

**Consultores Empresariales D. J. SAS**

**Contrato No. 6500003193**

**SUSCRITO CON TGI SA ESP**

*“lineamientos corporativos para la adecuada atención de los mecanismos de participación ciudadana, con énfasis en procesos de Consulta Previa, teniendo en cuenta los procesos que puedan surgir en el marco de los proyectos y operaciones de TGI, en los territorios donde haya presencia de comunidades étnicas”.*



## INDICE

Presentación.....	4
Destinatarios.....	6
Parte 1. PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LOS LINEAMIENTOS .....	7
Lineamiento 1 .....	9
1.1 Nuevas formas de relacionamiento Estado - empresas grupos étnicos .....	10
1.2 Trato igual y trato distinto .....	11
1.3. Cuáles son los derechos que se les deben conceder como sujetos distintos.....	11
Lineamiento No 2.....	12
1.4 La propiedad territorial y la autonomía .....	13
1.5 Acciones afirmativas. Trato distinto a los indígenas.....	14
Parte 2. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991.....	16
Articulado constitucional.....	16
2.1 El Estado multicultural .....	18
2.2 Pueblos indígenas y comunidades tribales son un sujeto colectivo de derecho. ....	18
Lineamiento 3.....	19
Lineamiento No 4. ....	20
Parte 3. PARTICIPACIÓN Y CONSULTA PREVIA.....	22
3.1 Obligación del Estado de consultar .....	22
3.2 ¿Qué es la Consulta Previa? .....	22
3.3 Normas que consagran y reglamentan la Consulta Previa en Colombia.....	23
Lineamiento No 5 .....	23
3.4 ¿Qué tipo de daños se buscan evitar para proteger a los pueblos indígenas y comunidades tribales étnicas? .....	24
Lineamiento No 6. ....	25
Lineamiento No 7. ....	26
3.5 Lineamientos conceptuales, procedimentales y operativos.....	27
Acercamientos .....	27
Preconsulta .....	28
Instalación y apertura.....	28
Socialización.....	29
Identificación de impactos y medidas de manejo .....	29
Preacuerdos y protocolización de acuerdos.....	30

Seguimiento .....	31
Post-consulta.....	32
3.6 Subreglas sobre el derecho a la consulta previa .....	33
3.7 Indicadores del derecho que pone en marcha la consulta previa.....	35
Parte 4 CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO.....	37
4.1 El consentimiento y su relación con la Consulta.....	37
Lineamiento No 8 .....	38
4.2 ¿Qué significa para el Estado que los pueblos indígenas no dan el consentimiento? ....	39
4.3 Poder de veto .....	39
Parte 5 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RIGEN FRENTE A PARTICULARES Y EXISTE EL DEBER DE LA DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL.....	41
Recomendaciones .....	42

## **Presentación**

La empresa TGI se propuso implementar “Lineamientos corporativos para la adecuada atención de los mecanismos de participación ciudadana, con énfasis en Consulta Previa, teniendo en cuenta los procesos que puedan surgir en el marco de los proyectos y operaciones de TGI, en los territorios donde haya presencia de comunidades étnicas”.

Siguiendo la Constitución de 1991 y tratados internacionales de derechos humanos, estos lineamientos se asientan en la posibilidad de contribuir a fortalecer la etnicidad y la cultura de las sociedades étnicas, cuyas autoridades de gobierno y jurisdiccionales han de actuar frente a la presencia de la empresa en los diferenciados escenarios de participación y relacionamiento.

La prevención para evitar desencuentros, procesos judiciales, paros a la operación entre otros asuntos, están muy ligados, en muchos casos, al saber especializado que permite actuar adecuadamente en varios momentos teniendo en cuenta el marco de los derechos humanos a la distintividad, a lo propio, a la igualdad y a un trato distinto de estas sociedades y haciendo honor al respeto por la diversidad de visiones, principios, procedimientos y creencias que se viven en las sociedades étnicas como expresión de la Colombia multicultural.

Estos lineamientos son el resultado, por un lado, de un proceso de inmersión en el bloque de Constitucionalidad que representa el marco a seguir; y, por el otro, al acercamiento con profesionales de la empresa que, vía reuniones virtuales han informado sobre su experiencia, marcada por diferentes formas de abordar los asuntos, por la manera como se evalúan las problemáticas, lo cual ha generado un conocimiento que al ser reflexionado en las mismas reuniones ha generado conocimiento deducible sobre cómo actúan en los diferenciados territorios; además de las significativas reflexiones respecto de la producción de documentos en la empresa, aplicables a los procesos.

Colombia ha valorado la diversidad étnica y cultural de la Nación (Art 7 CP) y asumió compromisos nacionales e internacionales para su protección. El auto-reconocimiento en calidad de miembros de un pueblo indígena o comunidad tribal (autoproclamación) es reafirmado por el Estado que certifica su existencia formalmente.

Aunque la empresa ha venido teniendo un relacionamiento con pueblos indígenas y comunidades tribales, así como con mestizos, tiene dentro de sus objetivos fortalecer una política sustentada y desarrollada con base en normas, procedimientos y protocolos de relacionamiento a fin de vigorizar entendimiento intercultural para el mejor desempeño de sus actividades bajo principios de respeto y valoración de estas poblaciones, y de sus autoridades.

Las relaciones interculturales entre comunidades y empresas tienen unos contenidos específicos, especialmente por las asimetrías socioeconómicas que existen, por los derechos

diferenciados que amparan a las etnias, los intereses distintos que se presentan y el particular estatus jurídico.

Se abordarán los principios normativos que deben conocer directivos, profesionales de oficina y de campo sobre lo que son las relaciones interculturales que sustentan los procedimientos prácticos de una política de relacionamiento sustentada en altos estándares de derechos humanos expresos en el bloque de constitucionalidad asentado principalmente en el derecho de autodeterminación, territorio y participación.

Aunque cada pueblo indígena y cada comunidad tribal es diferente se presentan procedimientos que avalados por la empresa deben seguirse, acorde con protocolos específicos frente a las autoridades étnicas y los comunitarios participantes en los procesos de Consulta Previa.

Metodológicamente las directrices de relacionamiento intercultural, con las comunidades localizadas en el área de influencia del proyecto, deben generar encuentros interculturales, sociales e interlegales que, en materia de relacionamiento que genere mejores condiciones de vida a las comunidades y seguridades al proyecto en el entorno.

## **Destinatarios**

Estos lineamientos están dirigidos en primer lugar, a los profesionales que participan directamente en la cadena de escenarios en los cuales se enfrentan situaciones relacionadas con autoridades y comunitarios de los pueblos indígenas y tribales; en segundo lugar, a los profesionales del área jurídica y administrativa como medio para estar bien informados sobre un campo especializado, de manera que puedan contribuir sinérgicamente a las tareas de los equipos locales en el campo.

El contenido está concebido también para que pueda servir en procesos colaborativos de formación a las autoridades étnicas y autoridades municipales, con miras a que sus actuaciones se correspondan, con los lineamientos tanto de principios como de procedimientos orientadores para fortalecer la distintividad étnica y cultural.

Se trata de contribuir al aprendizaje del numeroso personal que, mediante la difusión de conocimientos especializados, que orientan al trato distinto a pueblos indígenas y comunidades tribales para construir entendimiento intercultural, intersocial, e interlegal, en cumplimiento de los más altos estándares de los derechos humanos.

El documento presenta cinco partes en las que se exponen lineamientos a seguir: la primera hace un resumen del ámbito de los principios que los sustentan. El segundo define los principios constitucionales y del bloque de constitucionalidad alrededor de los derechos humanos y rectores de la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural. La parte tercera presenta en primer lugar, el derecho a la participación como derecho fundamental expreso en la autodeterminación, la consulta y en el consentimiento previo, libre e informado, mostrando como encarnan en el “espíritu” del deber ser de estos lineamientos que conducen al conocimiento de los más altos estándares de protección a la diversidad étnica y cultural, y que son punto de referencia para medir el buen desempeño de los profesionales que trabajan en la empresa. La parte cuarta contiene una explicación del consentimiento previo, libre e informado y Lineamientos básicos respecto del enfoque, las medidas y pasos para la implementación de disposiciones principales. La parte cinco expone la debida diligencia para la protección de los derechos humanos por parte de la empresa.

## Parte 1. PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LOS LINEAMIENTOS

Para la empresa es un deber hacer efectiva la Constitución de 1991 y los tratados de derechos humanos suscritos por el estado colombiano y la jurisprudencia, para la implementación de lineamientos orientados a reconocer y valorar la diferencia étnica y cultural, como sustento para proteger a pueblos y comunidades étnicas —sujetos colectivos de derecho— y de especial protección.

