

El debate sobre la propiedad en transición hacia la paz

**Desafíos a la propiedad en el marco
de la justicia transicional en Colombia**

Sergio Latorre Restrepo
Enrique Alberto Prieto Ríos
Sheila Giraldo Duque
EDITORES ACADÉMICOS

Capítulo 3

Usando el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para proteger el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas en las Américas: el impacto de la represa de Salvajina en las comunidades nasas*

Sital Kalantry**

David Cordero-Heredia***

Introducción

Los pueblos indígenas en las Américas han sufrido un proceso de despojo y desplazamiento de sus territorios ancestrales durante siglos, una de las razones fue siempre la falta de tutela (o de reconocimiento) a su derecho a la propiedad. Una serie de reformas legales, constitucionales, así como la ratificación de tratados a nivel internacional, han conseguido cierto grado de protección en las últimas cuatro décadas. Sin embargo, cabe preguntarse

* La información para este artículo fue levantada como el proyecto de clase de la International Human Rights Policy Advocacy Clinic en la primavera de 2018 de la Escuela de Derecho de la Universidad de Cornell. Queremos agradecer y reconocer la participación de las estudiantes Beatriz Albornoz, Paula Daniela Cala Pérez, Ashley Chacón, Claire Halleland, Isaiah Marcano, Morgan Miller, Cynthia Suárez, La'Tise Tangherlini, Rachael Erika Hancock y Cristina Melo Arteaga.

** Clinical Professor of Law, directora de la International Human Rights Policy Advocacy Clinic y codirectora del Migration and Human Rights Program de la Escuela de Derecho de la Universidad de Cornell.

*** Senior Teaching Postdoctoral Fellow de la International Human Rights Policy Advocacy Clinic de la Escuela de Derecho de la Universidad de Cornell; profesor agregado de Derecho; director del Centro de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; profesor invitado de la Universidad de las Américas y Universidad Andina Simón Bolívar.

si estas nuevas normas específicas eran indispensables para tutelar su derecho a la propiedad privada, un derecho que en las democracias liberales ha sido protegido desde la fundación de todos los Estados americanos.

Colombia es un ejemplo de lo antes dicho. En 1991, una nueva Constitución permitió a su Corte Constitucional (CCC) una sólida jurisprudencia en materia de derechos de los pueblos indígenas, en especial a la consulta previa en casos de actividades extractivas por realizarse dentro de sus territorios. Para la Corte, los procesos de consulta deben darse en las primeras etapas de los proyectos. No obstante, en proyectos que fueron construidos antes de 1991, no habría existido para la Corte una obligación de consultar a las comunidades afectadas. Esto presenta un problema jurídico importante sobre cómo proteger los derechos de los pueblos indígenas antes de 1991, en el caso colombiano, o antes de que el derecho a la consulta haya sido introducido en el derecho positivo de un Estado americano.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) puede desempeñar un papel crucial para cambiar esta concepción. En primer lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y tribales, aun cuando su derecho interno no contenga una disposición al respecto. En segundo lugar, la Corte IDH puede determinar que la ausencia de una norma positiva en determinado momento constituye una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en lugar de una justificación de la legalidad de la actuación estatal. Y, en tercer lugar, una decisión de la Corte IDH que amplíe la interpretación sobre el derecho a la consulta previa podría impulsar una nueva interpretación de este derecho que lleve a Colombia a reparar las violaciones de los derechos humanos que se perpetraron antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1991.

En el presente capítulo, utilizamos el proyecto de la represa de Salvajina (Valle del Cauca, Colombia) para desarrollar estos argumentos. Sostenemos que el derecho a la consulta previa, si bien es de vital importancia para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, es un derecho procedimental que busca tutelar, a su vez, derechos materiales que ya existían antes de la adopción de normativa especialmente dirigida a ellos. Esto es particularmente relevante respecto al derecho a la propiedad, ya que no es un derecho de reciente adopción y es un derecho fundamental para que los pueblos indígenas puedan

sobrevivir material y culturalmente. La solución que proponemos es aplicable a otras comunidades de Colombia, así como de toda Latinoamérica.

1. Las comunidades nasa en el Valle del Cauca y la represa de Salvajina

El pueblo indígena nasa (también conocido como ‘paez’) se ubica en la región Andina de Colombia, y representa el 17,63% de la población indígena nacional (Sichra, 2009, p. 611). De acuerdo con algunas estimaciones, en 2009 la comunidad nasa contaba con 138 501 miembros, distribuidos en los departamentos del Cauca, Valle del Cauca, Tolima, Caquetá, Putumayo, Huila y Meta (pp. 518 y 607). Mantienen su idioma tradicional (*nasa yurwe*) (p. 611). Por otro lado, el estudio publicado en 2009 por el Unicef (citado en Sichra, 2009) ha determinado que la mitad de la población habla solo *nasa yurwe*, un cuarto de la población habla solo español, el otro cuarto de la población es bilingüe (p. 616). Sin embargo, la distribución de las personas que hablan el idioma tradicional no es uniforme. Existen varias comunidades, como la comunidad de Cerro Tijeras, en donde existen muy pocas personas que pueden hablar fluidamente el *nasa yurwe*, conforme manifiestan los miembros de esta (comunicación personal, 2018).

