrumento mediante el cual se crea un cronograma que contenga las fechas de reunión y el tiempo de duración del proceso, costos de la logística y del equipo asesor de la Comunidad.

De esta etapa El Ministerio debe elevar un acta, y el actor de la medida un registro audiovisual, donde conste la participación de Las Comunidades frente a la ruta metodológica, así como el conocimiento del proceso.

Etapa 4: Consulta Previa: esta es la etapa donde empiezan las concertaciones sobre impactos generados y formas de mitigación. Primero, con la **apertura del proceso**, la Dirección de Consulta Previa realiza una reunión con Las Comunidades donde se les explica todo lo relacionado con el proyecto, su objetivos y alcances, dando otra vez información clara y física para soportar lo dicho en esta reunión. Conforme a ello, se resuelven las dudas preliminares que se vayan presentando. Así mismo, cuando Las Comunidades no comprenden el proceso de Consulta como tal, el Ministerio los cita a una reunión solo para explicar el proceso en sí.

Posterior, se hace la **identificación de impactos y formulación de medidas de manejo**. Aquí se realizan talleres con Las Comunidades para identificar según la proyección de las actividades, cuáles serían los impactos que se generarían y las fórmulas de trabajo para su concreta mitigación. Cuando así se requiera, de acuerdo con el Decreto 2613 de 2013, en esta etapa estará presente la Agencia Nacional de Licencias Ambientales ANLA.

A raíz de estas actuaciones se deben hacer los **preacuerdos**, es decir, las propuestas de parte y parte a las que se comprometen sobre la mitigación de impactos. Pero estos acuerdos no quedan en pie hasta la **protocolización**, donde en otra reunión se levanta un acta con los acuerdos finales, o la constancia de no haber logrado una concertación. Esto último porque como la Consulta

Previa es un proceso de diálogo intercultural es posible que no se llegue a ningún punto medio, dado que “ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un derecho a la imposición...” (Sentencia SU-123/18)

¿Qué pasa cuando no hay acuerdo? No significa que el proyecto no pueda llevarse a cabo porque si se realizó todo el procedimiento para lograr una concertación y no fue posible, no puede ser un castigo para el ejecutor del proyecto. En estos casos lo que se realiza es que el Estado a través del Ministerio del Interior puede establecer cómo se mitigarán los impactos, siguiendo las siguientes reglas que trae la Sentencia SU-123/18, que es el establecimiento de un test de proporcionalidad:

- La decisión debe estar desprovista de arbitrariedad, es decir, debe estar debidamente motivada.
- Deben acreditarse criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto al deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica.
- Debe tomarse en cuenta las posturas de ambas partes, la decisión no puede ser parcializada; las partes deben ser oídas y tenidas en cuenta en sus argumentos.
- Debe respetarse los derechos sustantivos de los pueblos étnicos, según la Constitución Política, y en especial el Convenio 169 de la OIT.
- En la decisión deben establecerse mecanismos eficientes para mitigar los impactos del proyecto en el territorio de Las Comunidades afectadas.

A medida que el proyecto avanza, se van elaborando **seguimientos** a los acuerdos planteados, pues de parte del ejecutor y Las Comunidades surgen responsabilidades que deben acatarse para la correcta mitigación de los impactos. Y por último, se realiza el **cierre de la Consulta** posterior a

la reunión con Las Comunidades donde se establecen las metas y acuerdos cumplidos a cabalidad de ambas partes.

En conclusión, la Consulta Previa constituye una garantía procedimental (Sentencia C-253/13) que se ejecuta en 5 etapas, en cada una existen responsables y se materializa desde esa diversidad de actores, la protección a la participación para garantizar la subsistencia como grupo social.

1.5 Importancia

Hablar de Consulta Previa es sinónimo del estudio de los avances constitucionales que trajo la Carta Política de 1991. A continuación, se nombran los aspectos más relevantes de cara a la estructura de la Constitución Política.

PRIMERO. La aprobación del Convenio 169 ratifica la intención de Colombia de adoptar políticas eficientes sobre temas relevantes para la comunidad internacional. Además, se configura como un antecedente fundamental de la nueva Constitución Política de 1991 en lo relacionado con derechos humanos.

SEGUNDO. La consagración de Colombia como Estado Social de Derecho influye en la acogida de la Consulta Previa como Derecho Fundamental.

TERCERO. Estudiar la Consulta Previa desde la óptica de la nueva Constitución permite analizar los principios constitucionales, los cuales son “normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa” (Sentencia C-1287/01 en Quinche, 2012), para entender que la protección a los sujetos colectivos es esencial en el nuevo cuerpo normativo.

Consecuentemente, los artículos de la Constitución Nacional que resultan más importantes para estudiar el tema son:

Artículo 1: *Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

Es decir que la Nación se funda en un Estado con características donde “no se limita a reconocer derechos a los individuos, sino que además funda su legitimidad, en la eficacia, en la protección y otorgamiento efectivo de los mismos” (Quinche, 2012); así mismo, existe una referencia social en la interpretación de los derechos fundamentales desde la garantía a la libertad.

En el mismo sentido, en la sentencia T-390 de 1993, citada en Morales, 2013, se refuerza la idea de que a partir de la dimensión social del Estado Social de Derecho existe una protección y aceptación a formas distintas de vida social, lo cual resulta trascendental en el apoyo a Las Comunidades Étnicas. Así mismo, hace énfasis en que el artículo 11 de la Carta Política consagra el derecho fundamental a la subsistencia, integridad étnica, cultura y social por parte de los pueblos indígenas

Enfatizando sobre la dignidad, la jurisprudencia ha establecido que es catalogada como un principio y derecho fundamenta superior a los demás, incluso absoluto (Sentencia C-695/00). La dignidad puede analizarse como el ejercicio de la autonomía personal, condiciones materiales de vida e intangibilidad de la integridad física y moral (Sentencia C-397/2006). Estas acepciones deben ser entendidas en el marco del respeto a las comunidades Étnicas en su modo de vivir; debe verse desde la perspectiva kantiana del hombre como fin y no como medio (Sentencia T-133/06).

En la misma línea, resulta imprescindible el respeto por el principio de legalidad pues en un Estado Social de Derecho se está haciendo referencia a la “supremacía de la norma jurídica y los límites del actuar del poder del Estado” (Rechtsstaat en Morales, 2013.) lo cual, desde la redacción del artículo 1 de la Constitución Política, debe entenderse que para respetar ese valioso concepto de la dignidad humana hay una sujeción al principio de legalidad.

Artículo 2: *son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

El principio de efectividad de los Derechos Fundamentales no puede quedarse solo en el papel, el Estado, atendiendo a sus características y legitimidad debe permitir el “acceso y ejecución del poder de forma democrática [y] resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social” (Sentencia T-068/98), lo cual se materializa en su capacidad de cumplir con los fines de servicio en su eficiencia administrativa (ibidem)

Artículo 3: *la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece*

La participación democrática emana de la soberanía popular, pues la democracia se basa en que los propios destinatarios configuren las normas a las cuales se someterán, es el principio de que las distintas personas gocen de una igual dignidad. De allí que Las Comunidades puedan

participar en las decisiones que las puedan afectar. La participación bajo estas circunstancias denota la existencia de un instrumento base para la preservación de la integridad étnica, social, económica y cultural de las Comunidades.

Artículo 7: *el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.*

Reconoce la importancia de la cultura, lo que es poner de manera más explícita las cuestiones y precisiones por el respeto a la diversidad que se plasmaron en el preámbulo y los artículos 1, 2 y 3.

Artículo 8: *es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.*

Extiende a si mismo la protección a los deberes de las personas a preservar la cultura. De aquí puede interpretarse que nace los deberes de los ejecutores de proyectos para la realización de la consulta, de los cuales se profundizará más adelante.

Artículo 10: *el castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.*

El reconocimiento por las lenguas tradicionales indígenas es otra forma de reforzar la protección a la diversidad cultural y tiene plena aplicabilidad en el ámbito del Convenio 169, dado que el artículo 28 consagra en el numeral 3 el deber de preservación de estos lenguajes.

Artículo 13: *todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y*

oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El Convenio 169 es una respuesta efectiva a la discriminación de los pueblos raciales, y la adopción de este al ordenamiento jurídico colombiano es solo uno de los primeros pasos para adoptar medidas de protección contra grupos marginados. Así mismo, el proceso de consulta previa es un instrumento básico para la protección de igual porque pone de presente parámetros de participación democrática para el respeto de la diversidad cultural.

El respeto por todos estos preceptos mencionados, aterrizado a la protección de estos sujetos colectivos, es por medio de la Consulta Previa, dado que es el Derecho y el instrumento para la preservación cultural

Sección 2: preocupaciones del Estado colombiano por el medio ambiente.

El cambio climático

2.1 Cooperación Internacional

El cambio climático es el conjunto de fenómenos que alteran los patrones de temperatura y las condiciones del planeta tierra, debido a la actividad humana. Estos comportamientos inciden negativamente en la forma de vida de la población, puesto que la continua emisión de gases afecta a la atmósfera, y por ello, acelera la desaparición o la afectación de las condiciones para la vida humana (Comisión Europea, S.F.).

Desde la primera revolución industrial podría considerarse que la actividad humana comenzó a emitir gases de efecto invernadero, en adelante, GEI, de manera más veloz. Así mismo, el crecimiento exponencial de la población mundial y la alta demanda de combustibles fósiles ha sido las principales causas para provocar la alteración drástica de la temperatura del planeta. No es un secreto que estas alteraciones tienen repercusiones en la biodiversidad, pues el alza de temperaturas provoca el derretimiento de zonas glaciares y casquetas polares, influyendo en la elevación de los niveles del mar, que al mismo tiempo afecta sobre todo a las ciudades costeras. También, existe una clara afectación para las actividades económicas y sociales de los seres humanos, puesto que la producción agrícola cambia significativamente (especialmente por los cambios drásticos de temperaturas) y representa peligros para la salud, en vista de la contaminación que continuamente se respira en distintas zonas (Acciona, S.F.).

Estas problemáticas han sido destacadas por la Comunidad Internacional, que a través de sus órganos como la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU), ha promovido en los Estados que se implementen políticas efectivas que propendan combatir las consecuencias del cambio climático. Para esto, en 1994 entró en vigor la Convención Marco de las Naciones Unidas Contra el Cambio Climático CMNUCC, donde se identificó un problema: las actividades del ser humano estaban llevando a que la Tierra estuviera presentara cambios indeseados, que repercutiría

negativamente en la vida de los ciudadanos. Por tanto, la Convención plasmó el objetivo de crear estrategias que disminuyeran la cantidad de GEI emitidos a la atmósfera debido a actividades antropógenas, para que el ecosistema tuviera el tiempo y espacio para adaptarse a las nuevas condiciones del planeta. Estableció mayores responsabilidades en los países industrializados, dado que son estos los que mayor contaminación generan, y creó fondos para que estos países presten apoyo financiero a los países emergentes para adoptar políticas amigables con el medio ambiente (UNCC, S.F.).

De esta Convención marco nacen múltiples iniciativas que buscan reducir la emisión de GEI, una de estas son los proyectos REDD+ Reducing emissions from deforestation and forest degradation, es decir, su enfoque está en el manejo de una gestión forestal responsable para combatir el cambio climático. Este tipo de medidas fue introducido formalmente en el marco del CMNUCC para el protocolo de Kioto, que entró en vigor en 2005, donde se impuso a los países industrializados reducir sus emisiones de GEI. Para los países emergentes que ratificaron el Convenio, como Colombia en 2001, no se establecieron obligaciones de reducción de emisiones de GEI, pero se permitía la participación en el Mecanismo de Desarrollo Limpio en el cual los países desarrollados (Anexo 1 del protocolo) podían financiar proyectos de Mitigación de GEI en países emergentes (Ministerio de Ambiente, S.F.).

También, este tipo de proyectos fueron introducidos en el Acuerdo de Copenhague, en el cual se realizaron acciones similares. Si bien este instrumento es de carácter no vinculante, presentó compromisos voluntarios para los países para combatir los efectos nocivos del cambio climático.

De esta manera, los proyectos REDD+ tienen 3 objetivos principales:

- Incluir una serie de actividades encaminadas a mejorar la calidad de vida de las comunidades y hacer realidad su visión de desarrollo territorial, entendido como beneficios económicos, ambientales y sociales adicionales.
- Manejo, monitoreo forestal, protección de la biodiversidad y restauración de áreas deforestadas.
- Eliminar causas profundas del cambio climático. Deforestación y degradación forestal.

Es decir, le apuntan a combatir causas específicas del cambio climático a través de actividades que fomentan el manejo responsable de los bosques y promueve su restauración. Para algunos estas iniciativas tienen algunas desventajas, como riesgos de ejecución inadecuada y falta de monitoreo. Esto significa que un puede elaborarse un desarrollo técnico inadecuado, que, junto con la información asimétrica entre la planeación y ejecución, conlleve a plantaciones erradas. Esto causaría un desbalance en los ecosistemas (Mendivil, 2023).