La empresa debe tener en cuenta el Bloque de constitucionalidad que es aplicable a los indígenas y comunidades tribales para cumplir la política de protección entorno a los derechos de participación de las comunidades étnicas. Se trata de una unidad conformada por la Constitución, que es norma de normas, la cual registra cambios en la relación Estado pueblos indígenas mediante el reconocimiento de su condición de “pueblos”, sujetos colectivos de derecho, portadores de culturas diversas que en sus distintas manifestaciones son fundamento de la nacionalidad y que el artículo 70. *inc.2 Principio de igualdad de las culturas*, reconoce la igual dignidad de todas las que conviven en el país”. El bloque de constitucionalidad contiene disposiciones específicas internacionales como son: El Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes que es vinculante y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

El Estado colombiano es parte de tratados y convenios internacionales asociados a la protección de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes (especialmente el Convenio 169 de la OIT), y la Constitución Política de 1991 reconoce y valora el pluralismo y el multiculturalismo. Por lo tanto, el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en esos tratados y la eficacia de las normas constitucionales concordantes requiere el seguimiento de sus disposiciones.

Sentencia T-376 de 2012

El Convenio 169 de la OIT Ley 121 de 1991 se aplica a “los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. (Artículo 1.a)

El Estado ratificó el Convenio mediante Ley 21 de 1991 y se comprometió a respetar los derechos individuales y colectivos de los miembros de los pueblos y comunidades tribales y a tomar las medidas adecuadas, en consulta con ellos, para garantizar sus derechos, el respeto y la protección a su integridad étnica y cultural.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas define que los Estados no pueden aplicar políticas de asimilación o integración a la cultura occidental de manera forzosa. Además, no pueden imponer un estilo determinado de vida a estas sociedades, y tampoco disponer, como lo hacían antes, de los recursos naturales en territorios indígenas y comunidades tribales de modo inconsulto y sin contar con la participación de sus autoridades y comunitarios; tampoco pueden prescindir de su participación en la definición de las políticas y programas de desarrollo que les puedan afectar.

Sobre el valor jurídico de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, la Corte Constitucional, entre otras en la sentencia T-376 de 2012, concluyó que la misma es de aplicación directa considerando, por un lado, que no contradice normas constitucionales y, por otro, que se trata de un documento que refleja la voluntad actual de los Estados que integran el sistema de Naciones Unidas sobre el contenido y alcance de los derechos de los pueblos indígenas.

“(…) esta Corporación ha defendido su aplicación directa y, especialmente, la obligación de tomarla en consideración por el intérprete al momento de establecer el alcance de los derechos de los pueblos indígenas.

**Precisa** el contenido del Convenio 169 de la OIT, otras normas de derechos internacionales, y el orden constitucional colombiano, a la vez que **perfecciona** y **fortalece** los estándares de protección de sus derechos. Su aplicación contribuye a la **eficacia** de los derechos constitucionales y a la fuerza normativa de la Constitución Política” (...).

La Declaración, da un paso importante hacia el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, derecho que se deriva de los principios de la libertad e igualdad, pues afirma que: *“los pueblos indígenas son libres e iguales a todos los*



*demás pueblos*”, en consecuencia, la Declaración podrá utilizarse para fortalecer su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y pueden perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, (Art.3) lo cual posibilita fortalecer sus identidades culturales, el control sobre sus territorios, tierra, recursos naturales, instituciones políticas, sociales y culturales e igualdad socioeconómica frente a los demás miembros de la comunidad nacional. Por consiguiente, la “libre determinación”, significa que el Estado colombiano tiene el compromiso de tener en cuenta las aspiraciones y pretensiones de los pueblos indígenas mediante políticas públicas como resultado de compartir democráticamente decisiones.

El Convenio 169 de la OIT manifiesta que al ser los pueblos indígenas y comunidades tribales, sociedades con igual dignidad y derechos en relación con los otros grupos humanos; al no ser ni menores de edad, ni incapaces como se los clasifico en momentos de la historia pasada de Colombia y por ello sometidos a tutela, habrá de reconocérseles, todas las capacidades para establecer relaciones con diversos sectores que habitan en el país, tendientes a considerar sus perspectivas frente a un sinnúmero de temas que definen, no solo para ellos, posibilidades reales de seguir o no seguir siendo pueblos indígenas y comunidades tribales, sino de contribuir a implementar un modelo de desarrollo que tenga en cuenta su visión.

### **Lineamiento 1**

Establecer mecanismos que garanticen el relacionamiento intercultural y la participación con enfoque diferencial con comunidades Indígenas o tribales, localizadas a lo largo del área de influencia directa de TGI y en el marco de la debida diligencia y protección de derechos humanos.

### **Objetivos**

- Dar concreción al enfoque diferencial en territorios habitados por comunidades indígena y tribales.
- Fortalecer a las autoridades y comunitarios indígenas y tribales —habitantes en las zonas de afectación directa— para la participación en las decisiones sobre aspectos que toquen directamente los intereses y visión del mundo con relación al medio ambiente, la cultura y lo económico.

### **¿Para qué?**

- Construir entre TGI y las comunidades indígenas y tribales relaciones permanentes de entendimiento intercultural y cooperación bajo el principio de respeto mutuo.

- Realizar acuerdos concertados a lo largo del tiempo.
- Establecer un proceso de consulta y concertación cuando así se lo requiera con las comunidades étnicas que permita conocer, analizar y evaluar los impactos de orden medioambiental, social y
- cultural generados por el proyecto, y las respectivas medidas de manejo.
- Promover el fortalecimiento de las organizaciones sociales y autoridades tradicionales existentes, reconocidas por las diferentes instancias municipales y departamentales, a fin de que les permitan cumplir con sus propias funciones y adelantar proyectos que a corto, mediano y largo plazo estimulen su propio desarrollo bajo las características culturales de los pueblos indígenas y tribales.

### ¿Con quienes?

- Con las autoridades propias. Ellas representan los intereses de los comunitarios. Su participación debe ser tomada en cuenta y sus argumentos valorados.

### Generar medidas de prevención

- Expectativas que no puedan cumplirse
- Desplazamiento de población
- Incremento de emigrantes
- Pérdida del patrimonio inmaterial y material
- Cambios en las actividades económicas y en el uso tradicional del territorio

La Constitución colombiana de 1991 fortalece los derroteros del Convenio 169 de la OIT que antecede a la Constitución y es Ley 21 del 91 al reconocer explícitamente la obligatoriedad de valorar las expresiones distintas de la diversidad cultural, lo que incluye un conjunto de derechos especiales para los indígenas y comunidades tribales, siendo central el derecho para hacer “control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo, dentro de los Estados en los que viven”. Este principio, tanto del derecho internacional como interno, hace parte esencial del orden jurídico colombiano y este carácter se debe reflejar en las decisiones de las instituciones del Estado y de las empresas.

### 1.1 Nuevas formas de relacionamiento Estado - empresas grupos étnicos

Los pueblos indígenas y las comunidades tribales puedan conservar su carácter diferenciado mediante el ejercicio de las atribuciones que tienen en la toma de decisiones participativas, a saber:

- Derecho a la libre determinación del desarrollo

- Participación en todo el ciclo de las políticas previstas por la institucionalidad de los Estados.
- Consulta previa.
- Consentimiento previo, libre e informado.

Así, TGI se encuentra hoy en un contexto mundial de evidente evolución del concepto de los derechos humanos, como también de expansión de los sistemas de protección internacional y nacional a los indígenas y comunidades tribales, encaminados hacia el establecimiento de una nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas; el Convenio 169 de la OIT en su carácter vinculante y la Declaración de las Naciones Unidas tendrán que ser tenidos en cuenta.

## **1.2 Trato igual y trato distinto**

Por qué razón son iguales los miembros de los pueblos indígenas y comunidades tribales al resto de los colombianos, pero y especialmente por qué son distintos y deben ser tratados de manera especial.

La Constitución de 1991 consagró el derecho a la igualdad de todos los colombianos; todos tenemos las mismas condiciones humanas para ser tratados como iguales, sin importar las condiciones económicas, sociales, religiosas, étnicas o culturales. Pero, a personas, pueblos o comunidades tribales, portadoras de otra cultura y en condiciones de desventaja —como resultado de discriminación negativa al despreciar sus formas de vida y al no hacerlos partícipes de los bienes públicos— se les debe brindar condiciones especiales para superar la desventaja manifiesta en la que se encuentran.