El pueblo nasa tiene cierto reconocimiento legal de su territorio colectivo mediante la figura de los resguardos; en la actualidad, se distribuyen entre 96 de ellos (Sichra, 2009, p. 612). Históricamente, la comunidad nasa ha sido amenazada por diferentes fenómenos sociales, incluyendo el conflicto armado, la presencia de grandes terratenientes, de cultivadores de coca y de grupos armados irregulares. El pueblo nasa también se ha visto afectado por diversas masacres ocurridas en el territorio colombiano (p. 613).

1.1. La construcción de la represa de Salvajina en territorio nasa

Entre 1980 y 1985, la Corporación Autónoma Regional del Valle (CVC) construyó la represa de Salvajina (Sentencia T-462A de 2014, p. 41; Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, 2012). La represa, ubicada en el departamento del Cauca, fue construida sobre un área de 2100 hectáreas y sobre cerca de 30 kilómetros de tierra cultivable de la comunidad indígena de los resguardos de Honduras y Cerro Tijeras (Rosero, 2009). Conforme con la Sentencia T-462A, el proyecto empezó a operar desde 1985 hasta la

actualidad. En 1996 la represa pasó a ser operada por la empresa EPSA, cuya participación de capital actualmente es exclusivamente privada (2014, p. 41).

El proyecto no tuvo en cuenta los impactos a las comunidades nasas asentadas en la zona. Se dieron expropiaciones de terrenos y el pago de indemnizaciones menores a los precios del mercado a las personas que contaban con títulos de propiedad individuales. Por otra parte, no se tomó en consideración la posesión ancestral colectiva de las tierras, las prácticas tradicionales, ni los lugares sagrados de los nasas. Según han manifestado los miembros de la comunidad de Cerro Tijeras, la laguna que generó la represa fue incluso más grande de lo que se había planificado, inundando terrenos que no habían sido expropiados (comunicación personal, 2018). Para efectos de la vida de las comunidades, la laguna generaba un obstáculo enorme para sus prácticas cotidianas.

Las comunidades se organizaron para protestar por los daños recibidos; fue gracias a esa presión que en 1986 diversas entidades públicas nacionales y regionales y la CVC se comprometieron a reparar en alguna medida los daños causados a las comunidades de Cerro Tijeras y Honduras (Sentencia T-462A de 2014, p. 41). Las medidas incluían crear medios para la movilización de personas y productos (puentes, taxis acuáticos, botes, etc.) (Cabildos, Gobierno de Colombia, CVC, 1986, pp. 1-5), construir escuelas que contarían con currículos y profesores culturalmente apropiados (p. 5), construir hospitales y centros de salud (pp. 5-6), proveer servicios públicos como electricidad y acueductos (pp. 5-6) y trabajar con la comunidad para garantizar la disponibilidad de los recursos necesarios para minería, pesca y reforestación (pp. 8-9). Todos estos compromisos quedaron plasmados en un acta firmada por las partes el 17 de agosto de 1986 (en adelante, el Acta del 86).

De manera paralela, con la suscripción del Acta del 86, el gobierno nacional de Colombia expidió el llamado Decreto 3000 de 1986, por medio del cual se creó la Comisión de Supervisión y Evaluación de Plan de Desarrollo Integral de la Región de la Salvajina¹ (Presidente de la República de Colombia, 1986). Esta Comisión se encargaría de supervisar y velar por el cumplimiento de los acuerdos suscritos por los representantes del Estado y la comunidad. El Plan de Desarrollo Integral nunca fue implementado, y la mayoría de las

¹ Decreto 3000 del 24 de septiembre de 1986, por el cual se crea la Comisión de Supervisión y Evaluación del Plan de Desarrollo Integral de la Región de la Salvajina (Presidente de la República de Colombia, 1986).

promesas del Acta del 86, finalmente, no fueron cumplidas (miembros de la comunidad de Cerro Tijeras, comunicación personal, 2018; Sentencia T-462A de 2014). Los intentos de seguimiento a las normas ambientales del proyecto fueron infructuosos, hasta que el día 22 de noviembre de 2004 el Estado ordenó a EPSA el desarrollo en conjunto de un Plan de Manejo Ambiental (PMA) con las comunidades (Sentencia T-462A de 2014, p. 42). A la fecha, este proceso de consulta con la comunidad y el Plan de Manejo Ambiental no han sido terminados. Debido a la falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Acta del 86, las comunidades del pueblo nasa de Cerro Tijeras y Honduras presentaron una acción de tutela en el año 2012.