También, puede existir una monetización de los recursos naturales, que puede distorsionar los incentivos. Porque en muchos de los sitios que se quiere realizar existen comunidades locales que están intrínsecamente conectados con la tierra y la naturaleza, por lo que los incentivos para producir, vender y, por tanto, utilizar los bosques, “son incompatibles con la lógica capitalista, por lo que ofrecer dinero como pago para cambiar el comportamiento esperado crea una expectativa monetaria adicional que altera el esquema de incentivos previo” (ibidem). Es decir, en ocasiones estos proyectos pueden no producir beneficios proporcionales o esperados, incluso generando afectaciones a asentamientos locales, porque en ocasiones se les da un papel secundario donde no son tomados en cuenta para la repartición de las utilidades del proyecto (Gaia, 2023).

En ese sentido, las críticas apuntan a describir REDD+ como un instrumento colonial que favorece el mantenimiento de economías contaminantes, las cuales tienen control sobre territorios que históricamente han sido excluidos como periferias de los centros del desarrollo capitalista. Como ya se indicó, en el esquema actual de REDD+ los territorios son espacios que tienden a concebirse exclusivamente según su valoración económica. En efecto, este tipo de proyectos traen diferentes obligaciones que las comunidades deben cumplir en el uso de sus territorios, de forma que se establece una relación de subordinación bajo la idea de compensación económica y provisión de servicios ambientales (Gaia, 2023).

Bajo dicha perspectiva es que merece la pena analizar estos proyectos desde una perspectiva crítica para establecer los pros y contras. Específicamente, más adelante se abordará la problemática respecto de estas medidas con Comunidades Étnicas.

2.2 Propuestas llevadas a cabo en Colombia: proyectos REDD+

Las iniciativas REDD+ han sido aplicadas en Colombia, pues tiene un compromiso esencial con el medio ambiente al ser uno de los países con mayor diversidad del mundo. Esta responsabilidad estatal se fortalece incluso desde la Constitución Política en el artículo 80:

El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

Estos proyectos claramente no pueden implementarse sin pasar por un filtro jurídico para verificar el seguimiento de requisitos para su aplicación. Por tanto, en el gobierno de Juan Manuel

Santos para su Plan de Desarrollo 2014-2018 dictaminó la consagración del *Registro Nacional de Reducción de las Emisiones de Gases de Efecto Invernadero*, en adelante, RENARE. Esto se efectuó mediante la Resolución 1447 de 2018, en el cual se dispone que el registro mencionado reportará, vigilará y monitoreará los distintos proyectos que pretendan la mitigación de los efectos del cambio climático, en virtud de las metas establecidas por la CMNUCC. La Resolución, tomando en consideración el artículo 80 de la Constitución Política, el artículo 4 de la CMNUCC, el Decreto 1076 de 2015, la Ley 629 de 2000 (aprobación del protocolo de Kioto), y demás, expone la forma en la cual las iniciativas tendientes a la mitigación de GEI deben ser reportadas, su monitoreo y vigilancia.

Las formas clásicas de proyectos REDD+ son el **pago por resultado** y **los mercados de carbono**. Lo primero se refiere a que el ejecutor del proyecto, en un área delimitada, a quienes habitan en dicha zona, les hace unos pagos por su conservación, es decir, impide su tala, y determina los límites de las actividades económicas que allí se pueden realizar debido a la prohibición de la tala. Un claro ejemplo es la imposibilidad de sembrar ciertas plantas o practicar la ganadería. Por otro lado, los mercados de carbono son un instrumento para comercializar permisos de emisión de GEI para personas o empresas “a menudo para compensar las emisiones de actividades como la fabricación de materias primas o los viajes” (Mongabay, 2023).

Los mercados de carbono pueden ser voluntarios o regulados, los primeros son aquellos créditos que se emiten debido a la ejecución de programas, proyectos, acciones o actividades por responsabilidad ambiental. Funcionan a partir de la comercialización de unidades de carbono representadas en certificaciones de reducción o remoción de GEI por tonelada métrica de dióxido de carbono. Por el contrario, los mercados regulados responden a regímenes obligatorios de reducciones de GEI según un estándar internacional, como el protocolo de Kioto; regional, como

la Unión Europea; o nacional o subnacional, como Colombia que tiene Programa Nacional de Cupos Transables de Emisión. De esta forma, el organismo encargado (en Colombia el Gobierno), “expide unos derechos de emisión y los agentes regulados los compran para respaldar sus emisiones de CO2” (Ministerio de Ambiente, S.F.).

De acuerdo con lo que ha sido dicho hasta este momento, efectuar estos proyectos en zonas de Comunidades Étnicas, aplicando una perspectiva con enfoque cultural y siguiendo los lineamientos de los principios Ruggie puede traer grandes beneficios, como lo es la conservación de recursos naturales e invita a la gestión forestal sostenible. También, puede representar ingresos para las Comunidades Étnicas mediante la venta de créditos de carbono o el pago por resultados; así como el fomento por el turismo sostenible, que incide positivamente en las finanzas.

No obstante, si bien estos proyectos tienen un objetivo claro en el desarrollo sostenible del país, tienen un reto importante: respetar los Derechos Fundamentales de las Comunidades Étnicas en los sitios donde las iniciativas tienen impactos negativos, algunos de ellos son: las restricciones al uso de la tierra; como se dijo anteriormente, prohibiciones de tala o ejecución de actividades económicas. Esto puede ocasionar graves repercusiones en el sostenimiento económico de Comunidades, puesto que generalmente tienen un modo de vida ancestral y no industrializado, por lo que se limitan los cultivos y el acceso a la madera, y restringir su actividad económica podría llevar a que requieran desplazarse de su territorio. La restricción de actividades económicas impacta directamente en el modo de vida, puesto que incluso las Comunidades deben usar algunos recursos para desarrollar sus rituales y actos ancestrales; así que impedir la tala, creación de fogatas, o limitación de cultivos, no permite que se desarrollen libremente dado que incluso puede haber una intromisión en lugares sagrados para ellos.

La falta de participación ambiental en la toma de decisiones para la implementación de estos proyectos es la mayor vulneración a los Derechos Fundamentales de estas Comunidades. Si bien los proyectos REDD+ responden a una causa importantísima, incluso desde el punto de vista del Derecho Internacional, y propenden por la satisfacción del interés general, no puede sobreponerse ese interés sobre las prerrogativas de una minoría. Por tanto, se configura la obligatoriedad de agotar la Consulta Previa como mecanismo de diálogo intercultural y mecanismo de la salvaguarda y preservación de identidad étnica, cultural, social y económica, basada en la garantía de la participación.

Al efectuar este proceso, se minimizan los impactos negativos descritos no solo relacionados con la participación ambiental, sino también para evitar que las decisiones tomadas carezcan de transparencia para ambas partes. Porque el mecanismo de la Consulta no puede ser utilizado como instrumento para renunciar a otros derechos (Gaia, 2023), por el contrario, debe ser una forma de reforzar las garantías constitucionales dadas incluso desde la normativa internacional. Además, la adecuada realización del proceso debe ayudar a evitar la pérdida de medios de vida tradicionales de los Pueblos y evitar los conflictos sociales dentro de la misma Comunidad, o esta con los ejecutores del proyecto y el Estado mismo.

En otras palabras, realizar la Consulta Previa minimiza los impactos mencionados, puesto que la concertación permite llegar a un punto medio para establecer compromisos de parte de las Comunidades y los ejecutores de proyectos. También, se potencializan los beneficios descritos, dado que estos espacios de diálogo permiten que las Comunidades estudien y establezcan cómo equilibrar su modo de vida con el cuidado del ambiente, con el apoyo de expertos, que serían los ejecutores de las iniciativas.

Pero, como se ha mencionado anteriormente, el proceso de Consulta Previa carece de claridad en varios aspectos, y más que la relación del proceso con los proyectos REED+ no han sido tratados por la jurisprudencia. Cabe recordar que ha sido a través de las decisiones judiciales que se ha avanzado en parte en la regulación de este Derecho en distintas actividades: infraestructura, reasentamiento, implementación de medidas legislativas y administrativas, explotación de recursos naturales y licencias ambientales. Por tanto, a continuación, se analiza el fallo reciente de la Corte Constitucional que permite entablar esas limitaciones y precisiones al proceso de Consulta Previa cuando se trata de la ejecución de iniciativas REDD+

Sección 3: Sentencia T-248/24.

El fallo de tutela

3.1 ¿Por qué analizar este fallo?

Ha quedado clara la importancia del cuidado del medio ambiente, representado incluso en los compromisos internacionales a propender por la mitigación de los efectos del cambio climático. Así mismo, ha sido relevante en la historia de Colombia tratar de trazar una ruta metodológica clara y eficiente en la Consulta Previa para garantizar la participación de los Pueblos Étnicos frente a iniciativas que puedan comprometer su integridad. Es decir, existe una interdependencia entre el concepto de protección ambiental y DDDF, que merece la pena analizar desde la argumentación que presenta la Corte Constitucional en un caso concreto.

De todas formas, la decisión de esta Corporación no se limitó únicamente a las órdenes particulares a las demandadas; por el contrario, al entablar la importancia de la justicia ambiental y la promoción de la participación comunitaria, presentó precisiones y puntos clave para comprender como correlacionar ambas temáticas. Expuso conceptos relevantes como la titularidad del territorio, concretado como algo más allá del concepto físico de la propiedad del derecho civil

(Sentencia SU-123/18), dándole un alcance más amplio como territorio colectivo. Retomó la idea de que el derecho a la Consulta Previa es una garantía procedimental para lograr justicia social y ambiental. La primera debe entenderse como parte del principio de la dignidad humana y de la solidaridad para crear condiciones necesarias para la realización propia del individuo y su entorno (Barp, S.F.); y la segunda como la administración y manejo de acciones humanas que impactan al ambiente (Sentencia SU-123/18).

Por ello es importante el análisis de esta providencia, puesto que trae precisiones importantes en la normatividad de las iniciativas REDD+ conforme a la protección de DDDFF de Comunidades Étnicas. Realiza un análisis de la interdependencia de estos, y de cierta forma los pondera para establecer el alcance de cada cual y cómo resulta obligatorio el cumplimiento de la Consulta Previa para garantizar la participación dentro de los proyectos tendientes a combatir el cambio climático.

3.2 Cuestiones básicas del caso

La revisión por parte de la Corte Constitucional se deriva del fallo de tutela del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá (21/10/22) que confirmó la decisión del Juzgado 26 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá (26/09/22). La acción de tutela había sido interpuesta por el Consejo Indígena del Pirá Paraná y la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas del Río Pira Paraná contra Corporación para el Manejo Sostenible de los Bosques (Masbosques), la empresa Soluciones Proambiente S.A.S., la compañía Ruby Canyon Environmental Inc., la sociedad Certificadora de Carbono S.A.S., el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales.

Los accionantes hacen parte del del Gran Resguardo Indígena del Vaupés, específicamente hacen parte de una de las 19 Autoridades Tradicionales Indígenas (ATI) de la zona, la cual es la

Asociación de Capitanes y Autoridades Tradicionales Indígenas del Río Pirá Paraná (ACAIFI). Esta a su vez se compone de 16 comunidades indígenas y 18 malocas. Ellos argumentaron que se les estaban vulnerando sus Derechos Fundamentales a la autodeterminación, a la autonomía o al autogobierno, a la integridad física y cultural y los derechos territoriales en el marco de la iniciativa de Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación de los Bosques (REDD+), denominada Baka Rokarire ~ia tir+~dito. Esto porque las empresas no respetaron los estándares de debida diligencia para asegurar el respeto por las Comunidades Étnicas que se ven afectadas por la ejecución del proyecto; pues hubo inconsistencias en la firma de un contrato de mandato, lo cual no era la forma de obtener el consentimiento de Las Comunidades para proceder con el proyecto REDD+.

Hasta 2019, el ACAIFI era la máxima autoridad de las comunidades indígenas del río Pirá Paraná. A partir de dicha fecha, los capitanes de las Comunidades del ACAIFI decidieron crear un Consejo indígena, y este figuraría como la máxima autoridad interna; este consejo quedó comprendido bajo 6 territorios tradicionales y 17 comunidades indígenas, representado por sus autoridades tradicionales y capitanes, respectivamente. Pero el registro de este Consejo tuvo problemas de validación ante el Ministerio del Interior (el cual terminó en marzo de 2021), así que mientras esa controversia era solucionada, paralelamente las compañías demandadas iniciaban las validaciones para empezar el proyecto Baka Rokarire ~ia tir+~dito.

El proyecto REDD+ está sometido a las reglas de la Resolución 1447 de 2018, por tanto, este pasa por un proceso de registro, factibilidad, formulación, validación, verificación, certificación y seguimiento. Los actores que participaron en el proyecto en mención son el desarrollador y formulador de la iniciativa Corporación Masbosques y Soluciones Proambiente; así mismo, el órgano que validó y verificó el proyecto, la empresa Ruby Canyon Environmental

Inc; y, por último, la empresa que certificó el porcentaje de emisiones de carbono aptas para la venta, Cercarbono S.A. Según los hechos de los demandantes, el 2 de marzo de 2021 Masbosques y Proambiente celebraron un contrato de mandato con el representante legal de la ACAIPI John Freddy Benjamín Londoño donde se facultaba al mandatario a desplegar las acciones necesarias para implementar acciones tendientes a la protección de los bosques en el territorio de dicha ACAIPI del resguardo indígena del Vaupés; donde se dispuso por un lapso de 10 años, prorrogables por mutuo acuerdo. Con este contrato civil, según las demandadas, se les permitía la implementación del proyecto Baka Rokarire ~ia tir+~dito.