El Estado en calidad de garante de los derechos humanos y las empresas siguiendo los principios de la Debida Diligencias deben promover las condiciones para que la igualdad sea real y deben adoptar medidas especiales y diferenciales a favor de los grupos étnicos discriminados y marginados. La valoración de la diversidad étnica y cultural como un derecho humano compete a las empresas.

## **1.3. Cuáles son los derechos que se les deben conceder como sujetos distintos**

Primero, la noción de “pueblo indígena” parte de la consideración de que muchos descendientes de las culturas que habitaban los territorios conquistados, hoy se encuentran agrupados en comunidades, viviendo un sentimiento de identidad diferenciada.

El Convenio 169 de la OIT, define como pueblos indígenas y tribales aquellos:

“(a)...cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status está regulado por completo o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por leyes o regulaciones especiales”.

“(b)...que son considerados como indígenas por ser descendientes de poblaciones que habitaban el país, o una región geográfica a la que el país pertenece, en el momento de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras del Estado y que, sin importar su status legal, conservan algunas o todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas”. (Art. 1, numeral 1)<sup>1</sup>.

El derecho de los pueblos indígenas y tribales a la autonomía implica que el grupo puede tomar las decisiones que son vitales para su permanencia como grupo; el Estado debe ofrecer condiciones para que estas decisiones puedan ser tomadas sin intervenciones.

## **Lineamiento No 2**

Aproxima el principio de trato distinto para el acercamiento a los pueblos indígenas y comunidades tribales

### **Objetivos**

1. Garantizar la debida diligencia que garantice conocer la presencia de pueblos indígenas o comunidades tribales que estén localizadas en el área de afectación directa de TGI.
2. Investigar el contexto sociocultural del entorno de GTI
  - a. ¿El grupo es o no un pueblo indígena o comunidad tribal?
  - b. ¿Quiénes son sus miembros?
  - c. ¿En cuál territorio se asientan?
  - d. Cómo son sus prácticas económicas para garantizar la subsistencia
  - e. ¿Cómo están gobernados?
  - f. ¿Cuáles son las normas que rigen la vida en comunidad?
  - g. ¿Cuáles son sus creencias?

### **¿Como?**

---

<sup>1</sup> Convención No. 169, “*Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en 1989. Entró en vigor en septiembre de 1991 [citada en adelante como Convenio 169].

- Información secundaria
- Mediante derechos de petición a las autoridades nacionales y locales
- Mediante visitas a las autoridades y comunitarios en campo

#### ¿Para qué?

- Reconocer y valorar su existencia.
- Darles el debido trato constitucional como sujetos colectivos de derecho y de especial protección.
- Cimentar relaciones de buena vecindad con las autoridades y comunitarios del entorno empresarial bajo principios de confianza, cooperación y respeto mutuo, con el fin de hacer posible las operaciones de TGI.

#### Generar medidas de prevención

- Aumento de los censos poblaciones.
- Aumento de lugares sagrados.
- Invención de tradición

### 1.4 La propiedad territorial y la autonomía

La Sentencia 770 de 2012 de la Corte Constitucional que se refiere a la obligación del Estado de tener en cuenta la situación distinta de los pueblos indígenas y comunidades tribales plantea:

“Es deber del Estado abstenerse de concebir normas, diseñar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas, o adoptar decisiones e interpretaciones del Derecho, que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginación o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad. De ahí que surja la obligación del Estado de tomar medidas para conseguir que estas personas, que se encuentran en una situación distinta a las demás, estén en condiciones de igualdad en dignidad y derechos”.

Dentro de las condiciones para el desarrollo de los derechos se encuentran el reconocimiento de la propiedad del pueblo indígena o comunidad tribal sobre la tierra en la que se encuentran ubicados y la no intervención de externos en la toma de decisiones. Esta abstención de intervención debe examinarse, porque los pueblos indígenas y comunidades tribales, como parte de la nación, deben aceptar limitaciones en su autonomía por el hecho

de ser parte del Estado. Además, porque esta exigencia de no intervención puede convertirse en una protección paternalista. No sería razonable, acatar el imperativo de la no intervención, de no contar con agua potable o a vacunarse.

### **¿Si son indígenas?**

En tanto que son grupos humanos, los pueblos indígenas cambian, porque son hijos de los tiempos, pero también por la acción de factores que no dependen de su voluntad, pero otras, porque ellos mismos lo desean. Este deseo de cambio no puede ser desconocido con la excusa de que los derechos se conceden porque se trata de comunidades que conservan y clonan prácticas ancestrales. Pese a asumir otros usos y costumbres siguen siendo indígenas.

### **1.5 Acciones afirmativas. Trato distinto a los indígenas**

Es obligación constitucional en el marco del Estado Social de Derecho reconocer la desigualdad real y poner en operación acciones afirmativas que permitan superar las desventajas y la discriminación (art. 13 CP).

Las acciones afirmativas son un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo al que están destinadas en varios aspectos de su vida social, para alcanzar la igualdad efectiva.<sup>2</sup> Las acciones afirmativas tienen funciones preventivas y de protección orientadas para:

- Remediar o enmendar las injusticias históricas.
- Corregir la discriminación social.
- Crear grupos de representación diversa y proporcional.
- Proveer a las comunidades modelos que puedan ofrecer la motivación e incentivos necesarios para el goce efectivo de derechos.
- Poner fin a estereotipos viciosos y prejuiciosos.
- Contrarrestar conflictos intergrupos e interétnicos y disturbios sociales.
- Asegurar la eficiencia y la justicia del sistema socioeconómico<sup>3</sup>.

---

2 Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de prevención de la discriminación, “El concepto y la práctica de la acción afirmativa”, Informe final presentado por el señor Marc Bossuyt, Relator Especial, de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión, E/CN.4/2002/21 del 17 de junio de 2002.

3 El Taller regional para la adopción de políticas afirmativas para afrodescendientes de América Latina y El Caribe. Montevideo, Uruguay, 7-9 de mayo de 2003. En: <http://www.choike.org/nuevo/informes/1072.html>

Este marco constitucional de los derechos humanos de los pueblos indígenas y comunidades tribales es concordante con lo establecido en la normatividad internacional.

## Parte 2. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

La Constitución Nacional de Colombia de 1991 consolidó una posición de reconocimiento frente a la diversidad cultural y rompió la visión de una sola cultura para todos los nacionales, un cambio en el concepto de igualdad como ya se expresó al reconocer que sí existían unos nacionales más desiguales, culturalmente rechazados o ignorados, por lo que, en el Estado Social de Derecho, mediante acciones afirmativas se tendrá que construir la igualdad real y no formal. También, se imponen unos principios plurales que, entre otros aspectos, tocan el pluralismo jurídico o convivencia en la Nación de diferenciados sistemas de derecho.

### Articulado constitucional

Artículo	Objeto de la norma	Contenido del artículo
7o.	Principio de la diversidad cultural	“El Estado reconoce y protege la diversidad cultural de la nación colombiana”.
70º. inc.2	Principio de igualdad de las culturas	“La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país (...)”.
10o.	Principio de oficialidad de las lenguas indígenas en sus territorios	“(…) Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios (...)”.
96	Indígenas como nacionales colombianos	“Son nacionales colombianos: 1. Por nacimiento: a) Los naturales de Colombia (...) 2. Por adopción: c) Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos”.
10o.	Derecho a educación bilingüe	“La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.
68	Derecho a educación respetuosa de las tradiciones	“Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su integridad cultural”.
171	Derecho a elección en circ. Especial	“El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. (...) La Circunscripción especial para la elección de senadores de las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral.



		Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante un certificado de la respectiva organización, refrendado por el ministro de Gobierno”, hoy del interior.
176 inc. 3 y 4	Faculta al legislador para crear circunscripción especial adicional	“La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrán elegir hasta cinco representantes”.
329 inc. 2	Derecho de grupo a la propiedad de la tierra	“Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”.
246	Derecho de grupo a administrar justicia	“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.
330	Derecho de grupo a la autonomía política	“De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución 4. Percibir y distribuir sus recursos 5. Velar por la preservación de los recursos naturales 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades de su territorio 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren. 9. Las demás que señalen la Constitución y la ley”.
330 par.	Derecho de grupo relativo a la explotación de recursos en territorio Indígena	“Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.
357	Derecho de grupo a la autonomía financiera	“Los municipios participarán de los ingresos corrientes de la Nación. (...) Para los efectos de esta participación, la Ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios”.