1.2. Los impactos a las comunidades de Cerro Tijeras y Honduras

La represa de Salvajina ocasionó la inundación de los terrenos alrededor del río para crear el embalse. Esto cambió por completo la dinámica de las comunidades de la zona. Su consecuencia más visible fue la pérdida de territorio; además, la laguna dificultaba el paso de una orilla a la otra con impactos que solo se podían evaluar consultando a las comunidades. Dichos impactos afectaron los derechos de movilidad, salud y educación de las comunidades.

1.2.3. Movilidad

Debido a la inundación de las tierras aledañas al río, muchas personas fueron desplazadas de sus territorios. Adicionalmente, los precios pagados a quienes sí fueron indemnizados eran ínfimos. Como manifiestan los miembros de la comunidad de Cerro Tijeras, algunas personas se vieron obligadas a moverse hacia la parte más alta del río en busca de tierras en las cuales vivir, otras fueron desplazadas a los centros urbanos. La movilidad para cruzar de una orilla a otra se convirtió en uno de los mayores retos. Antes de la Salvajina, las comunidades cruzaban mediante puentes distribuidos a lo largo del río. Igualmente, existían caminos ancestrales que conducían a las orillas del río. Ambos caminos terminaron bajo el agua (comunicación personal, 2018).

Con el problema de la laguna, y a raíz de la vigencia del Acta del 86, aparecieron los planchones.² Los planchones ofrecen el servicio de transporte

² Un planchón es una especie de lancha rústica, con una única superficie, que se mueve por un cuerpo de agua, usualmente sin ningún tipo de barandas o sillas en las que las personas puedan apoyarse o sentarse.

y mercadería a la parte norte de la laguna, donde se puede encontrar transporte terrestre hasta el municipio de Suárez (principal centro urbano de la región). Por otro lado, las vías que permiten hacer el recorrido por tierra se encuentran, hasta la actualidad, en muy mal estado. Son caminos de tierra que sufren derrumbes con mucha frecuencia. Además, representan un gran peligro cuando son utilizadas en tiempo de lluvias. La construcción y el mantenimiento de las vías existentes es una permanente lucha para las comunidades, quienes se ven obligadas a exigir periódicamente a EPSA y/o al gobierno nacional la toma de acciones al respecto. No existe un plan sostenible que mejore la viabilidad de la región. Tanto la vía fluvial como la terrestre no son seguras. Se han reportado varios fallecidos miembros de las comunidades debido a la falta de seguridad que chivas³ y planchones ofrecen (miembros de la comunidad de Cerro Tijeras, comunicación personal, 2018).

1.2.2. Educación

Las dificultades en cuanto a movilidad afectan, a su vez, el goce efectivo del derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes de las comunidades nasas. Dentro del territorio de la comunidad indígena de Cerro Tijeras, las escuelas se dividen entre i) instituciones educativas, en las cuales los estudiantes cursan bachillerato; y ii) centros educativos, en los cuales los estudiantes cursan la primaria (miembros de la comunidad de Cerro Tijeras, comunicación personal, 2018). Debido a la falta de transporte público, muchos estudiantes tienen que caminar entre 2 y 3 horas para poder llegar a la escuela más cercana. Las clases usualmente van de 8:00 a. m. a 2:30 p. m. Con este horario, los niños están de regreso en sus casas alrededor de las 5:00 p. m. y deben salir de ellas cerca de las 6:00 a. m., o incluso más temprano. Los niños que viven más lejos de las escuelas deben levantarse a las 4:00 a. m. y caminar a la escuela (comunicación personal, 2018).

Adicionalmente, las escuelas se encuentran en mal estado y no son adecuadas. Al igual que los caminos, no existe un proyecto sostenible para el mantenimiento y adecuación de los centros educativos, al contrario, estas actividades se realizan gracias a la gestión de los mismos miembros de la

³ Una chiva es una forma de transporte público masivo utilizado para transportar personas y mercaderías que carece de paredes laterales y formas básicas de seguridad. Son muy utilizadas en las zonas rurales de varios países latinoamericanos.

comunidad. Algunas veredas tienen escuelas construidas por la propia comunidad. Son centros con instalaciones precarias, no tienen asientos, pizarras, ni material didáctico. No existen profesores suficientes, los contratos se hacen por dos años, no obstante, existe un alto índice de deserción. Una de las preocupaciones más apremiantes para la comunidad de Cerro Tijeras es la falta de profesores que hablen y enseñen *nasa yuwe*, lo que ha llevado a la pérdida acelerada del idioma (comunicación personal, 2018).

El acceso a la educación media es aún más complejo, al contar exclusivamente con tres instituciones de dicha categoría en la región. Las largas caminatas, la falta de recursos de las familias para que sus hijos se muden a las veredas en donde existen colegios y las frecuentes inasistencias por el clima hacen que la deserción escolar en el bachillerato sea alta. Por otra parte, la falta de incentivos para concluir el bachillerato conlleva que otras propuestas laborales, como enlistarse en los grupos armados irregulares, se vuelvan atractivas.