El 22 de diciembre del mismo año fue presentado al ACAIPI un documento donde se especificaba la descripción, objetivos, metas, responsabilidades de parte y parte del proyecto; así como las formas de participación de Las Comunidades, y las fechas de inicio y terminación de las medidas: del 1 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2047, lapso en el cual se calculó que se ahorrarían 15,724,369 toneladas de CO₂e. El 10 de febrero de 2022 Ruby Canyon Environmental Inc en calidad de Órgano Verificador y Validador, en adelante, OVV, emitió el informe de verificación y validación del proyecto REDD+ Baka Rokarire ~ia tir+~dito, donde nuevamente se establecieron las características del proyecto, fechas de inicio y fin, responsabilidades y objetivos principales, y se indicó que el cálculo de emisiones ahorradas de toneladas de carbono es materialmente correcto. Así, el día 11 de febrero, Cercarbono S.A. emitió la certificación de emisiones de créditos de carbono a nombre de Masbosques, a través de mecanismos voluntarios según la Resolución 1447 de 2018, dando un periodo de acreditación de 20 años.

Una vez aclarados los hechos, ¿cómo percibieron los demandantes la vulneración de sus Derechos Fundamentales? Según su versión, la firma de un contrato de mandato por el

representante legal de la ACAIPI no significa que se garantizó el derecho a la participación, pues este no es la autoridad máxima de la Comunidad. Por lo que al no solicitar autorización de parte del Consejo Indígena del Río Pirá Paraná, no estaban legitimados para implementar la medida del proyecto REDD+, el cual tiene un impacto fundamental y directo en La Comunidad en su modo de vida, su alimentación y su relacionamiento, dado que una de las medidas de mitigación del cambio climático operaría sobre sus zonas de cultivo (chagras). Reforzaron el argumento indicando que incluso el 20 de febrero de 2021 hubo designación de un nuevo representante legal, por tanto, la firma del antiguo representante a fecha de 2 de marzo, en opinión de la parte activa, carece de validez.

Específicamente, atribuyeron al Órgano Validador y Verificador (OVV) una conducta negligente al no verificar el real cumplimiento de las salvaguardas sociales y culturales dispuestas ante la CMNUCC respecto de Comunidades Étnicas. En el mismo sentido, adujeron una conducta de la misma índole de parte de Cercarbono al emitir los créditos de carbono en favor de Masbosques, y no La Comunidad, y atribuyó el incumplimiento de los principios de la Resolución 1447 referente a la ejecución de proyectos REDD+. Así mismo, reprocharon en el Estado colombiano, representado por el Ministerio de Ambiente y el IDEAM, faltas en la verificación, registro y monitoreo de la medida en disputa; además, aseveraron que el Gobierno no ha creado un mecanismo jurídico que proteja los Derechos Fundamentales de Las Comunidades Étnicas en la implementación de estas iniciativas.

La defensa de los demandados se basó en afirmar que el 11 de abril de 2022 conocieron el malestar de La Comunidad por medio de un escrito allegado, a lo cual respondieron que entre marzo y diciembre de 2021 se había efectuado la concertación con los capitanes, líderes y autoridades de La Comunidad, y que por ende no era posible la suspensión del proyecto.

Recalaron que hubo firma del contrato de mandato, visitas de caracterización, jornadas de socialización y visitas de verificación. Así mismo, indicaron que la ejecución del proyecto ya había comenzado donde distintas Comunidades se estaban beneficiando de los créditos de carbono, y mediante distintas actas comunitarias, varias Comunidades estaban convalidando del contrato de mandato. Por último, argumentaron que hasta la fase de factibilidad el proyecto REDD+ estaba registrado ante el RENARE, pero por una medida cautelar impuesta por el Consejo de Estado, la plataforma ya no estaba en funcionamiento.

La Corte realizó un análisis detallado de la línea de tiempo de las actuaciones desplegadas por las demandadas, resaltando el trabajo importante que hacen, puesto que el cuidado del medio ambiente constituye un pilar axial de la Carta Política. Pero determinó en últimas que las demandadas no actuaron conforme a la debida diligencia para salvaguardar a La Comunidad del Río Pirá Paraná. Efectivamente hubo una violación a varios de sus derechos fundamentales a la autodeterminación, autonomía, gobierno propio, territorio, identidad, integridad física y cultural, y consentimiento libre, previo e informado dado que:

- (i) no adecuaron sus instrumentos jurídicos a los estándares internacionales y nacionales de derechos humanos, (ii) no lograron un verdadero consentimiento libre, previo e informado de esta población indígena, y (iii) no realizaron un seguimiento eficaz ni adoptaron medidas adecuadas que hicieran frente a las afectaciones demostradas (Sentencia T-248/24)

Lo que significa que realmente la firma del contrato de mandato y las reuniones informativas sobre el proyecto, no evidenciaron el cabal cumplimiento del proceso de Consulta Previa, siendo por tanto una falta a los principios y reglas constitucionales y legales respecto a la materia.

Así mismo, la Corte concluyó que el Estado no ha adoptado políticas eficientes que garanticen la protección de Las Comunidades Étnicas a la hora de implementar proyectos

tendientes a la mitigación de gases de efecto invernadero GEI. Evidenció que la Resolución 1447 es insuficiente para conocer la real operación de iniciativas REDD+ en territorios colectivos, y no existe un sistema de normas que promueva reglas para la salvaguarda de estas Comunidades, ni se ejerce real control y vigilancia sobre la operación de estos proyectos para conocer si están cumpliendo con sus obligaciones.

3.3 Implicaciones, innovaciones y precisiones del Derecho a la Consulta Previa en el marco de la providencia.

Esta sentencia trata la importancia del debido proceso a la hora de obtener el consentimiento previo, libre e informado, de Comunidades Étnicas para el desarrollo de proyectos REDD+. Con ello se convalida la salvaguarda de los Derechos Fundamentales de las Comunidades Étnicas.

La Corte enfatizó, especialmente, en la importancia de implementar medidas que contribuyan al cuidado del medio ambiente como compromisos propios de Colombia en el marco de la CMNUCC y sus principios constitucionales, para poder mitigar los impactos del cambio climático, a través de la disminución de emisión de GEI. Pero no es posible que este tipo de iniciativas se lleven a cabo sin tener en cuenta los desafíos que su implementación trae cuando se habla de la salvaguarda de sujetos de especial protección constitucional. Porque si bien en cierto que no existe un conjunto de normas completo que indique el procedimiento ideal, no puede desconocerse que en la realidad hay prácticas inconstitucionales que no pueden ser ignoradas.

La Resolución 1447 de 2018 se queda bastante corta sobre este aspecto, puesto que “no desarrolla pasos específicos en cuanto a la aplicación de salvaguardas...No detalla cómo los organismos de validación y verificación deben monitorear las salvaguardas o auditar su cumplimiento” (Sentencia T-248/24); tampoco otorga verdaderas facultades eficientes de

inspección, control y vigilancia al Ministerio de Ambiente sobre las iniciativas REDD+, y mucho menos están determinadas sanciones frente al incumplimiento de las salvaguardas.

Si bien es cierto que se tiene la costumbre de implementar mercados de carbono voluntarios mediante firmas de acuerdos privados (como un contrato de mandato), para las iniciativas REDD+, por ejemplo, no existe un manual o un conjunto normativo que estime la forma de realizar esta implementación cuando se trata de territorios colectivos, por lo que la costumbre está en mantener la implementación mediante acuerdos regidos por la Ley Civil, que en últimas, puede resultar no ser lo más óptimo para la garantía constitucional de Las Comunidades Étnicas.

Los aspectos más relevantes de la providencia, como implicaciones, innovaciones y precisiones al Derecho Fundamental de la Consulta Previa son:

PRIMERO. La providencia refuerza la idea de insistir en la protección del Derecho Fundamental a ser consultados por medio de la acción de tutela. Si bien en el inicio los demandantes expresaron no buscar tutelar directamente este derecho, la Corte en su análisis de admisibilidad examina que el comportamiento de las demandadas puede catalogarse como vulnerador de distintas prerrogativas, y que dentro de ellas estaba el derecho a ser consultados como pilar para entender la validez del proyecto REDD+ Baka Rokarire ~ia tir+~dito.

SEGUNDO. Las conclusiones resueltas en la sesión técnica para determinar la relación entre acciones de mitigación al cambio climático y la protección de los derechos de Las Comunidades. Este, a mi modo de ver, puede ser uno de los puntos más esenciales del fallo; aunque no esté dentro de las consideraciones de la Corte, el análisis preliminar para dar sus argumentos sobre el caso, hacen que se refleje un ejercicio de ponderación entre el derecho colectivo a gozar un ambiente sano, el derecho de los privados a realizar actividades lícitas, y los Derechos Fundamentales de Comunidades Étnicas.

Bajo este apartado, la Corte indicó en primer lugar la existencia de desafíos en la ejecución de proyectos REDD+ en territorio indígena, destacando que dentro de la agenda presidencial 2022-2026 está la reglamentación de los escenarios donde debe desplegarse la Consulta Previa, lo cual sigue a la espera. También, se concluyó que dentro de las iniciativas registradas en el RENARE puede encontrarse que casi el 50% presenta peticiones, quejas o reclamos, solicitudes (PQRS) sobre inconsistencias en las salvaguardas a Las Comunidades, resaltando por tanto que estas iniciativas deben ser adelantadas bajo el proceso de Consulta Previa, para garantizar la participación de Las Comunidades.

Otro de los desafíos que destacó el Tribunal fue el alto costo de concertación con Comunidades, como lo expresaron distintos expertos técnicos, debido a la falta de regulación estatal. La reglamentación de este tipo de iniciativas carece de parámetros respecto a la salvaguarda de los Derechos Fundamentales de los Pueblos Étnicos, lo que hace que los actores privados desarrollen sus actividades a partir de la autonomía privada.

TERCERO. Los instrumentos de Derecho Privado no son el medio óptimo para obtener el consentimiento previo, libre e informado de las Comunidades Étnicas, y su validez no compete exclusivamente a la Jurisdicción Ordinaria. Uno de los argumentos presentados por las demandadas era que, si se consideraba que el contrato de mandato contenía vicios que afectaran su existencia o validez, al ser un instrumento de Derecho Privado, no compete al Juez constitucional pronunciarse al respecto. Sin embargo, la Corte recalcó que cuando se ven afectadas prerrogativas fundamentales de sujetos con especial protección constitucional, sí es posible resolver de fondo el asunto; más cuando se destaca que estos modos de obtener el consentimiento de Comunidades Étnicas resultan no ser idóneos, y, por tanto, violatorio del régimen aplicable.

CUARTO. El hecho de que la iniciativa ya esté formulada, validada, verificada y certificada no compone un hecho consumado, daño consumado, o hecho superado, que constituya una causal de carencia de objeto para una acción de tutela. Otro de los argumentos utilizados por Cercarbono fue aseverar que el daño estaba hecho, y por tanto era improcedente la acción de tutela. Sin embargo, la Corte resaltó que esto no era una excusa para no pronunciarse sobre el caso y tutelar los Derechos Fundamentales de Las Comunidades Étnicas; recalcó que la carencia de objeto se da cuando hay una “desaparición del objeto jurídico...ya sea porque se obtuvo lo pedido, se consumó la afectación o porque existen nuevos hechos a partir de los cuales se pierde interés sobre una decisión judicial” (Sentencia T-248/24).

Sobre el daño consumado (argumento principal de Cercarbono) la Corte precisó que este se da cuando es imposible hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, lo cual no era aplicable al caso, dado que recalcó que, si bien el consentimiento debe obtenerse antes de la ejecución de la iniciativa, existen alternativas, como la potestad judicial, de emplear otras acciones que impidan que la vulneración continúe. Esto resulta importante, puesto que el Tribunal está resaltando que, si bien el proceso de Consulta es previo a la ejecución, en aras de garantizar una óptima salvaguarda de sujetos de especial protección constitucional, se puede ordenar una concertación posterior para determinar la viabilidad de la continuación del proyecto.

QUINTO. La individualización de distintos Derechos Fundamentales aplicados a las iniciativas REDD+. Para comprender la decisión de la Corte es fundamental recalcar la aplicación directa de distintos derechos a las actividades en cuestión, pues permite que se establezca un verdadero alcance de la ponderación entre la potestad y necesidad de implementar prácticas ambientales responsables, y la garantía que gozan Las Comunidades Étnicas.

Respecto al **derecho a la libre determinación, a la autonomía, al autogobierno, el derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales** se indicó que en el diseño del proyecto deben tenerse en cuenta, pues es necesario conocer y reconocer a las autoridades máximas de cada Comunidad, pero es menester comprender la importancia de permitir la participación de todos. Así mismo, resulta fundamental comprender la relación de La Comunidad con el territorio, para proteger su estilo de vida ancestral y su economía. Para el caso concreto resultó este punto muy importante porque el desarrollo de la iniciativa conllevaba a que múltiples zonas tradicionalmente ganaderas y agrícolas tendrían que dejar de serlas para poder evitar la tala de árboles. Si bien se reconoce la importancia de evitar la deforestación, para el caso puntual se destacó el desconocimiento de las demandas sobre la relación entre el Pueblo y su tierra, y como este cambio implicaba afectaciones a la economía local.