329 inc. 1 y 3.	Entidades Territoriales Indígenas	“La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. (...) La ley definirá las relaciones y coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.”
--------------------	--------------------------------------	--

Elaboración propia

## 2.1 El Estado multicultural

El artículo 7° de la Constitución reconoce a unos colombianos portadores de costumbres culturalmente distintas. Este artículo establece que: *“El Estado reconoce y protege la diversidad cultural de la nación colombiana”*. De esta manera, la Constitución de 1991 elimina el principio del Estado monocultural que se fundaba en la idea de que todos los colombianos debíamos tener igual cultura y por ello se buscaba eliminar otras expresiones de cultura. Los miembros de los pueblos indígenas y de las comunidades tribales fueron sometidos a procesos civilizatorios y con ello debían hablar español, vivir un solo modelo de familia, ser católicos, buscar un desarrollo económico y un régimen de propiedad privado, entre otros aspectos de la llamada cultura occidental.

Es el carácter colectivo de los pueblos indígenas y de las comunidades tribales como también las formas de vivir —teniendo como referente una comunidad, portadora de una cultura diferenciada; no es importante si ha apropiado elementos de otras sociedades o incluso si ha adoptado imposiciones—. Estos son los dos aspectos que deben ser reconocidos y valorados, siguiendo el mandato del bloque de Constitucionalidad.

## 2.2 Pueblos indígenas y comunidades tribales son un sujeto colectivo de derecho.

Los pueblos indígenas y las comunidades tribales son un sujeto colectivo; no son la suma de individuos son una unidad estructural protegida como colectivo con derechos fundamentales.

En la Sentencia T-380 de 1993 la Corte Constitucional aborda el tema, así:

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los

mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”.

La empresa a estas sociedades distintas tiene el deber de tratarlos como sujetos colectivos de derecho, porque sus miembros tienen un sentido subjetivo de pertenencia a sociedades diferenciadas, de las que se saben descender.

Como sujetos colectivos étnica y culturalmente, se justifica que los indígenas y las comunidades tribales en Colombia definan y ejecuten acciones para la prevención de su existencia, acorde con su mundo cultural y en el marco de su autonomía.

Es de especial importancia conocer y aplicar el Convenio 169 de la OIT.

“El Convenio 169 de la OIT ha de tenerse en cuenta como canon de interpretación de los derechos Constitucionales fundamentales. Debe, por consiguiente, servir de punto de referencia para fijar el sentido y alcance del derecho Constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural”. Sentencia T-1105 de 2008.

El Preámbulo de este Convenio recuerda, la necesidad de tomar medidas dirigidas a que los pueblos indígenas y tribales *asuman por sí mismos* el control de sus propias instituciones y formas de vida y puedan fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.<sup>4</sup>

### **Lineamiento 3**

Propende por activar respuestas desde la empresa y definidas con la participación de las autoridades y comunitarios para mejorar condiciones de existencia acordes con los valores culturales.

### **Objetivos**

---

<sup>4</sup> Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 sobre “Pueblos indígenas y tribales en países independientes”. Preámbulo, párrafo 5.

- Diseñar programas y actividades especiales con participación de las autoridades y los comunitarios.

#### ¿Para qué?

- Construir una mayor igualdad material en las comunidades indígenas y tribales. En términos del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de pueblos indígenas de las Naciones Unidas para mejorar en lo social y en lo económico.

#### ¿Con quienes?

- Con las autoridades y con los comunitarios. Su participación debe ser tomada en cuenta y sus argumentos valorados.

#### Generar medidas de prevención

- Expectativas que no puedan cumplirse.
- Proyectos que generen divisiones internas.
- Evitar apagar demandas injustificadas que alteren las relaciones justas y acordes con la situación empresa-comunidades.

El Convenio 169 de la OIT registra y valora estas diferencias. La Corte Constitucional fortalece la multiculturalidad de la nación y numerosas sentencias en clave de derechos así lo expresan:

“deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos... deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos” (art. 5). Y las actividades tradicionales en el mantenimiento de la cultura de dichos pueblos (art. 23-1).

#### Lineamiento No 4.

La empresa hace control de constitucionalidad a sus respuestas en el marco de la debida diligencia

#### Objetivo

- Comprender el significado profundo de las diferencias valorables que se reconocen en el bloque de constitucionalidad a los pueblos indígenas y comunidades tribales.
- Diseñar programas diferenciales que fortalezcan la etnicidad y la cultura de los indígenas y comunidades tribales.

#### ¿Para qué?

- A fin de darles el trato diferencial que obliga a la empresa TGI.

- Construir una mayor igualdad material en las comunidades indígenas y tribales.

### **¿Con quienes?**

- Con las autoridades y con los comunitarios. Su participación debe ser tenida en cuenta.

### **¿Cómo?**

Examinando si las determinaciones que TGI toma en el marco de sus actividades respetan, valoran y fortalecen principios constitucionales tales como:

- La supervivencia cultural. Versión grupal del derecho a la vida y a no ser sometido como sociedades a la desaparición, ignorando sus particularidades étnicas y culturales, tratándolos como mestizos, campesinos.
- A la integridad étnica y cultural. Implica que sus miembros como parte del sujeto colectivo de derecho puedan vivir y permanecer en calidad de miembros del colectivo. Examinar cómo propuestas pueden individualizar a algunos de sus miembros resquebrajando al colectivo.
- A definir la entrada o permanencia en su territorio de personas indeseadas (derecho de exclusión del territorio).
- A determinar sus propias instituciones.
- A la participación en la toma de decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas y comunidades tribales en su territorio.
- A determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros. Implica creencias, sitios religiosos.

### **Medidas de prevención**

- Expectativas que no puedan cumplirse.
- Proyectos que generen daño como divisiones internas, cambios en la toma de decisiones que afecten su etnicidad y su cultura.
- Cumplimiento de lo pactado por las partes.

## Parte 3. PARTICIPACIÓN Y CONSULTA PREVIA

En el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991 se establecen cinco significados de participación de los pueblos indígenas y tribales.

- Decidir autónomamente sobre sus propias prioridades en lo relativo a las dinámicas del desarrollo, en la medida que se les pueda afectar. **Artículo 6**
- Participación al menos en la misma medida que otros sectores de la población, en la adopción de decisiones de programas que les concierna. Es decir, participación en la formulación, aplicación y evaluación en los Programas y Proyectos que les pueda afectar directamente. **Artículo 6b**
- Consulta Previa mediante procedimientos adecuados, cuando se vayan a tomar decisiones legislativas o administrativas que pudieran afectarles directamente. **Artículo 7**
- Participación en estudios orientados a establecer la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente, que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre sí. **Artículo 7.3**
- Participación de los beneficios que genere la empresa. **Artículo 15, párrafo 2**

### 3.1 Obligación del Estado de consultar

Los Estados al adoptar medidas para proteger los derechos de los pueblos indígenas deben hacerlo “con la participación de los pueblos interesados” Convenio 169 OIT (Artículo 2.1)

Los Estados al aplicar las disposiciones del Convenio “Deben consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” Convenio 169 de la OIT (Artículo 6.1.a).

“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Artículo 6.2)

“Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones “. Declaración (Artículo 18)

### 3.2 ¿Qué es la Consulta Previa?

- Es un Derecho fundamental, principio axial colectivo, exclusivo de las comunidades étnicas para participar en aquellas decisiones o proyectos que los pueda afectar para su preservación étnica y cultural. Hace parte del bloque de constitucionalidad, por su conexidad con el derecho a la vida, es decir a seguir existiendo como pueblos indígenas y comunidades tribales.
- Como proceso está orientado a obtener el consentimiento un mecanismo de participación que busca en cada caso hacer compatibles el desarrollo nacional y el interés general de la sociedad de proteger y salvaguardar los pueblos indígenas y las comunidades tribales
- Es un proceso cualitativo y concertado bajo la autoridad de la institucionalidad estatal para la identificación anticipada de impactos o de daños probables a la integridad étnica y cultural de un pueblo indígena o comunidad tribal.
- Implica incorporar la participación social en el diseño final del proyecto consultado toda vez que una buena consulta usualmente implica ajustes redefiniciones técnicas y financieras.
- Permite por la vía de la participación directa de las comunidades advertir realidades sociales y culturales, que al ser protegidas persuaden a modificar el diseño y la factibilidad misma del proyecto.

### **3.3 Normas que consagran y reglamentan la Consulta Previa en Colombia**

La normativa que consagra la obligación del Estado de realizar Consultas se encuentra en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, Ley 21 de 1991 que lo adopta. La jurisprudencia de la Corte Constitucional genera principios y procedimientos que deben tenerse en cuenta. El Decreto 2353 de 2019 define el ente estatal responsable de la Consulta Previa: Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa la Subdirección Técnica de Consulta Previa y la Subdirección de Gestión de Consulta Previa

#### **Lineamiento No 5**

Aprestamiento intersocial, interinstitucional e interlegal.