Al momento, existen proyectos propuestos por el pueblo nasa, conforme manifiestan los miembros de la comunidad de Cerro Tijeras para la preservación de su lengua, así como para la implementación de un modelo de educación propio, que permita recoger la sabiduría ancestral del pueblo, al igual que mejorar el rendimiento en cuanto al currículo oficial (comunicación personal, 2018).

1.2.3. Salud

Dentro del territorio de la comunidad de Cerro Tijeras no existe un hospital. Existen para todas las veredas tres puestos de salud que no cuentan con atención permanente, medicamentos, ni equipo para brindar una atención adecuada a sus pacientes. Existen seis promotores de salud para todo el territorio, los cuales caminan de vereda en vereda monitoreando las necesidades de la población. Algunos tienen cierta formación como auxiliares de enfermería y saben cómo dar una atención médica básica. Sin embargo, en caso de una emergencia médica, el hospital más cercano está en la ciudad de Suárez; esta cuenta con solo dos ambulancias, una de las cuales siempre debe permanecer en el hospital (personal de salud del hospital de Suárez, 2018).

No existe un plan para brindar apoyo de emergencia. La precariedad de los caminos hace que ante un deslave (frecuentes en la zona) los pacientes queden aislados, en cuyo caso la comunidad tiene que buscar una manera de sacar al paciente hasta Suárez sin la asistencia del sistema de salud. Miembros

de la comunidad de Cerro Tijeras reportan casos de pacientes fallecidos por no poder llegar al hospital. El acceso a la salud resulta costoso. Los pacientes que requieren atención médica ambulatoria deben tomar el *planchón* o la *chiva*. Por la frecuencia de estos dos medios de transporte, generalmente significa un viaje de hasta tres días con los costos de alojamiento y alimentación que esto implica (comunicación personal, 2018).

Finalmente, tampoco hay un programa o proyecto enfocado en el rescate de la medicina ancestral. Muchas plantas que se utilizaban con este fin quedaron bajo el agua del embalse o fueron afectadas por la contaminación que ha traído consigo. La medicina tradicional es la principal fuente de servicio médico para las comunidades, no obstante, no ha sido integrada al servicio de salud público de manera que se conserve. Al mismo tiempo, la falta de conservación de este elemento de gran importancia cultural se conecta al hecho de la inexistencia de medios por los cuales los comuneros puedan trabajar con la medicina occidental cuando el problema supera a las prácticas ancestrales (miembros de la comunidad de Cerro Tijeras, comunicación personal, 2018).

1.2.4. Medio ambiente

La construcción de la represa modificó el clima del sector. Durante el día la temperatura se ha elevado, ocurriendo lo contrario por las noches. La vida en el río cambió. Una de las principales actividades de las comunidades nasas era la pesca, actividad que estaba presente en sus tradiciones, leyendas y prácticas religiosas. Sin embargo, los peces que tradicionalmente eran abundantes en el río han desaparecido. Su dieta sigue incluyendo pescado, pero ahora se han visto obligados a comprarlo. Lo mismo ocurre con la minería artesanal que se desarrollaba a las orillas del río, hoy en día resulta imposible realizarla. A estas dos actividades productivas ancestrales, el Estado no ha proporcionado una alternativa. Lo que se está expandiendo entre personas que no son parte de la comunidad es la minería industrial, misma que ya usa motores, molinos y químicos que regresan como contaminantes a la laguna (miembros de la comunidad de Cerro Tijeras, comunicación personal, 2018).

En los meses de verano, cuando el nivel del agua baja, un sedimento se acumula a las orillas de la laguna, este forma una especie de barro que atasca los botes y dificulta el traslado de las personas. En el sedimento quedan plantas y animales muertos que atraen a los mosquitos. En dichas temporadas es común que la gente, sobre todos niños y niñas, se enferme con diarrea y gripes

fuertes. Los problemas con los cultivos y la falta de actividades económicas que reemplacen a la pesca y a la minería han llevado a la deforestación del sector, lo cual también aporta al cambio del clima en la región (miembros de la comunidad de Cerro Tijeras, comunicación personal, 2018).

Lo paradójico es que la respuesta constante del Estado a todo plan de la comunidad para mitigar los daños producidos es la falta de recursos económicos. Esta afirmación no coincide con el hecho de que existe un proyecto a gran escala funcionando en el territorio nasa, mismo que genera importantes beneficios económicos. Todos los daños provocados directamente por la construcción de la Salvajina deberían ser pasivos dentro del presupuesto de operación del embalse. Si bien todo proyecto de esta magnitud conlleva un impacto socioambiental, sin duda el gran efecto en este caso se debe a la falta de respeto de los derechos de las comunidades del pueblo indígena nasa, asentado en el área contigua a la represa. El ensayo, a continuación, analizará cómo las cortes nacionales e internacionales evaluaron la problemática; por otro lado, permitirá entender las perspectivas de los pueblos indígenas en cuanto a su exigencia por el respeto de sus derechos y su reparación efectiva.