Así pues, fue claro para la Corte que es necesario reforzar la idea sobre que los Pueblos Étnicos gozan de propiedad colectiva sobre las tierras donde habitan. Esto se materializa a través del cumplimiento de deberes que tiene el Estado en proteger estos territorios de intervenciones ilegítimas de terceros. Además de reconocer la titularidad de autoridad ambiental de Las Comunidad, los deberes del Estado son:

- (i)...reconocer el derecho de propiedad a favor de los miembros de las comunidades o poblaciones que tradicionalmente ocupa el territorio, lo que incluye la garantía de constitución, delimitación y saneamiento de resguardos indígenas o la protección de áreas sagradas o de especial importancia cultural ; (ii)...emitir medidas legislativas que las protejan de intervenciones arbitrarias de terceros...garantizar el respeto por los usos y costumbres o de su integridad étnica y supervivencia , y (iii) garantizar la disposición y administración de sus territorios... (Sentencia T-248/24)

De otro lado, sobre el **derecho a la identidad e integridad física y cultural y con ello su derecho al desarrollo propio**, el Tribunal Constitucional destacó que debe haber una protección

cultural material e inmaterial; lo primero se deriva del respecto por la titularidad de bienes muebles e inmuebles; y lo segundo abarca las manifestaciones y cosmovisión ancestral. De aquí se destacó nuevamente la soberanía alimentaria, que es la “producción de alimentos saludables y culturalmente apropiados”, donde para el caso concreto hay una clara afectación no concertada acerca del cambio que deben emplear los demandantes en su producción agrícola, dado que en parte de los territorios del proyecto REDD+ es necesario evitar el cultivo.

Por último, respecto al **derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado**, se recalcó algo propio de la sentencia SU-123/18: los niveles de consulta: participación, Consulta Previa y consentimiento previo, libre e informado para afectaciones leves, medias y graves, respectivamente. Sin embargo, a mi criterio, el solo retomar este asunto no representa realmente la constitución de reglas claras para conocer cada procedimiento en específico y esclarecer en qué caso debe efectuarse cada uno. Al final, en la práctica, termina realizándose procesos derivados de los lineamientos de la Consulta Previa, por lo que, en mi sentir, esta distinción se desvanece en la práctica, pero no deja de ser una precisión jurisprudencial relevante.

SEXTO. Resaltar los deberes de diligencia de las empresas, aterrizado a la ejecución de proyectos REDD+. A lo largo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha esclarecido que una parte importante en la ejecución de iniciativas en territorio colectivo es la debida diligencia de los ejecutores. Desde un estándar constitucional se ha establecido la obligatoriedad de las personas y las instituciones de velar por el cuidado del medio ambiente, y se han establecido responsabilidades sociales en la protección mancomunada de sujetos con especial protección constitucional.

Para esto se puso de presente el artículo 333 de la Carta Política, pero se advirtió que la libertad de empresa no es de carácter absoluto, puesto que, debido a la función social de estos organismos privados, la intromisión del Estado a veces resulta necesaria para establecer los límites a esas actividades, que para el caso concreto resulta ser la protección de Comunidades Étnicas. Por otro lado, desde la óptica internacional se reforzó el compromiso de la Comunidad Internacional en desplegar actuaciones tendientes a la protección medioambiental, pero con el respeto por los DDHH en la actividad empresarial, que están compilados bajo los principios *Ruggie*. Estos tienen 2 perspectivas: de un lado, el deber del Estado de proteger a las personas contra violaciones a sus DDHH y contar con recursos para remediar efectos nocivos por dichas vulneraciones; y la responsabilidad empresarial, es decir, respetarlos y brindar formas de mitigación cuando el daño se consumó.

Es así como se deriva la necesidad de la debida diligencia en las empresas para analizar meticulosamente el impacto de sus actividades en los DDFF de los demás. Consecuentemente, para el caso puntual, se enfatizó en que las demandadas debían prever mejor los efectos de la realización de la iniciativa REDD+, y desplegar acciones eficaces para obtener la concertación con Las Comunidad del Río Pirá Paraná, sin limitarse a la firma de convenios que no cumplen los criterios de participación activa y democrática.

Este punto resulta de especial relevancia debido a que, como incluso menciona la Corte, este Tribunal no tiene un precedente específico sobre la implementación, explicación y alcance de la **debida diligencia** dentro del mercado voluntario de carbono y los proyectos REDD+. Por tanto, comporta una verdadera propuesta innovadora en asuntos de Consulta Previa. Si bien los principios *Ruggie* no hablan de la Consulta per se, la innovadora aplicación y exposición por parte de la Corte Constitucional ayuda a darle mayor alcance a estos preceptos en el marco de actividades

económicas sobre las cuales no hay un precedente. Es posible inferir este comportamiento, pero la ratificación que hace el Tribunal comprende un avance jurisprudencial para determinar formas de garantizar la participación de Comunidades en los proyectos que las pueden afectar; en palabras del Órgano de Cierre “estos criterios de valoración son necesarios, además, para encausar la discrecionalidad del juez a la hora de asignar los remedios eficaces para proteger el derecho a la consulta previa” (Sentencia T-248/24).

SÉPTIMO La resolución del primer problema jurídico: *¿Los particulares demandados vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes y las comunidades indígenas que representan (i) a la libre determinación, a la autonomía y el autogobierno, (ii) su derecho a la tierra, el territorio y sus recursos, (iii) el derecho a la identidad e integridad física y cultural y con ello su derecho al desarrollo propio, y (iv) el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, en el proceso de factibilidad, formulación, validación, verificación, certificación y seguimiento del proyecto de REDD+ aplicado en el territorio Pirá Paraná, ubicado en el Gran Resguardo Indígena del Vaupés?*

Para dar respuesta a dicho planteamiento, la Corte retomó el análisis de los principios *Ruggie*, y cómo estos forman un eje fundamental para el respeto por los DDDFF a la tierra, el territorio y sus recursos, a la identidad e integridad física y cultural y a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado. Por tanto, identificó en las etapas de factibilidad, verificación, validación y ejecución las actuaciones desplegadas por las empresas demandadas y cómo no se adaptaron a los lineamientos propios de la debida diligencia. No hubo una correcta identificación de los daños potenciales, no se realizó una concertación con La Comunidad, ni se implementaron métodos efectivos de mitigación de impactos.

Primeramente, la Corte indicó que las demandadas no adecuaron sus instrumentos jurídicos a los estándares nacionales e internacionales para el respeto de los Derechos de los Pueblos Indígenas, puesto que la titularidad del proyecto no recaía en La Comunidad, dado que ellos no ejecutaban la iniciativa en sí. Así mismo, las certificaciones de carbono se emitieron en favor de Masbosques, y no del Pueblo Indígena. Es decir:

[Las Comunidades del Río Pirá Paraná] no actúan como responsables directas de la formulación, implementación, seguimiento y registro de la iniciativa...; no tienen a su cargo directo el reporte y verificación de sus acciones de mitigación de acuerdo con los principios y reglas de contabilidad dispuestos en la resolución [1447 de 2018]; ni...tampoco han tenido a su cargo el deber de suministrar información en el RENARE (Sentencia T-248/24).

Por tanto, la Corte encontró que dentro del proyecto no hay realmente un beneficio directo en La Comunidad. Además, como se antepuso en el punto **TERCERO**, los instrumentos de Derecho Privado no son aplicables directamente cuando se debe concertar con Comunidades Étnicas, debido a su estatus constitucional; entonces el contrato de mandato no respetó esas necesidades diferenciadas de los demandantes, ni constituyó el agotamiento del proceso de Consulta Previa. Tampoco constituye una forma culturalmente adecuada para concertar con los Pueblos, y si así lo fuera, el contrato en mención ni siquiera fue lo suficientemente claro y conciso para establecer parámetros acordes en la titularidad del proyecto, los certificados, beneficios extras, mitigación de impactos, y potestades del mandante.

Como complemento, se indicó además que las demandadas desconocieron la estructura gubernamental de los demandantes, puesto que aquella no se agota en un Representante Legal. Además, desconocieron los cambios estructurales a los cuales La Comunidad se sometió de acuerdo con el Decreto 632 de 2018.

En segundo lugar, la Corte nuevamente retomó la idea de que las demandadas faltaron a los deberes de debida diligencia para obtener el consentimiento de La Comunidad. Esta demostró que el proyecto REDD+ en disputa estaba generando afectaciones significativas en el desarrollo social y ambiental del Pueblo, en la medida de cambios en la administración del territorio e imposibilidad de realizar normalmente las actividades agrícolas. Para el caso puntual, La Comunidad debía disminuir sus chagras (cultivos tradicionales) en un 30%, lo que representa menoscabo en el patrimonio cultural en la medida que se pierde la potestad de administrar los recursos naturales, lo que genera a su vez deterioro en la relación espiritual que estas personas tienen con aquellos.

En tercer lugar, el Tribunal identificó que las empresas demandadas no estaban alineadas con las entidades estatales para crear labores de alistamiento para responder a estas afectaciones. Dado que las empresas no efectuaron el registro del proyecto Baka Rokarire ~ia tir+ ~dito, según ellas, por la suspensión del RENARE a cargo de una decisión del Consejo de Estado. Debido a esta omisión, el Ministerio de Ambiente argumentó que no conoció de dicha iniciativa. Incluso, se probó que ellas tampoco solicitaron al Ministerio del Interior sobre la presencia de Comunidades en el territorio para comenzar el proceso de Consulta Previa, o la organización gubernamental de este.

En cuarto lugar, se probó que las empresas demandadas no obtuvieron el consentimiento previo, libre e informado de La Comunidad del Río Pirá Paraná, puesto que no hubo un proceso de diálogo de buena fe, con intercambio cultural, que permitiera la concertación entre las partes. Los talleres de cartografía social, las entrevistas a habitantes y la firma de un contrato de mandato fueron insuficientes para garantizar la participación y conocer realmente la postura del Pueblo.

OCTAVO. La solución al segundo problema jurídico: *¿el Estado colombiano, representado principalmente en el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, desconoce los estándares constitucionales (i) a la libre determinación, a la autonomía y el autogobierno, (ii) su derecho a la tierra, el territorio y sus recursos, (iii) el derecho a la identidad e integridad física y cultural y con ello su derecho al desarrollo propio, y (iv) el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, al omitir actuaciones específicas relacionadas con los proyectos REDD+ que garanticen un enfoque étnico y diferencial?*

Para responder a este cuestionamiento, la Corte identificó que el caso de Las Comunidades de Río Pirá Paraná era más que un caso concreto sobre el cual pronunciarse. Por el contrario, constituía un cúmulo de circunstancias especiales que hacía meritorio realizar un análisis generalizado, para poder determinar impactos similares en todo el país, y cómo pueden solucionarse en cierta medida.

El problema identificado es la falta de regulaciones específicas sobre los mercados voluntarios de carbono, especialmente la aplicación de proyectos REDD+, en el marco de un enfoque étnico para analizar las necesidades culturales, sociales y ambientales de Las Comunidades étnicas. Existen diversas falencias en el marco normativo, es necesario que haya uno encaminado a responder plena e integralmente a la interdependencia entre derechos humanos y medio ambiente, tomando acciones para definir y garantizar un trato digno y justo contra sujetos constitucionalmente protegidos.

Entonces, la Corte identifica las siguientes problemáticas específicas derivada de esa falta regulatoria: primero, *la insuficiencia de la Resolución 1447 de 2018 para abordar la titularidad de un proyecto REDD+ en territorios colectivos.* Esto dado que no es claro la titularidad del

servicio de almacenamiento de carbono que emana de los bosques, y ello incide en que no hay seguridad jurídica ni para los actores privados ni para las Comunidades.

Segundo, *la ausencia de un cuerpo normativo que establezca un sistema nacional de salvaguardas con fuerza jurídica vinculante, que aborde las necesidades diferenciadas de proyectos REDD+ en los territorios indígenas*. Esto va estrechamente relacionado con la falta de seguridad jurídica; además, la normatividad colombiana no establece un protocolo o una implementación eficaz de las salvaguardas internacionales. Si bien Colombia se ha comprometido a implementar medidas que reduzcan la deforestación y degradación forestal, también lo ha hecho en la protección de Pueblos Étnicos, y dentro del caso concreto la Corte no encontró probado que las entidades estatales estuvieran implementando debidamente estrategias para propender por la protección de DDFF, especialmente la participación y consentimiento. El Ministerio de Ambiente se limitó en indicar que se ha informado ante la CMNUCC las estrategias que están en fase de desarrollo, e identificó los puntos importantes del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 respecto al fortalecimiento de la gestión ambiental responsable, a través de cambios en el RENARE, y la especificación sobre la obligatoriedad de que proyectos REDD+ cumplan las salvaguardas promovidas por la CMNUCC.

Tercero, *deficiencias en el control, vigilancia y supervisión por parte del Estado colombiano a la ejecución de los proyectos REDD+*. La Corte encontró que hay una falta de articulación entre las empresas desarrolladoras de iniciativas REDD+ con las entidades estatales. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible expresó que la supervisión del cumplimiento de las salvaguardas sociales y ambientales en los proyectos REDD+ corresponde a los organismos de validación y verificación, así que este ente no aprueba, evalúa o certifica el cumplimiento. Pero es esencial que puedan establecerse mecanismos de coordinación y seguimiento entre este ente

ministerial (y otros actores estatales) y los ejecutores de proyecto REDD+ para garantizar el respeto y protección de los derechos de Las Comunidades.