#### **Objetivos**

- Establecer los factores para determinar si procede o no la Consulta Previa.
- Definir la titularidad del derecho a ser consultados de un sujeto colectivo indígena o tribal: afro, palenquero o Rom, habitante en el entorno de la empresa.
- Determinar cuál es la institución representativa de la comunidad sujeto de consulta y cuáles las autoridades competentes.
- Establecer el ámbito territorial de la comunidad en el cual desarrolla usos y costumbres y obtiene los medios necesarios para su reproducción biológica, social y cultural.
- Superponer el ámbito territorial de la comunidad con el área efectiva de influencia

del proyecto para evaluar los diferentes impactos a la vida e integridad del sujeto colectivo. Como se trata de un derecho fundamental se debe garantizar independientemente de la situación jurídica o del sistema de propiedad.

- Establecer trato distinto a comunidades, grupos o personas que no son titulares de este derecho. Por ejemplo, comunidades campesinas, juntas de acción comunal, organizaciones civiles.

### **Objetivos específicos**

- Establecer con las autoridades y comunitarios un proceso para la comunicación de la información relacionada con: 1) los derechos a la consulta, a la concertación y al consentimiento; los impactos de orden económico, ambiental, social y cultural generados por el proyecto; medidas de manejo, cuando los impactos afecten a los comunitarios o a sus territorios.
- Promover la participación de las autoridades tradicionales existentes, reconocidas por la comunidad, la institucionalidad municipal, departamental y nacional a fin de garantizar el cumplimiento de la representatividad para concertar los procedimientos institucionalizados a seguir.
- Fortalecer a las autoridades y comunitarios indígenas y tribales para que su participación en las decisiones que puedan afectar su medio ambiente, sus patrones culturales, su economía y sus formas de organización social conduzcan a acuerdos en los que los intereses de las comunidades se vean efectivamente reflejados.
- Apoyar institucional y financieramente proyectos que, a corto, mediano y largo plazo mejoren condiciones sociales y económicas acorde con la visión del mundo cultural de los comunitarios y ojalá bajo Planes de Vida comunitarios o proyectos de etnodesarrollo.

### **Generar medidas de prevención**

- Expectativas que no pueden cumplirse.
- Encuentros por fuera de la institucionalizado.
- Acuerdos partes interesadas individualmente.
- Solicitudes desproporcionadas.

## **3.4 ¿Qué tipo de daños se buscan evitar para proteger a los pueblos indígenas y comunidades tribales étnicas?**

En general se trata de aquellos impactos negativos que atenten contra la integridad étnica y cultural de una comunidad indígena o comunidad tribal particular. Sin embargo, conviene hacer varias precisiones:

- Dado el carácter *previo* de la Consulta, el daño a analizar es en estricto un daño probable o eventual. El ejercicio *ex ante* es por lo mismo un análisis de riesgos.
- Debe haber o presumirse una relación directa entre el daño o la afectación que se busca manejar, con el proyecto, obra, actividad o decisión que se someta a la consulta.



- Se parte de que dicho daño no existe o que existiendo una situación de vulnerabilidad pre-existente esta se puede incrementar o agudizar con ocasión de la ejecución del proyecto.
- En uno o en otro caso la correcta anticipación del daño eventual depende, del levantamiento de una línea de base o caracterización preliminar de la comunidad, a fin de establecer con el mayor rigor la relación hipotética de causa-efecto para la vida comunitaria.
- Debe haber o presumirse que exista una relación directa entre el bien material o inmaterial susceptible de afectación y uno o varios intereses colectivos del pueblo indígena o la comunidad tribal consultada.

### **Lineamiento No 6.**

La empresa desarrolla protocolos y directrices voluntarias en torno a la participación de los pueblos indígenas porque como principio genera legitimidad social, reduce costos reputacionales minimiza algunos riesgos, y otorga viabilidad y licencia social a los proyectos.

### **Objetivos**

- Establecer mecanismos que garanticen la participación y consulta previa, libre e informada con pueblos indígenas y comunidades tribales del área de influencia de TGI siguiendo lo establecido por el Bloque de constitucionalidad.
- Adelantar procesos de participación conforme a los requerimientos del plan de expansión, o mejoramiento de la infraestructura.
- Construir relaciones de entendimiento intercultural e interlegal con las autoridades y los comunitarios que habiten o utilicen territorios de afectación directa de la empresa TGI.
- Propiciar un diálogo intercultural e interlegal de largo alcance donde las partes se conozcan, expresen sus derechos y deberes, sus propósitos y requerimientos en un ambiente de confianza.
- Lograr encuentros para la participación intercultural con diferentes instancias comunitarias.
- Apoyar el fortalecimiento de la institucionalidad propia de la sociedad que es consultada.
- Establecer mecanismos de información, sobre consulta y consentimiento con las autoridades de los pueblos indígenas y comunidades tribales que permita analizar los impactos de orden económico, ambiental, social y cultural generados por el proyecto, y las respectivas medidas de manejo, cuando los impactos de nuevos proyectos o ajustes así lo requieran.
- Promover el fortalecimiento de las autoridades tradicionales, reconocidas a fin de que les permitan cumplir con sus propias funciones y adelantar proyectos que, a corto, mediano y largo plazo estimulen mejorar en lo social y en lo económico bajo aspiraciones culturales propias.

- Fortalecer la participación efectiva en las decisiones que puedan afectar su hábitat, sus patrones culturales, su economía y sus formas de organización social.
- La participación debe conducir a acuerdos en los que las posiciones e intereses de las comunidades se vean efectivamente reflejados.

#### ¿Como?

- Siempre en acuerdo con las autoridades representativas

#### ¿Para qué?

- Reconocer y valorar las formas de gobierno propio.
- Darles el debido trato constitucional como autoridades de especial protección sujetos colectivos de derecho y de especial protección.
- Cimentar relaciones con las autoridades, bajo principios de confianza, cooperación y respeto mutuo.

El **consentimiento** es un imperativo y sin duda es el indicador más robusto de participación social de los pueblos indígenas y comunidades tribales en el marco de las consultas.

#### **Lineamiento No 7.**

Afianzar el conocimiento para una debida diligencia en materia de consulta como derecho fundamental.

#### **Objetivo**

- Acordar estándares en materia de participación de los pueblos indígenas y comunidades tribales localizados en el entorno del Proyecto GTI.  
Adopción de mecanismos participativos.
- Políticas de reconocimiento y apoyo a los sujetos colectivos de derecho, dotados de capacidad para reclamar y ejercer sus derechos, así como la autorepresentación.
- Información y transparencia, en los temas de la empresa que más les concierna.
- Espacios de socialización, consulta y toma de decisiones, en aquellos temas que conciernan a la empresa en su relación con las comunidades.
- Metodologías para la participación en la realización de estudios que se realicen.
- Apoyo a los sectores más vulnerables para su inclusión (mujeres, niños, jóvenes).
- Espacios de diálogo intercultural sin proyecto, para establecer percepciones, recomendaciones y propuestas, hacer acuerdos, ejecutar formación para puestos de trabajo, etc.
- Diseño de un sistema participativo, dinámico y culturalmente adecuado de Peticiones, Quejas Reclamos, Solicitudes y Felicitaciones, con varios componentes.
- Inversión social sujeta a acuerdos sociales, enfoque diferencial y a veedurías comunitarias.
- Seguimiento de las medidas de manejo comprometidas en las licencias ambientales.

#### ¿Como?

- Preparación para actuar con conocimiento del derecho fundamental de los pueblos indígenas y comunidades tribales.
- Aprestamiento de equipo interdisciplinario formado para actuar relacionamente con autoridades étnicas.
- Solicitar siempre la presencia institucional competente.

### ¿Para qué?

- Reconocer y valorar las formas de gobierno propio.
- Dar el debido trato con base en el bloque de constitucionalidad para dar cumplimiento a la participación debida como empresa.
- Cimentar relaciones con las autoridades, bajo principios de confianza, cooperación y respeto mutuo.

### Medidas de prevención

- Seguimiento y cumplimiento de acuerdos interpartes.