2. La decisión de la Corte Constitucional de 2014

Ante la falta de cumplimiento del Acta del 86, las comunidades del pueblo nasa afectadas por la construcción de la represa de Salvajina iniciaron un proceso de tutela constitucional. La acción fue presentada el 23 de octubre de 2012 por los gobernadores de Cerro Tijeras y Honduras, la cual fue admitida a trámite por la Sala Primera Penal del Tribunal Superior del Distrito de Popayán. Los demandantes sostuvieron en su demanda que los efectos por la construcción del embalse fueron:

i) Venta de tierras por precios irrisorios; ii) incomunicación de las comunidades por los caminos inundados; iii) afectación de las actividades económicas, como la extracción de oro y aluvión, puesto que la mayoría de minas desaparecieron debido a la inundación, y el ejercicio de la pesca, porque las especies de peces variaron y muchas otras no volvieron a aparecer por el represamiento del río; iv) una vez terminada la represa y su posterior inundación, los residuos de las obras se descompusieron, lo que produjo gases putrefactos que afectaron la salud de la población cercana; y v) en razón a la incomunicación en la que quedaron algunas comunidades, se construyeron embarcaciones, como chalupas y canoas, para transportarse,

sin embargo, por la falta de conocimientos técnicos para conducirlos, algunas se hundieron en la represa y varias personas murieron (Sentencia T-462A de 2014, sección 1.1.1.3).

Los accionantes solicitaron que se tutelaran los derechos a la diversidad cultural y étnica (Constitución Política de Colombia, 2016, art. 7º),⁴ el derecho de los pueblos indígenas a una educación bilingüe (art. 10),⁵ el derecho al acceso a una educación pública y gratuita hasta los quince años (art. 67),⁶ el derecho a una educación que respete y desarrolle su integridad cultural (art. 68)⁷, el derecho

⁴ Artículo 7º de la Constitución Política de Colombia: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.

⁵ Artículo 10 de la Constitución Política de Colombia: “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”.

⁶ Artículo 67 de la Constitución Política de Colombia: “La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”.

⁷ Artículo 68 de la Constitución Política de Colombia: “Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión.

La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación.

La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente.

Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa.

Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.

a la protección especial a niños y niñas (art. 44),⁸ y al principio de buena fe que debió ser respetado por el Estado en el cumplimiento de sus acuerdos con las comunidades afectadas por la construcción del embalse (art. 83).⁹ En la demanda, descrita en la Sentencia T-462A de 2014, se solicitó “la construcción de vías de acceso a los colegios, la construcción y remodelación de las escuelas existentes, la provisión de los docentes necesarios para atender a los niños y las niñas, junto con el no cobro de los derechos académicos para los niños y niñas en la escuela primaria (sección 1.1)”.

Los demandantes señalaron, además, que la tutela debía concederse considerando que no existía otro mecanismo judicial para proteger sus derechos, que los más de 25 años de espera para el cumplimiento de la sentencia excederían todo plazo razonable y que los demandantes representaban a comunidades indígenas que cuentan con protección especial (sección 1.1.1.9).

El Tribunal de Primera Instancia falló en contra de los demandantes, el 17 de enero de 2013. El fundamento del Tribunal fue que la acción interpuesta contaría con una vía ordinaria: la jurisdicción contencioso-administrativa, al tratarse de un asunto sobre conflictos generados por las actuaciones de la administración (sección 1.3.1). La decisión fue apelada y subió al conocimiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, instancia que decidió confirmar el fallo. El tribunal superior ratificó que los demandantes debieron usar la jurisdicción ordinaria y que no cabía el argumento de excepcionalidad por perjuicio inminente e irremediable, ya que habían pasado 26 años desde la firma del Acta de 1986 (sección 1.3.3), por lo que la tutela no habría sido

⁸ Artículo 44 de la Constitución Política de Colombia: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

⁹ Artículo 83 de la Constitución Política de Colombia: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

presentada dentro de un plazo razonable. El expediente fue remitido a la CCC, la cual decidió seleccionar el caso para su revisión.

La Sala Séptima de Revisión de la CCC (2014), dentro de la Sentencia T-462A, revocó el fallo de segunda instancia y concedió la tutela a los demandantes de sus derechos a la consulta previa, a la libertad de circulación, a la salud y a la educación (sección 4, punto resolutivo primero). La sentencia detalla las acciones que deben realizar los demandados y la forma en que se dará dicho cumplimiento (acciones y plazos). La Sala además se reserva dar seguimiento al cumplimiento de la resolución (sección 4, punto resolutivo octavo). Dentro del fallo emitido el 8 de julio de 2014, la Sala de la CCC identifica como problemas jurídicos el determinar si los demandados vulneraron los derechos de los demandantes: a) al no haber efectuado una consulta previa antes de la construcción del proyecto de Salvajina; y b) al incumplir el acuerdo firmado con las comunidades afectadas en 1986.