NOVENO. La decisión de la Corte. Para este caso el Ato Tribunal tomó decisiones respecto al caso concreto y otras de carácter más general para aportar a la creación de mecanismos eficientes para la protección de Comunidades Étnicas en el marco del desarrollo de políticas ambientales como los proyectos REDD+. Se encontró que los Pueblos Indígenas no tienen condiciones legales y culturales aceptables para intervenir en los mercados voluntarios de carbono a través de este tipo de iniciativas, y la respuesta del Estado no ha establecido mecanismos equilibrados e integrales que respondan adecuadamente a las tensiones presentadas entre Comunidades y empresas privadas; así como las tensiones entre la protección ambiental por medio de mitigación de impactos del cambio climático, y el enfoque étnico ideal que deben tener este tipo de políticas en Colombia, en aras de dar estricto cumplimiento a las salvaguardas promovidas por la CMNUCC y los principios *Ruggie*.

Como previamente se indicó, la Corte encontró que dentro de las fases de factibilidad, formulación, validación, verificación, certificación y seguimiento del proyecto Baka Rokarire ~ia tir+~dito se vulneraron DDFD de Las Comunidades pertenecientes al Resguardo Indígena del Vaupés, específicamente aquellas del Río Pirá Paraná, como lo fueron sus derechos a la a la tierra, el territorio y sus recursos, a la identidad e integridad física y cultural y con ello su derecho al desarrollo propio, y al consentimiento libre, previo e informado.

Las empresas demandadas utilizaron instrumentos jurídicos de Derecho Privado que desconocieron los usos y costumbres de La Comunidad, que no respetaron su organización gubernamental propia, y se omitió un diálogo genuino de buena fe, en tanto no se verificó a concertación real. Por el contrario, se procedió con la firma de un contrato de mandato y se

desarrollaron reuniones informativas, que no cumplen con el estándar nacional e internacional para obtener plenamente un consenso en el desarrollo de la actividad empresarial.

Por todo lo anterior, la Corte revocó el fallo del 21 de octubre de 2022, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó el fallo del 26 de septiembre de 2022, emitido por el Juzgado 26 Penal del Circuito con función de Conocimiento de Bogotá, por medio del cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela inicial. Y en su lugar amparó los derechos a la libre determinación, a la autonomía y el autogobierno, a la tierra, el territorio y sus recursos, a la identidad e integridad física y cultural y con ello su derecho al desarrollo propio, y al consentimiento libre, previo e informado.

Para tutelar estos derechos, la Corte indicó un procedimiento de tres fases como **órdenes particulares**. En la primera, las comunidades indígenas del Pira Paraná, en el plazo de tres meses, se deberán reunir, sin que las empresas demandadas puedan interferir, para decidir si desean implementar el proyecto Baka Rokarire ~ia tir+~dito y, en caso afirmativo, cómo hacerlo, y cómo deberá hacerse a futuro con otros posibles proyectos de esta índole. En la segunda fase, si dentro de los 3 meses establecidos no hay una decisión de La Comunidad, el Ministerio del Interior, en conjunto con el Ministerio Público y las entidades que La Comunidad considere, deberá proponer las condiciones necesarias para su desarrollo. En la fase 3, si a los 6 meses no hay una decisión por parte de La Comunidad, se entenderá que no ella consiente continuar con la ejecución del proyecto REDD+ Baka Rokarire ~ia tir+~dito ni cualquier otra iniciativa REDD+. Por tanto, queda obligado el Ministerio de Ambiente de desplegar las actuaciones tendientes a respetar esta decisión y evitar la continuación de la ejecución del proyecto mencionado.

Adicionalmente, las empresas demandadas deberán definir sus políticas y procedimientos con estándares mínimos de debida diligencia bajo la operación de proyectos REDD+ en territorios

indígenas. Para lo cual será necesario que creen lineamientos para proveer información clara, transparente y actualizada a Las Comunidades; que contengan procedimientos para identificar, prevenir, mitigar y responder a impactos negativos de su operación; y programas de seguimiento y evaluación de riesgos reales y potenciales.

Pero el fallo no se limitó únicamente a las órdenes particulares. De manera adicional dispuso las siguientes órdenes generales para fomentar el enfoque étnico y diferenciado en las políticas ambientales del Estado. En primer lugar, le ordenó al Ministerio de Ambiente, dentro de la Comisión de Estudio para la Promoción y Desarrollo de los Mercados de Carbono, realizar un informe técnico sobre las necesidades y circunstancias específicas para implementar proyectos REDD+ en territorios indígenas. También, deberá crear un protocolo con perspectiva étnica para la ejecución de proyectos REDD+ en territorios indígenas. De este último punto resulta importante destacar que deberá contener, entre otras cosas, “la garantía de consulta previa para su desarrollo que se materializa con la participación de organizaciones representativas de los pueblos indígenas” (Sentencia T-248/24), lo que representa un avance importante en la reglamentación de dicho Derecho Fundamental, pues ahora podremos esperar que el ente ministerial determine pautas claves para el desarrollo de este proceso en el marco de proyectos REDD+.

Como tercera orden al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, deberá crear una estrategia de seguimiento, vigilancia y control de proyectos REDD+ en territorios colectivos, así como una estrategia de acompañamiento y asesoría a Comunidades Indígenas para la evaluación de este tipo de iniciativas. Y, por último, deberá crear y coordinar una mesa de seguimiento de la sentencia T-248/24, donde se evaluará los avances de las órdenes impartidas, y se remitirán informes al Juzgado 26 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

3.4 Conclusiones del análisis del fallo

Esta decisión promueve el debido proceso para obtener el consentimiento de La Comunidad del Pirá Paraná para dotar de validez el proyecto Baka Rokarire ~ia tir+~dito. El análisis presentado por la Corte Constitucional refuerza las obligaciones del Estado colombiano en asegurar la protección del medio ambiente y los derechos de Pueblos Étnicos de manera interdependiente.

Indica claramente que la “Constitución de 1991 implicó un cambio en el paradigma de protección del medio ambiente y de los recursos naturales” (Sentencia T-248/24) y desarrolla por tanto parámetros de protección desde tres ópticas diferenciadas. Primero, como un principio, donde se reconoce dentro del ordenamiento jurídico la importancia de proteger y conservar los recursos naturales. Segundo, como un derecho a gozar de un ambiente sano, cuyo titular son todas las personas. Tercero, como una obligación, tanto a cargo del Estado como de las personas, de proteger, conservar y promover el cuidado de la diversidad.

Una forma de ejercer medidas de protección ambiental es a través de la implementación de iniciativas REDD+, pues son proyectos tendientes a la mitigación de impactos negativos del cambio climático, enfatizado en la gestión forestal responsable. Las personas naturales y jurídicas tienen la potestad de ejecutar estos proyectos, pero deben tenerse en cuenta en dónde se desarrollarán, dado que pueden verse comprometidos las prerrogativas de sujetos de especial protección constitucional, como Comunidades Étnicas. Para mitigar impactos sociales, ambientales, económicas y culturales en la organización y territorio, es menester garantizar la intervención de dichos Pueblos, a través de la implementación de estándares de consulta para obtener el verdadero consentimiento. No puede bastar con reuniones informativas o encuentros asilados con los líderes; en cambio, debe desplegarse un proceso completo que involucre a la comunidad potencialmente afectada, donde pueda participar, opinar, y concertar las formas en que

se mitigará los impactos reales y futuros. Es necesario que el proceso se haga antes de la intervención, para que cumpla realmente su propósito.

No es cierto, como lo afirmó Cercarbono en la providencia analizada, que la Consulta Previa carece de obligatoriedad por no existir una norma que regule el proceso como tal. Si bien es cierto que las reglas son difusas en ciertos aspectos, y no hay una Ley que establezca el procedimiento, a través de Directivas Presidenciales y jurisprudencia han podido establecerse términos generales en las circunstancias que debe procederse con la Consulta, y es claro que, frente a los impactos de una medida, debe iniciarse la Consulta Previa para garantizar la participación activa de quienes se verán impactados.

En sí, el fallo analizado presenta una mirada integral de la protección ambiental bajo los proyectos REDD+, y cómo esto se concilia con la protección a los Derechos Fundamentales de Comunidades Étnicas. En últimas, la providencia presentó una especie de ejercicio de ponderación entre el derecho a gozar de un ambiente sano, el derecho a desplegar actividades empresariales, y los DDDFF de los Pueblos Étnicos.

3.5 Cuestiones no tratadas en el fallo de tutela

Ha quedado claro que la Sentencia T-248/24 trae aspectos relevantes a la hora de determinar la obligatoriedad de la Consulta Previa, así se traten de proyectos que apunten al cumplimiento de obligaciones internacionales. Presentó una interesante interrelación entre la protección ambiental y los DDDFF de Comunidades Étnicas. Sin embargo, el fallo presenta una falencia repetitiva en otras sentencias de la Corte Constitucional, y es que no traza una ruta metodológica concreta y eficiente para realizar ese proceso.

Es importante entender que las sentencias de tutela están orientadas a resolver casos concretos de vulneración de derechos, sin tener la función de legislar o establecer marcos

normativos generales. Pero dada la extensión y los argumentos presentado en el fallo, considero que la Corte pudo haber dictado órdenes generales incluso más eficientes para dar a solución a las problemáticas tratadas a lo largo de la providencia, en especial lo referente a los vacíos jurídicos del proceso de Consulta Previa. Es cierto que se enfatizó ampliamente en la necesidad de regular la materia, pero en mi sentir la Corte pudo haber exhortado al Congreso de la República a regular la materia, más que haber ordenado al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a la emisión de protocolos especiales con enfoque étnico diferenciado.

No es que la decisión de la Corte esté errada. Por el contrario, significó un amplio avance en el entendimiento del alcance de la Consulta Previa bajo proyectos de importancia nacional. Pero considero que la futura creación del protocolo del Ministerio de Ambiente puede no ser realmente eficiente, porque si la regulación resulta ser bastante minuciosa, podría comprometerse su validez por la violación al principio de reserva de ley estatutaria. Pero si el protocolo no ofrece los parámetros ordenados por la Corte, esa misma vaguedad no contribuirá a llenar los vacíos normativos existentes.

Cuando este protocolo salga podrá realizarse una real crítica al trabajo del Ministerio y podrá determinarse su contribución a la regulación en la materia. Mientras no sea emitida, serán las sentencias las que determinen en cada caso concreto si hubo una real participación de Las Comunidades Étnicas en la implementación de proyectos, obras o medidas.

Sección 4: la Consulta Previa

2. Oportunidades de mejora

4.1 Falencias del proceso de Consulta Previa

Una vez identificada la historia y origen de la Consulta Previa, así como su evolución normativa, los nuevos retos que afronta, y las precisiones que hace la Corte Constitucional en proyectos REDD+, es fácil concluir que la Consulta Previa es un Derecho Fundamental que integra otros derechos en sí mismos, como la participación democrática, diversidad cultural y autodeterminación. Es también una garantía procedimental para permitir la supervivencia de grupos étnicos al otorgar la toma de decisiones para mitigar impactos negativos. Y, por último, es un proceso como tal, pues incluye múltiples etapas, responsables y objetivos, que al alinearse y cumplirse a cabalidad permiten la protección fundamental y eficiente en la diversidad cultural de los Pueblos raciales.

Es así como la Consulta Previa es un concepto multifuncional, pero al fin y al cabo encaminado al mismo objetivo principal, y es la protección de Comunidades Étnicas en el marco de la responsabilidad estatal de generar un trato especial a quienes gozan de una protección constitucional elevada, debido a su historia típica de discriminación. Responde incluso a una responsabilidad internacional, puesto que la adopción del Convenio 169 de la OIT refuerza el compromiso estatal en brindar garantías dotadas de enfoque cultural en quienes tienen un estilo de vida ancestral distinto y cuyos derechos históricamente han sido vulnerados.

No obstante, como se ha reiterado, la Consulta Previa como procedimiento tiene diversas oportunidades de mejora, que a continuación pasan a exponerse. El objetivo es presentar las falencias procedimentales y por qué se constituye como tal, para posteriormente brindar una propuesta de solución, y cómo esta resulta ser efectiva para mejorar la protección que propende este procedimiento.

Problemáticas económicas: una de las mayores barreras para los actores privados está en el valor de la Consulta. No está estandarizado cuánto es lo máximo que puede pedir una Comunidad para

la mitigación de impactos, ni existen criterios de equidad entre perjuicio y forma o monto de pago. Por tanto, las concertaciones se alargan porque no hay un consenso en el valor de la afectación, y promueve por tanto los abusos de ambas partes para salir lo más pronto posible de dicha situación.

Si bien resulta imposible fácticamente establecer una correlación entre cada posible impacto y el valor de su mitigación, sí es posible crear criterios equitativos que eviten que las partes puedan extralimitarse en la concertación. Por ejemplo, si el impacto recae netamente en la tala de árboles, que no sea posible pedir la construcción de una vía alterna. Es necesario que exista una proporción razonable entre el perjuicio y la medida de compensación, porque si no, parecería más bien un proceso de negociación, en el cual se pretende simplemente comprar el “sí” de un Pueblo, lo cual va en contra de los principios de buena fe de la Consulta. Por tanto, crear estándares de equidad y proporcionalidad podrá darle un valor económico a la ruta metodológica y permitirá una mayor concertación entre los involucrados, puesto que habrá una “regla clave en el juego” y disminuiría, los casos de abuso y aprovechamiento de este vacío.