## 3.5 Lineamientos conceptuales, procedimentales y operativos.<sup>5</sup>

### Acercamientos

Definición	Buenas prácticas	Condiciones de éxito
Oportunidad de establecer relaciones de mutua confianza y aceptación, antes de iniciar las Consultas.	<p><b>1.</b> Se establece una relación franca con las comunidades, sin intervenir en los asuntos internos, respetando sus formalidades y espacios.</p> <p><b>2.</b> Se preparan los representantes de la empresa en los asuntos étnico-culturales característicos de cada comunidad.</p> <p><b>3.</b> Se define una sola instancia para el relacionamiento con las comunidades.</p> <p>Un profesional tiene la representación formal para tomar decisiones por parte de la empresa.</p> <p><b>4.</b> Se prepara a las comunidades para un ejercicio cualificado sobre el derecho a la consulta previa</p>	<p><b>1.</b> Disposición subjetiva y corporativa para la mejor relación intercultural.</p> <p><b>2.</b> No despreciar el valor de la confianza en el relacionamiento con las comunidades.</p> <p><b>3.</b> Asesoría antropológica adecuada.</p> <p><b>4.</b> Tiempo suficiente para la construcción de relaciones de confianza.</p>

<sup>5</sup> Estructura general autorizada por el sociólogo Carlos Ariel Ruiz Sánchez.

## Preconsulta

Definición	Buenas prácticas	Condiciones de éxito
<p>Momento preliminar en el que las partes, con la facilitación de la entidad competente y otros garantes, acuerdan cómo se hará la consulta, bajo qué condiciones y según sea la singularidad de cada caso.</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Tener en cuenta la distintividad comunitaria, la singularidad de cada una, sus instancias de gobierno y autoridad, tiempos y procesos internos para la adopción del derrotero a adoptar.</li> <li>2. Realizar las actividades de preconsulta en el entorno comunitario.</li> <li>3. Instruir de antemano a las comunidades sobre el rigor necesario para adelantar la Consulta por el gobierno nacional, y los aspectos básicos a consultar, a fin de que el diseño del proceso sea ajustado a ambos aspectos.</li> <li>4. Dar mutuos mensajes de confianza a fin de que la Consulta transite en medio de un ambiente tranquilo y edificante.</li> <li>5. Valorar el grado relativo de vulnerabilidad del grupo y adoptar medidas reforzadas para que se contrarresten las asimetrías entre los actores.</li> <li>7. La logística para la preconsulta debe pagada por la empresa y también el pago del equipo profesional, de los sabedores comunitarios y técnicos.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Tiempo suficiente, en particular de la empresa.</li> <li>2. Voluntad institucional de preparación y fortalecimiento a las comunidades, para que se aboquen a un proceso de Consulta implementado bajo los más altos estándares para su cumplimiento adecuado.</li> <li>3. Comunidades cohesionadas, con instancias de representación y gobierno definidas.</li> </ol>

## Instalación y apertura

Definición	Lecciones aprendidas	Buenas prácticas	Condiciones de éxito
<p>Jornada formal con presencia de la institucionalidad estatal que es la garante de proteger el derecho a la participación de las comunidades, en la que las partes, de mutuo acuerdo y desprovistas de coacción,</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. La forma es tan importante como el contenido.</li> <li>2. Las comunidades tienen sus propias nociones</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Concertar las formalidades para la apertura de la Consulta Previa.</li> <li>2. Refrendar las actas de buena fe de la preconsulta.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Un ambiente de mutua confianza sobre la base del conocimiento del sentido que tiene la consulta y el contenido de los temas a ser consultados.</li> </ol>

acuerdan INICIAR un proceso de Consulta conforme a lo convenido en la preconsulta y bajo los principios de buena fe y transparencia.	de consulta y sus propias formalidades para darle plena validez a un documento.	<b>3.</b> Prever tiempo suficiente y de calidad para la apertura e instalación. <b>4.</b> No delegar la representación del proyecto, y definirla de una buena vez para todo el proceso.	
--	---	--	--

## Socialización

Definición	Lecciones aprendidas	Buenas prácticas	Condiciones de éxito
Presentación integral, del proyecto (de cada uno de los campos) a la comunidad titular del derecho a la Consulta de forma culturalmente adecuada.	<b>1.</b> La sensatez de los análisis posteriores dependen del tipo y calidad de información disponible. <b>2.</b> El éxito de la socialización está en directa relación con la adecuación de los contenidos y la confianza entre las partes.	<b>1.</b> Preparar la socialización del proyecto, haciendo uso de pedagogías y didácticas adecuadas. <b>2.</b> Compartir toda la información en torno al proyecto, las actividades adicionales asociadas, el sustento jurídico y de política pública que lo respalda. <b>4.</b> Evaluar el grado de comprensión y asimilación del proyecto, y dejar constancia de ello.	<b>1.</b> Tomarse en serio la pedagogía como herramienta para la socialización del proyecto. <b>2.</b> Coordinación permanente entre el área técnica y el área social para garantizar coherencia de contenidos en la socialización.

## Identificación de impactos y medidas de manejo

Definición	Lecciones aprendidas	Buenas prácticas	Condiciones de éxito
Ejercicios participativos de identificación anticipada de impactos ( <i>ex ante</i> ), y consecuente concertación de medidas orientadas a prevenir, corregir, mitigar o compensar los impactos a la integridad étnica y cultural de la comunidad titular del derecho a la C	<b>1.</b> Frente a los impactos culturales creer en el otro bajo el principio de la Buena Fe. <b>2.</b> El dinero no lo compensa todo. <b>3.</b> Afectaciones culturales y medidas proporcionadas	<b>1.</b> Ir despacio en la identificación de las afectaciones. <b>2.</b> Crear equipos especializados y mixtos para la identificación detallada de los impactos y las medidas de manejo.	<b>1.</b> Que las comunidades tengan buena apropiación del proyecto y puedan advertir afectaciones con principio de realidad. <b>2.</b> Que el ejercicio no sea un escenario contencioso. <b>3.</b> Que primen los principios de buena fe, respeto y entendimiento intercultural.

	<p>por la misma cultura.</p> <p><b>4.</b> Una medida de manejo solo es totalmente efectiva cuando se compruebe que lo es.</p> <p><b>5.</b> La mejor medida de manejo es la que las partes conciertan, no genera impactos peores que los que busca corregir, es susceptible de verificar y no contradice las normas vigentes.</p> <p><b>7.</b> En materia de protección más vale pecar por exceso que por defecto.</p>	<p><b>3.</b> Identificar las afectaciones proyecto.</p> <p><b>4.</b> No confundir los temas de responsabilidad social y de empleo, con las medidas de manejo derivadas de una Consulta Previa.</p> <p><b>5.</b> Darle validez y respaldo a las medidas de manejo que provengan de su propia cultura tradicional.</p> <p><b>6.</b> Adoptar medidas de manejo inocuas o con externalidades positivas.</p> <p><b>7.</b> Adoptar medidas de manejo que sean compatibles con los modelos y planes de vida de las comunidades étnicas.</p>	
--	---	--	--

### Preacuerdos y protocolización de acuerdos

Definición	Lecciones aprendidas	Buenas prácticas	Condiciones de éxito
<p><b>Preacuerdos</b> Compromisos parciales, susceptibles de modificación, que las partes adoptan para la mejor ejecución del proyecto sin afectar la integridad étnica de la comunidad titular del derecho a la Consulta.</p> <p><b>Protocolización de acuerdos o de no acuerdos</b> Compromisos definitivos que las partes adoptan mediante las formalidades de rigor en el Acta, de modo que deben respetarse formalmente por parte de los implicados.</p>	<p>1. La principal garantía de un acuerdo es la Buena Fe.</p> <p>2. Los montos de las compensaciones en dinero deben ser los montos que realmente compensen afectaciones. El dinero empresarial introducido en las comunidades, sin las debidas precauciones, generan daños y conflictos internos.</p> <p>3. El mejor acuerdo es el que en estricto depende de las partes que lo contraen.</p>	<p><b>1.</b> Ser preciso con el contenido de las palabras. No dejar ningún supuesto a la libre interpretación de las partes.</p> <p><b>2.</b> Incorporar mecanismos de manejo de contingencias y resolución de conflictos.</p> <p><b>3.</b> Adoptar acuerdos y compromisos recíprocos.</p> <p><b>4.</b> Adoptar un cronograma preciso para el</p>	<p>1. La confianza y aceptación recíproca de lo pactado.</p> <p>2. Precisión y claridad en los acuerdos que se adoptan.</p>

		<p>cumplimiento de los compromisos y obligaciones, sujetos a indicadores de magnitud, tiempo, responsable.</p> <p><b>5.</b> Transferir las obligaciones derivadas de la Consulta a los contratos con terceros.</p> <p><b>6.</b> Suscribir los acuerdos en presencia de garantes que generen confianza a las partes.</p> <p><b>7.</b> No adquirir compromisos que dependan de terceros</p>	
--	--	---	--