La discusión de la Sala se centra entonces en la existencia o no de una obligación de las agencias demandadas (como agentes del Estado de Colombia) de realizar una consulta previa, libre e informada a los pueblos y nacionalidades indígenas en Colombia al momento en que se empezó con la construcción del embalse, es decir, 1981. Para la Sala, el derecho a la consulta previa estaría ligado a la normativa para la expedición de licencias ambientales, sería entonces el momento adecuado para la participación de los pueblos indígenas (consulta previa), el proceso de estudio sobre el otorgamiento de una licencia ambiental o el permiso de funcionamiento de una actividad riesgosa que se otorga luego de una evaluación de los posibles impactos ambientales (Sentencia T-462A de 2014, sección 2.3.1). El término licencia ambiental aparece en la legislación colombiana en 1993 con la aprobación de la Ley 99, no obstante, la Sala encontró precedentes anteriores en disposiciones normativas que se inician en 1973, los cuales establecen que la gestión ambiental del Estado debe darse con la máxima participación social, llegando a la conclusión de que “de estas disposiciones se desprende que desde la década de los años setenta ya existía la obligación en cabeza de las entidades públicas y privadas de evaluar el posible deterioro ambiental resultado de la ejecución de una obra con impacto sobre los recursos naturales —‘peligro presumible’— y de realizar un estudio ambiental previo para la obtención de las licencias y permisos, el cual no podía limitarse en factores físicos, sino además sociales” (Sentencia T-462A de 2014, sección 2.3.3).

El derecho a la participación en general en materia ambiental¹⁰ y el derecho a la consulta a pueblos indígenas en específico¹¹ aparecerían con la aprobación de la Constitución de 1991, y desarrollados por normativa posterior. Es así como los proyectos iniciados antes de la vigencia de la Constitución no requerirían licencia ambiental para su funcionamiento, sin que esto signifique que el Estado no deba controlar los impactos que estos proyectos generen (Sentencia T-462A de 2014, sección 2.3.12).

La Sala analiza en concreto el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas mediante una reiteración jurisprudencial. La sentencia encuentra en el derecho a la libre determinación la base para el derecho a la consulta previa de pueblos indígenas: “La libre determinación [...] se manifiesta en tres ámbitos concretos: a) el derecho a participar de cualquier decisión que pueda afectar directa o indirectamente los intereses de la comunidad, prerrogativa que se expresa en el derecho a la participación, y concretamente, de consulta previa, b) la participación en las decisiones políticas y c) el derecho al autogobierno por medio de las autoridades tradicionales” (Sentencia T-462A de 2014, sección 2.5; Sentencia T-514 de 2009; Sentencia T-973 de 2009).

Este derecho tendría origen en la Constitución de 1991, pero además en el derecho internacional. Así, en el Convenio 107 de la OIT, ratificado por Colombia en 1967, se reconocen derechos específicos a los pueblos indígenas a no ser desplazados de sus territorios sin su consentimiento, y, aun en dicho caso, a entregarles tierras de la misma calidad o a indemnizarles adecuadamente. La sola mención de la palabra “consentimiento” en el texto del Convenio 107¹² lleva ya implícita la idea de la consulta, ya que sin ofrecer un espacio de participación sería imposible cumplir la obligación de alcanzar el consentimiento.

¹⁰ Artículo 79 de la Constitución Política de Colombia: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

¹¹ Artículo 330, parágrafo, de la Constitución Política de Colombia: “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”.

¹² Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes (Convenio 107 de la OIT), artículo 12: “1. No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo

Esta interpretación no fue seguida por la Sala de la CCC, ya que el convenio no habría tenido la intención de garantizar la libre determinación, sino la inclusión eventual de dichos pueblos en la sociedad mayoritaria (Sentencia T-462A de 2014, sección 2.5.1.1).

El reconocimiento de la libre determinación y, por lo tanto, de derecho a la consulta previa, vendría en opinión de la Sala con el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia en 1991. Dicho convenio, sumado al artículo 330 de la Constitución aprobada el mismo año, habría introducido en el sistema jurídico colombiano el derecho a la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas y tribales. La Sala de la CCC recoge en su argumentación el desarrollo jurisprudencial del SIDH respecto a la interpretación del derecho a la propiedad tomando en cuenta las particularidades culturales de los pueblos indígenas (sección 2.5.1.1). Dichas interpretaciones llevaron a la Corte IDH a desarrollar principios sobre los derechos territoriales y la consulta previa a pueblos indígenas y tribales sin que dichos derechos se encontrasen expresamente establecidos en la CADH.¹³ Sin embargo, tal análisis no hace que la Sala modifique su decisión en cuanto al momento en que la consulta previa era exigible al Estado.

La decisión de la Sala recoge la jurisprudencia de la CCC en materia del derecho a la consulta previa. En primer lugar, señala que serían objetivos de este derecho: i) brindar información completa a las comunidades sobre la naturaleza y alcance del proyecto; ii) informar sobre los impactos que conlleva la ejecución de dicho proyecto; iii) brindar la oportunidad a las comunidades de pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto (Sentencia T-462A de 2014, sección 2.5.2.2; Sentencia SU-039 de 1997; Sentencia T-693 de 2011; Sentencia T-1080 de 2012). En segundo lugar, desarrolla cuáles son las características esenciales del proceso de consulta (Sentencia T-462A de 2014,

por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones.