Problemáticas políticas: este proceso tiene una intrínseca complejidad y aborda temas delicados, como lo es la negociación de aspectos económicos, sociales y territoriales de gran envergadura con Las Comunidades; y como se planteó anteriormente, no existen limitaciones monetarias, lo cual repercute negativamente en el proceso de concertación.

Esta complejidad hace que muchos gobiernos sean tímidos a establecer regulaciones explícitas y detalladas sobre el proceso. Si bien de cada gobierno desde la década de los 90's hay aspectos a resaltar, hasta ahora seguimos sin tener una ruta metodológica clara, con establecimiento de tiempos y criterios de equidad y proporcionalidad en la concertación económica. La falta de una regulación precisa hace que estos procesos carezcan de transparencia y equidad, lo que a su vez lleva a conflictos y desconfianza entre Las Comunidades y el Gobierno. Bajo mi apreciación,

existe un temor de los gobiernos a enfrentar dificultades en la implementación de una Ley, o a sufrir repercusiones negativas en su reputación por tener que tomar decisiones que no sean popularmente aceptadas; el miedo a un manejo inapropiado o a la crítica pública desalienta a las autoridades de tomar medidas decisivas en la materia.

No obstante, a pesar de estas dificultades y temores, es imperativo que el proceso de Consulta Previa sea regulado, puesto que es necesario erradicar tanto la falta de eficacia que puede presentarse durante el desarrollo del proceso, como la prolongación de conflictos. Una regulación clara y detallada proporciona un marco que garantiza la transparencia, justicia y protección de los derechos de Las Comunidades; la implementación de un marco legal robusto no solo las beneficiaría a ellas, sino que también fortalece la legitimidad y la eficacia del propio proceso de Consulta Previa.

Problemáticas jurídicas: reiteradamente se ha mencionado que el proceso de Consulta Previa no está estrictamente regulado. A pesar de ser un Derecho de índole fundamental, y tener una trascendencia histórica importante desde el Derecho Internacional, hay carencia de normativa clara y precisa que determine de manera acorde el deber ser de este proceso. Existen Decretos, Directivas Presidenciales, y sobre todo jurisprudencia al respecto, pero estas no contienen algunos elementos esenciales que puedan resolver problemas reiterativos. Por ejemplo, si una empresa presenta una solicitud ante el Ministerio del Interior y esta certifica que no hay presencia de Comunidades Étnicas, pero a los meses o años de empezar la ejecución de la medida, se registra una nueva Comunidad, ¿es lógico que por medio de una sentencia se haga el reconocimiento y se determine la obligación de realizar Consulta Previa? Es entendible que un juez de tutela pretenda hacer esa protección, pero resulta una vulneración completa para el actor de la medida, quien no tenía como prever que después de la ejecución de su proyecto aparecerían Comunidades Étnicas,

y deba invertir en una concertación. Otro ejemplo puede ser la falta de interés de una Comunidad en gestionar el proceso, si el ejecutor realizar varias citaciones para las reuniones de preconsulta, y La Comunidad ni siquiera se presenta, ¿es viable que esa empresa no pueda ejecutar su proyecto?

Nuevamente, existe una necesidad de crear parámetros de equidad que también protejan a los actores privados, dado que existen situaciones que se extralimitan a la debida diligencia que deben emplear. En sí, existen vacíos normativos dentro de los lineamientos que ya se tienen, como los ejemplos hipotéticos citados, o la falta de establecimiento de topes máximos de concertación, o tiempos en los cuales debe llevarse a cabo, entre otros.

Problemáticas sociales: el proceso de Consulta Previa, ante la falta de su exhaustiva regulación, genera tensiones entre Comunidades, Estado y actores privados, por varias razones:

...(a). Porque las empresas sustituyen el rol del Estado, y en esa medida pueden ser la primera fuente de conocimiento para las comunidades indígenas en relación con lo que supone y conlleva una Consulta Previa; b). Porque gran parte de los compromisos asumidos por las empresas con la comunidad indígena están ligados a razones reputacionales y a un interés de contrarrestar la imagen de ser violadores de derechos humanos, y c). Porque la consulta no está siendo realizada en el momento establecido por la Convención 169 de la OIT (Castillo en Hernández, 2020)

Adicional, porque Las Comunidades a veces sienten que el proceso no se ejecuta de manera adecuada, que no se les permite manifestarse ni se valoran realmente sus argumentos (Rodríguez, 2008). En parte esto se debe, primero, al desconocimiento geográfico de donde habitan generalmente las Comunidades más pequeñas, a veces incluso no se encuentran registros ante el Ministerio del Interior, por lo que las empresas cuando consultan, se arroja un resultado negativo a la presencia de Pueblos Étnicos (Rodríguez, 2008). Muchas veces el registro de Comunidades se agota en la Alcaldía, y como el estándar de la Consulta es que el Ministerio del Interior certifique

la presencia, las empresas se ven retrasadas y afectadas en el desarrollo de su actividad. Esto porque, como el Ministerio les indica la falta de presencia, inician sus actividades, y solo a través de fallos de tutela Las Comunidades reciben la protección de su Derecho Fundamental. Así que, el ejecutor se ve gravemente afectado, porque se ve obligado a realizar una Consulta Previa, posterior a la ejecución de la medida, y pierde dinero, pues eso es lo que el retraso en la obra genera. Además, ve afectada su economía porque no tenía presupuestada la Consulta, precisamente porque el Ministerio indicó la no presencia; así que posteriormente, cuando se trata de obras de infraestructura, debe realizar la solicitud de reembolso ante el INVÍAS o la ANI (dependiendo del titular del proyecto).

A su vez, las tensiones sociales se generan por la ambigüedad del concepto “área de influencia”. Esta es en estricto sentido “...el alcance geográfico o ámbito espacial donde se manifiestan de manera evidente los efectos o impactos generados por las actividades de un proyecto” (Arca Continental, 2015), por tanto, anteriormente toda Comunidad que estuviera por fuera de los límites carecía de legitimidad para exigir la Consulta Previa. Si bien es entendible que la mayor afectación la sufre el Pueblo que esté dentro de las delimitaciones del proyecto, es cierto que los lugares aledaños sufren impactos también, generalmente sociales. Por ello, como se mencionó, la Sentencia SU-123 aclaró que el impacto directo va más allá de la zona de influencia de la medida; pero tampoco estableció límites geográficos para conocer hasta qué punto un lugar por fuera del área de influencia realmente sufre una afectación directa. Esta ambigüedad genera tensiones porque, en últimas, compete a un juez de tutela determinar la procedencia de la Consulta.

Relacionado con temas económicos, una dificultad que genera tensiones es que puede ser considerado un “mecanismo extorsivo para exigir a los inversionistas y ejecutores de obras, compromisos que no hacen parte de la misma” (Carmona, S.F.) y entorpecen la inversión. Esto

porque no hay lineamientos clave para comprender los límites económicos equitativos y proporcionales para llevar a cabo el proceso, lo que genera dilataciones en las concertaciones.

De tiempo: este tipo de falencias hace parte de los vacíos jurídicos mencionados: no hay tiempos que establezcan cuánto debe durar cada etapa del proceso. Esta falta repercute de manera negativa en ambas partes, puesto que al no tener un tiempo límite para realizar la concertación pueden existir aplazamientos que entorpezcan que el proyecto pueda llevarse a cabo, o puede hacer que el número de reuniones aumente significativamente, y ello sea un gasto más para el actor de la medida. Así mismo, como se dijo anteriormente, ¿qué pasa en las situaciones donde hay una creación posterior de una Comunidad? ¿Es meritorio hacer una consulta, que, en todo caso, ya no sería previa?

Es por todos esos cuestionamientos que se refuerza la idea de la necesidad de crear una norma clara, que compile todos los aspectos necesarios para hacer el proceso mucho más claro, y no tener que basarse en interpretaciones jurisprudenciales. Por el contrario, que exista un cuerpo normativo explícito permite dotar de mayor eficacia el proceso, beneficiando tanto a Comunidades como actores privados.

Problemáticas conceptuales: relacionado con la falta de claridad frente al valor económico de la concertación, el proceso de Consulta Previa termina prestándose para ser un procedimiento de negociación meramente transaccional, afectado su objetivo y sus principios bases. Esto porque los motivos económicos, en ocasiones, mueven bastante a ambas partes, y de un lado desean el mayor dinero posible, y del otro lado desean gastar lo menos posible para ejecutar la medida. Esto debe poder mitigarse de cierta forma; es cierto que el Derecho no puede inmiscuirse de tal forma en la conciencia de los actores y Las Comunidades, pero sí, conforme al principio de buena fe, pueden establecerse parámetros, especialmente económicos, que sean

acordes con la realidad, y hacer que el proceso sí pueda constituirse como una concertación y no una formalidad transaccional.

En síntesis, los vacíos normativos propios del proceso de Consulta Previa inciden de manera negativa en temas sociales, económicos, políticos, de tiempo, conceptuales y jurídicos. Estos deben poder mitigarse o erradicarse a través de la regulación de proceso, para que la forma de llevarse a cabo sea clara para todas las partes, y de esta forma, Las Comunidades podrán obtener una protección de mayor valor en su derecho fundamental; las empresas privadas podrán sentirse más protegidas, y serían menos conflictos para el Estado. La seguridad jurídica que la regulación del proceso trae, beneficia a todas las partes y permite que los criterios y reglas de aplicación dependan de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

4.2 ¿Sería una Ley Estatutaria la mejor solución?

A raíz de las problemáticas propias de este proceso, en varias legislaturas, La Cámara de Representantes y el Senado de la República han desarrollado proyectos de Ley Estatutaria para regular el ejercicio de la Consulta Previa, pero que no han podido culminar en la efectiva expedición de la misma.

Se destaca el proyecto de Ley 442/2020 de la Cámara de Representantes, Gaceta N 1102 de 2020, que se encuentra en estado de retirado en virtud del artículo 155 de la Ley 5 de 1992. Este es ampliamente similar al proyecto de Ley 127/2021C de la Cámara de Representantes, Gaceta N 959 de 2021, que fue archivado en virtud del artículo 162 de la Constitución Política, que a su vez es casi idéntico al proyecto de Ley 134 de 2018, el cual también fue archivado.

En todos estos Proyectos de Ley se puede resaltar el papel protagónico que se le da al Estado colombiano, en cabeza del Ministerio del Interior a través de su Dirección de Consulta

Previa. En ese sentido, en su artículo 8 determinó la obligación de financiar las etapas de la Consulta, lo que resulta ser novedoso y pertinente hasta cierto punto, porque reduce las implicaciones negativas que sufre el ejecutor de la medida, por ejemplo, que satisfaga necesidades que el Estado no ha podido, en los territorios colectivos. El punto negativo es que no hay un establecimiento de criterios de proporcionalidad y equidad, por lo que el Estado podría verse afectado financieramente si no desempeña un papel crítico para determinar razonablemente los costos en que deben incurrirse. Asimismo, este artículo no determinó que el actor privado no debería pagar nada, por el contrario, estableció en el artículo 48 que todos los interesados deben sufragar los gastos de los acuerdos, lo que no especifica la proporción o manera.

Se resalta además de este Proyecto la duración, puesto que en su artículo 13 determina que el proceso, hasta la protocolización de acuerdos, no podrá ser superior a 1 año, salvo la prórroga que podrá hacer el Ministerio del Interior por 6 meses adicionales. Esta delimitación temporal es de suma importancia porque reduce las problemáticas de tiempo que se mencionaron en el apartado anterior, es decir, permite que ninguna de las partes haga dilataciones injustificadas que entorpezcan el proceso. Adicional, establece el término de 15 días calendario para protocolizar los acuerdos (artículo 33) y presenta en el artículo 29 la posibilidad de establecer la renuencia de Las Comunidades cuando no se presentan a las convocatorias debidamente citadas, lo cual también suple las deficiencias jurídicas planteadas en el apartado anterior. Incluso establece los parámetros del test de proporcionalidad para cuando hay acuerdos parciales o no hay acuerdos, estableciendo responsables y tiempos de respuesta (artículo 38)

Trae además enunciaciones sobre la invalidez de un proceso de Consulta Previa, y los escenarios que no requieren este proceso. Esto es una recopilación jurisprudencial y de las Directivas presidenciales, donde se había establecido los proyectos que no requieren la CP, y

criterios jurisprudenciales para determinar que no se cumplía a cabalidad aquel, como, por ejemplo, las reuniones de carácter meramente informativas.

Una falencia identificada en este Proyecto de Ley es la falta de caracterización de las distintas iniciativas que pueden necesitar el proceso de Consulta Previa. Es decir, que por ejemplo hubiera reglas específicas para Consultas relacionadas con medidas administrativas y legislativas; otras para proyectos, obras o actividades; otras para reasentamientos o desplazamientos; otras para extracción de recursos no renovables; otras para proyectos para mitigar los efectos del cambio climático, y así, encajando de manera general distintas iniciativas en reglas especiales. Lo anterior porque, como incluso se puede inferir de la sentencia T-248/24, las actividades tienen particularidades específicas, y cada una atiende a cuestiones diversas, con responsabilidades y objetivos que merecen un trato diferenciado. Un claro ejemplo pueden ser los proyectos REDD+ y los mercados de carbono, puesto que tienen particularidades, como los tipos de mercado, la titularidad de la tierra, la necesidad de inscribirse en el RENARE, entre otras, que hace imperioso la creación de reglas especiales para que el proceso de Consulta sea más eficiente.