### Seguimiento

Definición	Situación dilemática	Lecciones aprendidas	Buenas prácticas	Condiciones de éxito
<p>Ejercicios participativos, en presencia preferiblemente de las entidades de gobierno competentes, para verificar el estado de cumplimiento de las obligaciones acordadas en la protocolización de las Consultas.</p>	<p><b>1.</b> La capacidad de seguimiento del gobierno y de los garantes es limitada, especialmente de compromisos de mediano y largo plazo, por lo que en general corresponde a las partes hacer los seguimientos y balances</p>	<p><b>1.</b> Ningún acuerdo es inferior a otro.</p> <p><b>2.</b> Los cambios en cantidad o cualidad de las obligaciones no pueden ser resueltas por una de las partes de forma unilateral.</p> <p><b>3.</b> El no cumplimiento de los acuerdos generan nuevos pasivos, porque se presumen que las afectaciones contra la integridad étnica continúan.</p>	<p><b>1.</b> Crear equipos mixtos de seguimiento de los acuerdos en tiempo real e <i>in situ</i> y dejar evidencias de los cumplimientos parciales, o saldados.</p> <p><b>2.</b> Garantizar ejercicios periódicos de balance de cumplimiento.</p>	<p><b>1.</b> Organización conjunta para el seguimiento.</p> <p><b>2.</b> Conciencia compartida que la consulta no termina con la protocolización.</p>

## Post-consulta

Definición	Malas prácticas	Lecciones aprendidas	Buenas prácticas	Condiciones de éxito
Oportunidad que tienen las partes, en presencia de las entidades competentes, de valorar la pertinencia y suficiencia de las medidas de manejo acordadas, y de incorporar obligaciones nuevas o de actualizar las ya adoptadas.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Presumir que la Consulta termina con el cumplimiento literal de los acuerdos y compromisos.</li> <li>2. No evaluar cualitativamente si la Consulta cumplió o no su fin protector.</li> <li>3. Suponer que todas las medidas de manejo, por el hecho de estar convenidas, son intrínsecamente convenientes y protectoras</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los acuerdos suscritos en el marco de una Consulta pueden tener efectos no deseados y no protectores.</li> <li>2. Una Consulta puede ser permanente o periódica a lo largo de la operación del proyecto.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Hacer ejercicios participativos ex post de evaluación de impactos y actualizar las medidas de manejo a que haya lugar.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Conciencia de las partes y del gobierno sobre los tiempos post consultivos.</li> <li>2. Organización conjunta para la actualización de las medidas de manejo</li> </ol>

Un resultado apreciable de las consultas lo constituye que sean un buen medio para la participación en los planes de vida, programas de etnodesarrollo y para lograr el Consentimiento Previo Libre e Informado.

“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones”. Conv 169 (Artículo 23).

Además, conseguir el Consentimiento que es la finalidad de las consultas implica que se lograron buenos acuerdos empresa-comunidades y frente a la institucionalidad estatal como garante de este derecho.

“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. (Artículo 6.2)

Malas prácticas



- Parámetros estrechos en la definición de área de influencia directa.
  - No verificación de presencia de comunidades étnicas por iniciativa propia.
  - No certificación de presencia de las comunidades.
  - Definición ambigua de las áreas del proyecto.
  - Reducción de asimetrías existentes entre las comunidades y la empresa.
  - Imposición de la lógica monetaria en la concertación de medidas de manejo.
  - No implementación de la Post-consulta.
  - No actualización de las medidas de manejo pasado un tiempo razonable.
- Posiciones adversariales.
- Transferencia de las obligaciones a terceros involucrados.
  - Deficiente socialización de los proyectos y falta de pedagogías interculturales.

### **3.6 Subreglas sobre el derecho a la consulta previa<sup>6</sup>**

**(i)** La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador, tanto en su proyección como en su implementación.

**(ii)** No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

**(iii)** No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

**(iv)** Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

**(v)** Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución de este.

**(vi)** Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha

---

<sup>6</sup> Sentencia T129 2011

de entenderse no sólo en la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

**(vii)** Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

**(viii)** Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesivas en aquellos casos en los cuales la intervención: **(a)** implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; **(b)** esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(c)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.<sup>[71]</sup>

**(ix)** Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

**(x)** Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

**(xi)** Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.

Si se tienen en cuenta los presupuestos y factores señalados anteriormente, se espera que el proceso de consulta previa y participación de los grupos étnicos respete de forma integral los derechos en juego en estos tipos de casos, como la subsistencia e integridad cultural.

Es necesario tener en cuenta que efectuar la consulta previa y buscar el consentimiento informado no justifica la violación material futura de los derechos fundamentales de los colectivos étnicos afectados por una actuación o autorización administrativa de entidades del

Estado o de particulares; circunstancia en la que habrá lugar a la responsabilidad del Estado o de los concesionarios conforme a la normativa interna e internacional.

Este es el alcance de un ---derecho---, que obliga necesariamente a la aplicación de un conjunto de principios y valores y, de otra parte, a asumir que las comunidades como sujetos colectivos de derechos, son sujetos de derechos fundamentales

La consulta previa no es un simple trámite, no es un simple procedimiento, no se agota en unos meses de consulta, sino que necesariamente allí donde está la comunidad, allí donde se adelante cualquier proyecto, se está alinderando una zona de la vida social, de la vida cultural, del desenvolvimiento mismo de la vida de un colectivo que exigen la aplicación simultánea, sistemática, permanente y continua de los valores, de los principios de las normas constitucionales, porque ya la propia Corte Constitucional ha aceptado que en relación precisamente con esa materia ella debe disponer de un control exacerbado de constitucionalidad formal, material, abstracto y concreto.

### **3.7 Indicadores del derecho que pone en marcha la consulta previa**

Son tres los indicadores de un principio derecho de altísima protección y no necesariamente todos se reúnen en un solo momento.

- **El valor contra mayoritario** de sentido fuerte que se expresa en hechos. Se observa que la constitución y la interpretación constitucional reconoce a los sujetos titulares una capacidad muy fuerte de avanzar en contra de las pretensiones de la mayoría.
- **Instrumenta imperativos de inclusión en sentido fuerte** o sea amplía la frontera de la equidad y de la justicia como un mandato imperioso que no puede reducirse, que siempre está avanzando cada vez más.
- **Denota diferenciación como un interés preponderante**, de mandatos por la identidad, en el seno social.

La consulta previa pone de presente el espacio en el cual se juega el derecho a la igualdad, el trato distinto, el derecho al pluralismo cultural, la libertad de expresión, el

derecho de propiedad preventiva, los valores más caros de la nacionalidad, los principios orgánicos de la Constitución, entre otros; todos esos principios, esos valores, esos derechos entran a ser partícipes del proceso de integración normativa, de modo que se está frente a una relación ampliada de principios.

La consulta previa no es un simple trámite, no es simplemente un momento de un proyecto, por ejemplo, la consulta previa es una zona fuertemente intervenida por un conjunto de principios y por consiguiente no se vaya a pensar que concluida la consulta previa los aspectos constitucionales y las exigencias de las comunidades que se tienen allí, —porque ellas precisamente como titulares de ese conjunto de principios—, que irradian una problemática social, van a tener también gracias a la exacerbación constitucional, muchos canales para permanentemente.

## **Parte 4 CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO**

El consentimiento, como la misma Corte Constitucional lo ha reiterado, debe entenderse como la aprobación cualificada y expresa que un pueblo indígena o comunidad tribal—en este campo— otorga a “Obras, Proyectos o Actividades” (OPA), medida legislativa o acto administrativo que, eventualmente, los pueda afectar directamente.

### **4.1 El consentimiento y su relación con la Consulta**

La consulta y el consentimiento como derechos fundamentales existen para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas y comunidades tribales a su existencia cultural alterna como sujetos colectivos distintos.

Existen dos situaciones respecto del consentimiento que son diferentes; ambas buscan prevenir daño a la integridad étnica y cultural.

El consentimiento, nunca puede darse a costa de comprometer la existencia del grupo étnico implicado. Supone una ponderación entre los intereses que comporta la decisión consultada y la pervivencia del grupo étnico o el derecho a la vida, es decir que pueda seguir siendo comunidad distinta en como sujeto colectivo de derecho. 50 o 100 años. Si bien sus miembros individualmente pueden seguir existiendo lo que se protege es la existencia cultural alterna de ese colectivo. La decisión en el caso de la represa de Urra no protegió al pueblo Emberá como colectivo, aunque si les dio a sus miembros un recurso económico para su adaptación al perder la posibilidad de seguir siendo pescadores y cazadores por la inundación de sus tierras.