2. Cuando en esos casos fuere necesario tal traslado a título excepcional, los interesados deberán recibir tierras de calidad por lo menos igual a las que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando existan posibilidades de que obtengan otra ocupación y los interesados prefieran recibir una compensación en dinero o en especie, se les deberá conceder dicha compensación, observándose las garantías apropiadas.

Se deberá indemnizar totalmente a las personas así trasladadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento”.

¹³ Ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973.

sección 2.5.2.3): i) debe buscar el consentimiento de la comunidad (Sentencia SU-039 de 1997; Sentencia T-1080 de 2012; Sentencia T-129 de 2011); ii) se debe realizar a través de los representantes autorizados de la comunidad (Sentencia SU-039 de 1997; Sentencia C-175 de 2009); iii) la metodología debe ser concertada (Sentencia C-461 de 2008); iv) la consulta debe ser previa a la ejecución del proyecto (Sentencia C-702 de 2010); v) la consulta debe darse de buena fe; vi) la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación deben acompañar y apoyar a las comunidades (Sentencia C-461 de 2008); vii) las decisiones que se tomen y las medidas acordadas deben ser tomadas en cuenta en la toma de decisiones (Sentencia C-175 de 2009); y viii) debe significar un verdadero diálogo y no una mera socialización del proyecto (Sentencia SU-039 de 1997; Sentencia T-652 de 1998; Sentencia T-769 de 2009).

Al momento de decidir sobre la procedencia de la violación del derecho a la consulta previa, la Sala de la Corte consideró que, cuando se construyó la represa de Salvajina, esto es, entre 1980 y 1986, la normativa vigente era el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974) y el Convenio 107 de la OIT. En criterio de la Sala, si bien ambos instrumentos hablan de participación, estas disposiciones no pueden entenderse como la obligación de consultar a las comunidades afectadas: “Con base en lo anterior, la Sala observa que a nivel nacional e internacional en la época de la construcción de la represa Salvajina no existía una obligación estatal de realizar una consulta previa a las comunidades indígenas afectadas por la construcción de un proyecto dentro de su territorio” (Sentencia T-462A de 2014, sección 3.3.2).

No obstante, la Sala llega a la conclusión de que el acta suscrita en 1986 contiene un “reflejo” del derecho a la consulta y que sus disposiciones deberían cumplirse. Además, la empresa operadora de la Salvajina debía llevar a cabo un Plan de Manejo Ambiental que debía ser consultado a las comunidades.

Sobre el segundo problema jurídico planteado, es decir, la violación de derechos por la falta de implementación del Acta del 86, la Sala encontró que en efecto el incumplimiento por parte de los demandados había violado los derechos a la libre circulación (sección 3.3.3.1), a la salud (sección 3.3.3.2) y a la educación (sección 3.3.3.3). En consecuencia, la Sala de la CCC concedió la tutela y estableció medidas de reparación de cada uno de los derechos y plazos de cumplimiento para cada uno de los demandados (sección 4). Al

cierre de este artículo, únicamente la consulta previa que había avanzado fue la impulsada por la empresa EPSA. Las comunidades de Honduras y Cerro Tijeras adelantaron procesos separados. Las instancias nacionales, regionales y locales no han realizado procesos de consulta para la implementación de las medidas de movilidad, salud y educación.

En conclusión, la sentencia de la Sala Séptima de Revisión de la CCC revisó las decisiones de los jueces de tutela inferiores que decidieron desechár el caso por razones formales. El Acta del 86 sirvió como base para que la Sala establezca el incumplimiento de acuerdos de compensación por la construcción de la represa. Sin embargo, la Sala consideró que la obligación de consulta no era exigible en 1980, sino solamente a partir de 1991, y, en consecuencia, no declaró la violación al derecho a la consulta previa por la falta de consulta en 1980, pero sí por la falta de consulta de los planes de manejo ambiental que la compañía debe elaborar. Como se sostendrá en el siguiente acápite, el SIDH ofrece una respuesta diferente al problema de la obligatoriedad de la consulta, del origen de esa obligación y desde cuándo esa obligación es exigible.

3. El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en el derecho internacional interamericano de los derechos humanos

El acápite anterior sirvió para describir cómo la CCC resolvió el caso de las comunidades nasas afectadas por la represa de Salvajina. Al determinar el derecho aplicable, dicha Corte estableció que no existía un derecho a la consulta como tal antes de la vigencia de la Constitución de 1991 y la ratificación del Convenio 169 de la OIT del mismo año. En esta parte se analizará cómo el SIDH ha ofrecido una respuesta diferente a cuál es el origen del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa y cuáles son los alcances de este derecho.