Además, la creación de reglas específicas permite identificar la especificidad de los impactos en Las Comunidades, pues no es lo mismo impactar una Comunidad por la construcción de una carretera, a impactarla por la tala de árboles. Permite también hacer un ajuste en los contextos y necesidades específicas derivadas de los impactos particulares (Manrique, 2015). Por ejemplo, la consulta sobre un proyecto minero puede requerir estudios de impacto ambiental exhaustivos y validez de licencias mineras/ambientales; pero una reforma legislativa puede necesitar un enfoque más centrado en la consulta sobre derechos y participación.

Pero la creación de normas diferenciadas no puede crear procesos burocráticos que dificulten el acceso y el desarrollo del proceso; todo debe tener sus limitaciones para que la

administración del proceso no desencadene en complejidades que lo hagan deficiente. Es estrictamente necesario que se tenga un marco común, reglas generales, ya que la uniformidad de la norma también incide significativamente en la regulación y efectividad del proceso y el ejercicio del derecho.

Un último aspecto que quedó por fuera del alcance de las iniciativas legislativas es respecto a la delimitación de la afectación. Si bien esta se encuentra definida como la una alteración, específica y particular que puede tener una Comunidad por la ejecución de un proyecto, obra o medida (Proyecto de Ley 127/2021), ninguno de los proyectos citados desarrolla más allá el concepto. Es decir, no establece límites geográficos para saber hasta qué punto una Comunidad puede solicitar la realización del proceso.

Está claro que cada caso particular permitirá definir que tanto impacta un proyecto a distintas Comunidades, pero existen casos en los cuales merece la pena delimitar esa posibilidad. Debe haber una carga argumentativa importante en los Pueblos alejados considerablemente de las zonas de influencia, puesto que no es admisible, en mi sentir, que, por ejemplo, si una comunidad se encuentra a 20 kilómetros de la zona de influencia, no se haga un estudio exhaustivo para determinar si hay un impacto directo que haga meritorio el proceso de Consulta. Es cierto que es difícil estandarizar que tantos kilómetros a lo largo o ancho de la zona de influencia, hace que se pierda el derecho a ser consultados, pero cuando suceda una situación donde no esté clara la afectación, debe exigirse argumentos reales para justificar que se haga la Consulta, relacionados en la afectación real de una Comunidad en su territorio o en su desarrollo cultural.

En fin, estas iniciativas representan una óptima solución a varios de los vacíos normativos que el proceso de Consulta Previa, quedando únicamente por fuera tres aspectos por regularse:

- El establecimiento de parámetros económicos equitativos y proporcionales en la etapa de concertación
- El establecimiento de normas especiales para diferentes medidas para llevar a cabo el proceso de Consulta.
- Mejor establecimiento de tiempos por cada etapa del proceso, y no únicamente de manera general.
- Límites geográficos para la afectación.

Pero surge el cuestionamiento importante, y es que, al ser una medida que impacta a Las Comunidades Étnicas, porque se está regulando un Derecho Fundamental, ¿este tipo de medidas deben someterse a Consulta? Siguiendo los parámetros que hoy tiene el ordenamiento jurídico, sí; el problema es el nivel de presupuesto que tendría que haber para poder concertar con todas Las Comunidades posiblemente afectadas, que, al fin y al cabo, serían todas. En Colombia existen 87 pueblos indígenas reconocidos, lo que es un aproximado de 1.400.000 personas (Ayuda en Acción, 2018); hay 2.892.224 de personas que pertenecen a la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera (DANE, 2019); y a la comunidad de gitanos pertenecen 1.649 personas (DANE, 2019). Por tanto, lograr con el consenso de todos estos sujetos resulta fácticamente imposible, y el presupuesto a invertir sería excesivo, que hace completamente inviable la propuesta. De no desarrollarse este presupuesto, ¿estaría la Ley Estatutaria en peligro de ser declarada inconstitucional?

Pero la limitación económica no puede ser la excusa para no reglamentar legalmente la materia. Si bien existen diversos mecanismos en Colombia que permiten reglar algunas situaciones, cuando se trata de Derechos Fundamentales rige la reserva de Ley Estatutaria, como una “garantía constitucional de eficacia normativa de los derechos fundamentales frente a la

competencia del legislador para regularla...” (Sentencia C-756/08). Cabe recordar que este fue uno de los argumentos del Consejo de Estado para declarar la nulidad parcial de la Directiva Presidencial 1 de 2010. Es así como la regulación específica compete únicamente al legislador colombiano a través de una ley estatutaria; otro cuerpo normativo, como un decreto, ley ordinaria, resolución, entre otros, solo puede limitarse a crear algunos parámetros que no contribuyan a la consagración exhaustiva de la Consulta Previa.

Sin embargo, para poder garantizar la participación de Las Comunidades Étnicas nacionales, considero que puede crearse una especie de maesa de trabajo, con los representantes de Comunidades, sectorizado por departamentos, para poder realizar un trabajo de concertación más fácil de manejar. Con reuniones efectivas con estos líderes es más sencillo llegar a consensos sobre los parámetros que debe tener la Consulta Previa; y de todas formas, si no se lograra una concertación, sería meritorio entonces realizar un test de proporcionalidad, dado que este como instrumento hermenéutico permite conocer la adecuación y necesidad de una finalidad pretendida (que en este caso sería la Ley Estatutaria), y establecer si esta es posible llevarla a cabo sin el sacrificio ilegítimo de valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional (Sentencia C-695/13).

En resumen, se destaca que los intentos por regular la Consulta Previa tienen aspectos de vital de relevancia, y abarcan la mayoría de las falencias que pueden evidenciarse. Si bien existe diversos inconvenientes presupuestales, logísticos y técnicos para desarrollar una Ley Estatutaria, es necesario que de todas formas se intente llevar a cabo el consenso con Las Comunidades Étnicas colombianas, para que exista mayor seguridad jurídica respecto a los pasos a seguir en este proceso, y los involucrados puedan gozar de los sus derechos sin interferencias ilegítimas.

3. Conclusiones

La Consulta Previa nace con el Convenio 169 de la OIT, con el objetivo de dar visibilidad a las problemáticas que afrontan Las Comunidades Étnicas a nivel global debido a su histórica discriminación y falta de garantías diferenciadas. Se constituyó por tanto como un Derecho de aquellos sujetos para salvaguardar y preservar su identidad étnica, cultural, social y económica a través de la garantía de participación en proyectos, obras o medidas que generen un impacto directo en su forma de vida o en sus derechos. Figuró entonces también como un instrumento de participación desde su capacidad de autogobierno para participar en los proyectos que tengan incidencia negativa en su esencia como grupo social. Y, por último, se consagró como un proceso, dado que es la medida que deben adoptar los Estados para satisfacer el objetivo del Convenio.

Colombia adoptó esta normativa por medio de la Ley 21 de 1991 y de allí en adelante ha iniciado un arduo camino por comprender el contenido de este concepto, su alcance, excepciones y correcta aplicación, para ser armoniosa con el resto de ordenamiento jurídico. En sus primeros años de existencia, el modo por excelencia para entender la Consulta Previa fue a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional mediante fallos de tutela, donde en cada caso concreto se determinaba la forma en que se estaban vulnerando o no las prerrogativas de Comunidades Étnicas, y cómo debía darse solución a ese caso puntual con base en la garantía de participación que se desarrolla con la Consulta Previa. Se expidió el Decreto 1320 de 1998 como un primer mecanismo para plasmar con mayor claridad los lineamientos para realizar el proceso de Consulta Previa, pero en múltiples ocasiones la Corte Constitucional determinó su inaplicabilidad por no ser la manera idónea y eficiente de garantizar la participación de Comunidades Étnicas. Continuamente se fueron expidiendo más sentencias por parte del órgano de cierre de la

jurisdicción constitucional, y el fallo SU-039/97 se constituye como fundamental para la recopilación general de los preceptos que a la fecha se tenían sobre las especificidades de la Consulta Previa.

Con el pasar de los años la Corte Constitucional fue intensificando sus estudios en el tema, y a la par los gobiernos de turno comenzaron a implementar algunas medidas útiles para contribuir a la regulación del tema. Se destaca de esto las Directivas Presidenciales 1 de 2010, y 10 de 2013 (especialmente esta última) que han sido instrumentos jurídicos de gran utilidad hasta hoy para comprender la forma de realizar el proceso. Se limitan a dar parámetros bastante amplios, pero vitales en el desarrollo de la regulación en la materia; por tanto, frente a los vacíos que dichas Directivas presentan, la Corte Constitucional ha continuado presente en la resolución de casos puntuales para determinar el alcance y el contenido de la Consulta Previa. Además, con la sentencia SU-123/18 se recopilaron y precisaron aspectos importantes que han dotado de mayor claridad este Derecho Fundamental.

La jurisprudencia en su historia se ha pronunciado sobre la Consulta Previa bajo distintos escenarios: proyectos de infraestructura vial, explotación de recursos naturales, extracción mineral, medidas legislativas y administrativas, entre otras. Pero la jurisprudencia no había analizado un tipo de iniciativas que, si bien responden a compromisos internacionales, tienen particularidades que inciden en los parámetros de la Consulta Previa. Estos son los proyectos REDD+, los cuales buscan la mitigación de los efectos nocivos del cambio climático como la degradación forestal y la deforestación. Con base en estos dos temas existe una relación de interdependencia sobre la cual no existía precedente alguno, y fue por medio del fallo de tutela T-248/24 de la Corte Constitucional que se establecieron avances importantes en las precisiones y alcances de la Consulta Previa, enfatizado en el marco de iniciativas REED+.

Este fallo indicó que los Pueblos Indígenas gozan de una conexión especial con sus territorios, además de gozar de una protección especial en su identidad cultural y social, así como en la libertad de autogobernarse mediante las autoridades que consideren acorde. Por ende, las medidas de mitigación del cambio climático, aunque respondan a compromisos adquiridos por el país mediante la CMNUCC, no pueden constituirse como instrumento o excusa para violentar los Derechos Fundamentales de sujetos de especial protección constitucional.

Desde la Carta Política es posible encontrar la protección al medio ambiente como un pilar, donde como principio y deber, determina la necesidad de propender con el cuidado de la biodiversidad. Pero claramente también en el ordenamiento jurídico existen preceptos vitales en el tema de la protección a la diversidad cultural. Por tanto, la sentencia T-228/24 es un fallo que enfatiza en las obligaciones estatales a construir un marco legal que aborde los desafíos relacionados con las iniciativas que combaten el cambio climático, y la protección que merecen Las Comunidades Étnicas en sus Derechos Humanos.

Además, este fallo sirvió además para enfatizar el compromiso que emana de las empresas que pretenden no solo la ejecución de medidas REED+, sino cualquier ejercicio de actividad económica. Esto se refiere al cumplimiento de la debida diligencia en el desarrollo empresarial para garantizar la protección de los Derechos Humanos:

Primero. Debe asegurarse que la implementación del proyecto cumpla con el orden constitucional y legal vigente, lo que incluye los estándares sobre la protección de los derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas. Las formuladoras y OVV deben garantizar la debida diligencia en el cumplimiento de los lineamientos de la CMNUCC, sobre las salvaguardas sociales y ambientales en estos proyectos, para evitar la vulneración de derechos humanos de la comunidad o de las comunidades étnicas. Segundo. Garantizar que el proyecto respete los derechos humanos

reconocidos internacionalmente, lo que implica la evaluación de riesgos, la transparencia con las comunidades y la corrección de cualquier afectación. Tercero. Responsabilizarse de corregir cualquier daño o menoscabo, lo que incluye monitoreo, gestión de conflictos y la prevención o mitigación de afectaciones, asegurando así el equilibrio entre la preservación ambiental y el respeto a los derechos de los pueblos indígenas (Sentencia T-248/24)

Es así como esta Sentencia se constituye como la primera que aborda la interdependencia entre la obligación de crear programas que mitigan los efectos nocivos contra el ambiente, y la obligación de proteger a los Pueblos Étnicos como sujetos de especial protección constitucional. Se realizó un ejercicio de ponderación que permitió ampliar el contenido de la Consulta Previa, declarándolo como obligatorio para la ejecución incluso de estas medidas pro-ambiente, en aras de que sea la concertación la verdadera forma de llegar a un acuerdo entre Comunidades y empresas, para que los beneficios de los proyectos sean mutuos. Incluso se destaca el esfuerzo por regular la materia al ordenar al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que despliegue un protocolo específico para la aplicación de salvaguardas a las iniciativas REDD+; por tanto, cuando este sea aplicable, será necesario determinar de manera crítica su nivel de eficiencia.

Sin embargo, el fallo no abarcó todas las problemáticas destacables del proceso de Consulta Previa, siendo lo más esencial la falta de una regulación expedita del proceso como tal, con establecimientos de tiempos y mayores responsabilidades para dotar de eficiencia la garantía procedimental.