El consentimiento se da cuando de buena fe en una Consulta se ha conocido el proyecto y sus impactos y no habrá daño a la integridad étnica y cultural; y, cuando se presentan situaciones que involucran daño y afectaciones irreversibles y el consentimiento vinculante. Dice la Corte:

“La protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades

étnicas pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”. Ahora, dice la Corte, en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de las comunidades étnicas en la construcción de esta, y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*”<sup>7</sup>.

Concierne a la institucionalidad estatal —en calidad de garante de los derechos de los pueblos indígenas y tribales demostrar que se utilizaron los medios y las garantías posibles para conseguir el consentimiento. La Debida Diligencia por parte de la empresa implica dar a conocer de manera adecuada el proyecto y la decisión que se va a implementar al informar de buena fe las afectaciones e impactos inevitables.

Uno de estos impactos inevitables por la necesidad de realizar el proyecto es el traslado de comunidades o comunitarios. Se requiere el consentimiento libre previo e informado. En este caso se requiere una definición expresa de la empresa para informar sobre la posibilidad que más le convenga los factores en contra de su impacto en la posibilidad de sacar adelante el proyecto.

## **Lineamiento No 8**

Plan de reasentamiento.

### **Objetivos**

- Preparación jurídica, social y logística adecuada para el tratamiento diferencial a la comunidad portadora de la cultura en el marco de un proceso de Información y asesoría ---en lengua, si fuera el caso---, a los propietarios de predios que serán afectados por la ampliación o mantenimiento del proyecto para la elaboración de ampliación o mantenimiento del proyecto de inversión.
- Garantizar a los comunitarios que serán trasladados condiciones equivalentes o

---

<sup>7</sup> **Sentencia T-129 de 2011 Consulta y Consentimiento** En esta sentencia se hace referencia a los resguardos Chidima y Pescadito en Colombia. La Corte encuentra necesario que la Consulta previa y el Consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva que conlleve a poner en riesgo la existencia étnica y cultural de la comunidad.

mejores al estado previo.

### **Medidas de manejo:**

- Adquisición de tierras conforme a las exigencias del proyecto.
- Adquisición de predios rurales tomando que permita a los vendedores dar continuidad a sus actividades productivas. a comunitarios de acuerdo con los resultados del estudio socioeconómico (inventario de activos, y línea base).

### **¿Cómo?**

- Se aplica en toda el área de influencia de TGI y específicamente a las zonas donde se requiera la compra o negociación de predios.

### **¿Para qué?**

- Concertar con los actores directamente involucrados los planes de reasentamiento cuando haya lugar.

### **Medidas de prevención**

- En caso de no obtenerse el consentimiento, pese a seguirse el debido proceso en una Consulta Previa, la institucionalidad estatal podrá tomar la decisión de realizar el proyecto con la máxima fortaleza de argumentos justos para definir la opción de realizarlo.
- Las autoridades y los comunitarios deberán ser informados de como los derechos no son absolutos

## **4.2 ¿Qué significa para el Estado que los pueblos indígenas no dan el consentimiento?**

Como punto de partida hay que tener presente que con o sin el consentimiento un indígena o comunidad tribal, el Estado tiene la obligación dentro del derecho internacional de respetar y proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales, de acuerdo con los estándares internacionales establecidos.

Se plantea que, en muchos casos el Estado decide pese a no obtener el consentimiento de una comunidad. La normativa plantea que es siempre el Estado es el que tiene la última palabra, como garante de los derechos humanos. Si se demanda su decisión será necesario justificar ampliamente sus argumentos o será condenado.

## **4.3 Poder de veto**

Se utiliza el concepto de veto para denotar que un pueblo indígena o comunidad tribal tiene el derecho a suspender unilateralmente la realización de un proyecto. Un veto, por tanto, proporciona un poder ilimitado para detener posibles o seguros cambios, para detener un proyecto por considerar esos cambios como que no adecuados para ser adoptados. La Corte es explícita en afirmar que no existe el derecho al veto.

La Corte igualmente ha señalado que la consulta constituye un proceso de diálogo intercultural *entre iguales*, en el entendido de que esto significa 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 sobre los pueblos indígenas para imponerles caprichosamente cualquier decisión<sup>8</sup> sino que opera un intercambio de razones entre culturas que tiene igual dignidad y valor constitucional (CP art 70). Esto no significa que, desde el punto de vista fáctico, los pueblos indígenas o las comunidades tribales tengan un igual poder a los particulares o al Estado en un proceso de consulta pues usualmente, se encuentran en una situación de desventaja frente a ellos por la discriminación a que han sido sometidos. Por eso el Estado tiene el deber de tomar las medidas compensatorias necesarias para reforzar la posición de estos pueblos en estos procesos de consulta para que efectivamente opere ese diálogo intercultural entre iguales.

Existen decisiones de pueblos y comunitarios tribales que plantean no a un proyecto, no aceptan realizar consulta y por ello puede establecerse que hay un veto. Dadas las implicaciones de tomar una decisión unilateral, sin siquiera conocer los impactos que el proyecto implica y los mecanismos para su mitigación, se está ante la figura del veto.

---

<sup>8</sup> SU 123



## **Parte 5 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RIGEN FRENTE A PARTICULARES Y EXISTE EL DEBER DE LA DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL.**

La Sentencia U 123 de 2018 introduce en el numeral 13 el deber de la debida diligencia empresarial como medio para proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas y comunidades tribales. Dice la Corte:

13.1. “Aunque la responsabilidad esencial frente a la consulta previa es del Estado, eso no implica que los particulares, y en particular las empresas, no tengan deberes frente a este derecho fundamental. Esta conclusión deriva no sólo del efecto frente a terceros que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano sino también en el reconocimiento por el derecho internacional de los derechos humanos de que las empresas tienen ciertas obligaciones frente a los derechos humanos, que no son equivalentes a las de los Estados pero que distan de ser menores e irrelevantes”.

13.2. “La Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (conocidos como los “Principios Ruggie”), que fueron avalados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>9</sup>, confirman la máxima bien establecida del derecho internacional de que (i) los Estados tienen el deber de *proteger* los derechos humanos, por ejemplo, contra violaciones cometidas por las empresas comerciales y otras terceras partes, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; pero que las (ii) las empresas deben *respetar* los derechos humanos, actuando con la *debida diligencia* para no vulnerar los derechos humanos o contribuir a vulnerarlos; y que existe (iii) la necesidad de que sean establecidas vías de recurso efectivas para *reparar* las violaciones cuando se producen. El Principio 17 de esta Declaración, relativo a “*la debida diligencia en materia de derechos humanos*”, señala que, sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos, a fin de identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades”<sup>10</sup>.

---

9 Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Representante Especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, “*Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’*”, resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, A/HRC/17/31.

10 Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. En criterio del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, la debida diligencia en materia de derechos humanos: a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales; b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones; c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función

13.3. “Por su parte, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, a través de la Observación General número 2411 indicó que los Estados tienen ciertas obligaciones en el contexto de la actividad empresarial. Señaló que se debe velar por que, cuando proceda, los efectos de las actividades empresariales en los pueblos indígenas (en particular, las consecuencias adversas reales y potenciales sobre los derechos a la tierra, los recursos, los territorios, el patrimonio cultural, los conocimientos tradicionales y la cultura de los pueblos indígenas) se incorporen de manera específica en las evaluaciones del impacto en los derechos humanos<sup>12</sup>. Adicionalmente, la Observación General señaló que las empresas deben seguir el estándar de “*diligencia debida*” en materia de derechos humanos, con base en el cual deberán celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de las instituciones representativas de los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de iniciar actividades. Esas consultas deben permitir la identificación de los posibles efectos negativos de las actividades y de las medidas a fin de mitigarlos y contrarrestarlos. También deben propiciar la creación de mecanismos de participación en los beneficios derivados de las actividades”.

## **Recomendaciones**

1. Definir contenidos de formación básica y un programa continuo.
2. Formación del personal de la empresa que desde diversidad de responsabilidades tiene relación con los pueblos indígenas y tribales.
3. Definición de una estructura orgánica que incluya un equipo interdisciplinario que pueda planear, hacer seguimiento y evaluar el cumplimiento de estándares.
4. Selección de personal con importante capacidad técnica para representar a la empresa y con una actitud edificante y comprometida con los comunitarios y sus autoridades.
5. Generar un sistema de intercomunicación institucionalizado con autoridades y comunitarios.

---

de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas. Al respecto consultar el documento “Principios Rectores Sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, documento de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en versión digital en el link: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf)

11 Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 24, Distr. General 10 de agosto de 2017, E/C.12/GC/24.

12 *Op. Cit.* Observación General número 24, párrafo 15.