El legislador ha desplegado proyectos de ley tendientes a la regulación de este derecho, pero han sido retirados y archivados, quedando por tanto sujetos a la interpretación de la Corte Constitucional para determinar las precisiones y alcances aplicables. Es por tanto que para la mitigación de los impactos jurídicos, sociales, conceptuales y económicos se constituya una Ley

Estatuaria debidamente consultada para crear criterios unificados aplicables, y las especificaciones a los sectores empresariales, que permitan la construcción de un marco legal robusto que dote de efectividad este proceso y permita la disminución de las tensiones entre Las Comunidades con el Estado y los privados que la inseguridad jurídica sobre este derecho ha facilitado.

4. Bibliografía

Acciona, S.F. *¿Qué es el cambio climático y cómo te afecta?* https://www.acciona.com/es/cambio-climatico/?_adin=11734293023

ACNUR, S.F. *La crisis climática no solo está provocando más desplazamientos, sino que también hace que la vida sea aún más dura para las personas forzadas a huir.* https://www.acnur.org/desplazamiento-y-cambio-climatico?gad_source=1&gclid=CjwKCAjw5Ky1BhAgEiwA5jGujsB_dZLeV2_3Z618L5j7H_GtRwkzJeJZH7TT7GoAPti7qy8ICgagwRoC6XoQAvD_BwE

ACNUR. (2011). Colombian Situation No 4. ACNUR. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/Situacion_Colombia_-_Pueblos_indigenas_2011.pdf

Akubadura, 2024. *Vulneración del derecho a la consulta previa en proyectos REDD+ en Colombia. Segundo Boletín.* <https://akubadura.org/vulneracion-del-derecho-a-la-consulta-previa-en-proyectos-redd-en-colombia/>

Ayuda en acción, 2018. Las 102 comunidades indígenas en Colombia. <https://ayudaenaccion.org/blog/derechos-humanos/comunidades-indigenas-colombia/>

Barb Fantana, L. La justicia como virtud social. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28711.pdf>

Canon, J.C., 2023. Mongabay. *Grupos indígenas expresan su apoyo a REDD+ a pesar de los defectos de este mecanismo para la conservación de bosques*. <https://es.mongabay.com/2023/06/grupos-indigenas-expresan-su-apoyo-a-redd-a-pesar-de-los-defectos-de-este-mecanismo-para-la-conservacion-de-bosques/>

Carmona Estanga, P.F. Universidad Sergio Arboleda. *Los problemas de la consulta previa (CP) para el sector extractivo*. <https://www.usergioarboleda.edu.co/escuela-de-negocios-prime/problemas-de-la-consulta-previa-cp-para-el-sector-extractivo/>

Comisión europea, S.F. *Consecuencias del cambio climático*. https://climate.ec.europa.eu/climate-change/consequences-climate-change_es

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 24 de noviembre de 2022. Consejero Ponente Roberto Augusto Serrato Valdés.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 del 3 de noviembre de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123 del 15 de noviembre de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos & Rodrigo Umprimny Yepes.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-248 del 25 de junio de 2024. M.P. Juan Carlos Cortés González.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-030 del 23 de enero de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-063 del 4 de febrero de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-169 del 14 de febrero de 1001. M.P. Carlos Gaviria Diaz.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-175 del 18 de marzo de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-196 de 14 de marzo de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-245 del 16 de marzo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-397 del 24 de mayo de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-401 del 14 de abril de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-418 del 28 de mayo de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-695 del 9 de octubre de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-695 del 9 de octubre de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-695 del 13 de julio del 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-756 del 30 de julio de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-756 del 30 de julio de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-891 del 22 de octubre de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-897 del 7 de octubre de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-068 del 5 de marzo de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-129 del 3 de marzo de 2001. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-133 del 23 de febrero de 2003. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-154 del 12 de marzo de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-298 del 8 de mayo de 2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-376 del 18 de mayo de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-405 del 23 de septiembre de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-436 del 12 de agosto de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-547 del 1 de julio de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-549 del 26 de agosto de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-652 del 10 de noviembre del 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-652 del 10 de noviembre de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-693 del 23 de septiembre de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-693 del 28 de agosto de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-737 del 14 de julio de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-745 del 14 de septiembre de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-769 del 29 de octubre de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-849 del 12 de noviembre de 2024. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-880 del 16 de octubre de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-880 del 26 de octubre de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-880 del 26 de octubre de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-955 del 17 de octubre de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia T-955 del 17 de octubre de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena. T-737 del 14 de julio de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Cubillos Álzate J.C., Matamoros Cárdenas M., Perea Caro S.A. Ministerio de Salud, 2019. Boletines Poblacionales: Población Indígena Oficina de Promoción Social.
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/boletines-poblacionales-poblacion-indigena.pdf>

DANE, 2019. Resultados del censo nacional de población y vivienda 2018 sobre población negra, afrocolombiana, raizal y palanquera.

<https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-poblacion-NARP-2019.pdf>

DANE, 2019. Resultados del censo nacional de población y vivienda 2018 de población gitana o rom.

<https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-poblacion-gitana-rrom-2019.pdf>

DANE, 2019. Resultados del censo nacional de población y vivienda 2018 sobre población indígena.

<https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf>

Decreto 1320 de 1998. Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. D.O. No. 43340.

Decreto 2353 de 2019. Por el cual se modifica la estructura del Ministerio del Interior y se determinan las funciones de algunas dependencias. D.O. No. 51.178.

Decreto 2613 de 2013. Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa. D.O. No.48980.

Dipublico, 2011. *Acuerdo de Copenhague*. <https://www.dipublico.org/3483/acuerdo-de-copenhague-2009/>

Directa presidencial 10 de 2013 sobre la guía para la realización de consulta previa.

Directiva presidencial 1 de 2010 sobre la garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales.

Directiva Presidencial 8 de 2020 sobre guía para la realización de consulta previa.

Elkin, N., 2018. Revisión de normas internacionales del trabajo: análisis crítico de las decisiones sobre temas indígenas y propuesta para una acción en la conferencia internacional del trabajo. *Revista TEMAS LABORALES*, n°137, 69-90.

Estudio de Impacto Ambiental Expost Planta Norte Embotelladora de Bebidas el Inca, 2016. https://www.arcacontal.com/media/197093/capitulo_3_determinacion_del_area_de_influencia.pdf

Gaia, S.F. Problemas y oportunidades de REDD+: una mirada desde los territorios indígenas de la Amazonía. https://gaiaamazonas.org/wp-content/uploads/2024/02/REDD_policy_paper_VF_web.pdf

Greenpeace, 2022. *Día internacional de las ciudades*. <https://www.greenpeace.org/colombia/noticia/uncategorized/seis-desafios-de-las-ciudades-en-colombia-segun-greenpeace/>

Guerrero Ruiz, G.A., 2021. Universidad Externado de Colombia. *John Ruggie: El legado de un visionario en el derecho público y de la empresa*. <https://blogrevistaderechoestado.uexternado.edu.co/2021/10/29/john-ruggie-el-legado-de-un-visionario-en-el-derecho-publico-y-de-la-empresa/>

Hernández García, L.N. 2020. La consulta previa como mecanismo de transformación de los conflictos socioambientales en Colombia: estudio de caso UWA. Tesis de grado. Universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/50987/TG%20Lyda%20Natalia%20Hernandez%20Garc%20MEP.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Hernández Pulido, S.F. *La OIT y los pueblos indígenas y tribales*. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3320/3810>

Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. 22 de diciembre de 1993. D.O. No. 41.146

Manrique Zuluaga, V. 2015. La Consulta Previa En Colombia. Tesis de Grado. Universidad de los Andes.
<https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/21d8dd15-091c-43d6-8a40-25c5e4a82691/content>

Masbosques. (9 de julio de 2024). *El fallo de la Corte reafirma la protección a los pueblos indígenas y abre caminos a una mejor implementación de los proyectos REDD+ en Colombia.*
<https://masbosques.org/fallo-corte-redd/>

Menvídil, A., 2023. Conexión Ambiental. *Las ventajas y desventajas de los proyectos REDD+: ¿Son realmente efectivos?* <https://conexionambiental.pe/las-ventajas-y-desventajas-de-los-proyectos-redd-son-realmente-efectivos/>

Ministerio de Ambiente, S.F. ¿Qué es REDD+? Presentación.
[https://www.minambiente.gov.co/mercados-de-carbono/que-es-redd/#:~:text=La%20sigla%20REDD%2B%20\(Reducing%20emissions,y%20el%20manejo%20forestal%20sostenible.](https://www.minambiente.gov.co/mercados-de-carbono/que-es-redd/#:~:text=La%20sigla%20REDD%2B%20(Reducing%20emissions,y%20el%20manejo%20forestal%20sostenible.)

Ministerio de Ambiente, S.F. Contexto Mercados de Carbono. Presentación.
<https://www.minambiente.gov.co/mercados-de-carbono/contexto-mercados-de-carbono/>

Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, S.F. ¿Qué es REDD+?
<https://www.minambiente.gov.co/mercados-de-carbono/que-es-redd/>

Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, S.F. *Proyectos Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL-POA)*. <https://www.minambiente.gov.co/cambio-climatico-y-gestion-del-riesgo/proyectos-mecanismo-de-desarrollo-limpio/>

Morales Alzate, J.J. (2013). *Consulta Previa: Un Derecho Fundamental*. Stylo Ltda.

Murcia Riaño, D.M. 2014. *Revistas Semilla. Revisión crítica del derecho a la consulta previa de proyectos y sus procedimientos*. <https://www.semillas.org.co/es/revisi>

Obando Moreno, J.A. 2019. Universidad Externado de Colombia. *Parámetros Jurisprudenciales de la consulta previa en relación con las comunidades étnicas. Precedente en los proyectos de licenciamiento Medio Ambiental*. https://medioambiente.uexternado.edu.co/parametros-jurisprudenciales-de-la-consulta-previa-en-relacion-con-las-comunidades-etnicas-precedente-en-los-proyectos-de-licenciamiento-medio-ambiental/#_ftnref8

Observatorio del Principio 10 en América Latina y el Caribe, S.F. *Protocolo de Kyoto [De la Convención Marco sobre el Cambio Climático]*. <https://observatoriop10.cepal.org/es/tratado/protocolo-kyoto-la-convencion-marco-cambio-climatico>

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura FAO. (2024). *¿Qué es REDD+?* <https://www.fao.org/redd/es/>

Organización Internacional del Trabajo, 1957. Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales.

Organización Internacional del Trabajo, 1998. Convenio 169 sobre poblaciones indígenas y tribales.

Proyecto de Ley Estatutaria 127 de 2020. Por el cual se regula el derecho fundamental a la consulta previa y se dictan otras disposiciones.

Proyecto de Ley Estatutaria 134 de 2018. Por el cual se regula el Derecho Fundamental a la Consulta Previa y se dictan otras disposiciones.

Proyecto de Ley Estatutaria 442 de 2021. Por el cual se regula el derecho fundamental a la consulta previa y se dictan otras disposiciones.

qAgencia Nacional de Tierras, 2023. *Titulación colectiva a comunidades negras*.
<https://www.ant.gov.co/wp-content/uploads/2024/02/ACCTI-P-007-TITULACION-COLECTIVA-A-COMUNIDADES-NEGRAS-V3.pdf>

Quinche Ramírez, M.F. (2012). *Derecho Constitucional Colombiano: de la Carta de 1991 y sus Reformas*. Temis S.A.

Rodríguez, G.A. (2008). La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia. *Revistas Semillas*. <https://www.semillas.org.co/es/la-consulta-previa-un-derecho-fundamental-de-los-pueblos-indgenas-y-grupos-tnicos-de-colombia#:~:text=La%20consulta%20previa%20es%20el,proteger%20su%20integridad%20cultural%2C%20social>

Rodríguez, G.A. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Grupo Editorial Ibáñez S.A.S.

Rodríguez, G.A. 2008. Corporación Grupo Semillas, *La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia*. <https://www.semillas.org.co/es/la-consulta-previa-un-derecho-fundamental-de-los-pueblos-indgenas-y-grupos-tnicos-de-colombia#:~:text=La%20consulta%20previa%20es%20el,proteger%20su%20integridad%20cultural%2C%20social>

Schembri Peña, A., 2021. Universidad el Rosario. *En memoria de John Ruggie y su legado de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos.*

[https://urosario.edu.co/revista-nova-et-vetera/columnistas/en-memoria-de-john-ruggie-y-su-
legado-de-los-principios-rectores](https://urosario.edu.co/revista-nova-et-vetera/columnistas/en-memoria-de-john-ruggie-y-su-
legado-de-los-principios-rectores)

Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte. (8 de agosto de 2022). Grupos Étnicos. Cultura, Recreación

y Deporte. [https://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/es/areas-de-trabajo/practicas-
culturales/grupos-etnicos](https://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/es/areas-de-trabajo/practicas-culturales/grupos-etnicos)

United Nation Climate Change, S.F. ¿Qué es el protocolo de Kyoto? https://unfccc.int/es/kyoto_protocol

United Nation Climate Change, S.F. *Qué es la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio*

Climático. [https://unfccc.int/es/process-and-meetings/que-es-la-convencion-marco-de-las-
naciones-unidas-sobre-el-cambio-climatico](https://unfccc.int/es/process-and-meetings/que-es-la-convencion-marco-de-las-
naciones-unidas-sobre-el-cambio-climatico)