3.1. El derecho aplicable

A pesar de que el SIDH no cuenta con un tratado específico para proteger los derechos de los pueblos indígenas, sus órganos han resuelto casos sobre alegadas violaciones a estos grupos desarrollando una línea jurisprudencial que ha sido referente para varias cortes constitucionales y cortes supremas del

continente. Además de su competencia relacionada con el trámite de peticiones individuales, la Comisión Interamericana ha elaborado informes de país (IACHR, 2009) y temáticos (IACHR, 2000, 2009) sobre pueblos indígenas, y creó una relatoría específica para estudiar el avance en la implantación de sus derechos. Por otro lado, la Corte IDH ha definido estándares de implementación de los derechos reconocidos en la CADH en clave intercultural cuando los pueblos indígenas son afectados con acciones u omisiones de los Estados partes.

En 1991, la Corte IDH resolvió el caso *Aloeboetoe versus Surinam* (1993), su primer caso sobre derechos de pueblos tribales. En *Aloeboetoe*, se incluyeron medidas de reparación para toda la comunidad (párr. 96). Esto significó un hito en la jurisprudencia del sistema, ya que reconoce daños colectivos y una reparación global a la comunidad. La Corte no indicó en dicha jurisprudencia por qué los casos de violaciones a pueblos indígenas y tribales serían diferentes, de manera que el daño a un grupo de individuos miembros de un pueblo tribal afectaría a todo el pueblo.

La elaboración de esa doctrina legal se dio en el caso de 2001, *Comunidad de mayangna (sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*. Este caso se originó en la decisión de Nicaragua de firmar contratos de aprovechamiento forestal con entes privados en territorio ancestral del pueblo mayangna. La defensa de Nicaragua se basó en la inexistencia de reconocimiento legal de las tierras donde habitaba el pueblo, así como en la falta de legislación nacional que amparase los derechos que se reclamaban. En criterio de la Corte IDH, el derecho a la propiedad privada, contenido en el artículo 21 de la CADH, no debía interpretarse de manera restringida, sino que debía dar cuenta de la diversidad cultural y de sistemas jurídicos existentes en el continente americano. En el caso de los pueblos indígenas y tribales, el derecho a la propiedad privada tendría algunas características específicas: i) es un derecho colectivo, ya que el territorio pertenece a todo el grupo; ii) ese territorio es el espacio vital de una cultura completa, por lo que debía estar fuera del comercio; y iii) existe un vínculo especial entre los pueblos indígenas y tribales con su territorio, de mantener dicho vínculo depende su supervivencia física y cultural. En palabras de la Corte IDH:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia

tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. (Case of the *Mayangna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Merits, Reparations and Costs, 2001, párr. 149)

En *Mayangna* (2001), la Corte IDH condenó a Nicaragua por la violación al derecho a la propiedad privada de la comunidad de Awas Tingni al no haber reconocido y protegido la posesión ancestral de la tierra (párr. 155). Se estableció así la regla jurisprudencial de que, tratándose de pueblos indígenas y tribales, la posición de tierras ancestrales equivalía a título de propiedad, regla que no tenía más sustento en derecho positivo que el texto del artículo 21 de la CADH. La participación que debió tener la comunidad en la decisión de explotar o no su territorio no fue discutida en la sentencia, no obstante, la Corte IDH dictaminó que la titulación de las tierras de la comunidad debía darse con la participación del pueblo indígena. Basada en este presente, la Corte IDH ha dictaminado la violación del derecho a la propiedad privada en otros casos sobre derechos de pueblos indígenas y tribales, como *Comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay* (2005), *Comunidad indígena de Sawhoyamaya versus Paraguay* (2006), *Pueblo saramaka versus Surinam* (2007), *Comunidad indígena de Xákmok, Kásek versus Paraguay* (2010), *Pueblo indígena kichwa de Sarayaku versus Ecuador* (2012), *Pueblos kaliña y lokono versus Surinam* (2015) y *Pueblo indígena xucuru versus Brasil* (2017).

En *Yakye Axa* (2005), la Corte IDH sostuvo que amenazar la relación especial de los pueblos indígenas con su territorio mediante desplazamientos involuntarios puede colocar a sus integrantes en condiciones extremas que podrían en peligro su vida (párr. 161). En su resolución, la Corte IDH determinó que eran obligaciones del Estado delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras a la comunidad (párr. 215). La Corte IDH expresó criterios similares en los casos *Sawhoyamaya* (2006, párr. 153) y *Xákmok, Kásek vs. Paraguay* (2010, párr. 217).

En *Saramaka* (2007), la Corte IDH analiza, por primera vez, en detalle el derecho a los pueblos indígenas a ser consultados sobre decisiones que se tomen sobre su territorio. En el mencionado caso, en el que se discutía la falta de titulación de las tierras comunitarias de los saramakas y su efecto en el

otorgamiento de concesiones mineras y madereras, la Corte IDH determinó que no existía ni en el derecho interno del Estado de Surinam (párr. 98), ni en los tratados internacionales suscritos por dicho Estado (párr. 93), el reconocimiento al derecho a la propiedad comunitaria. Sin embargo, el derecho a la propiedad privada sí estaba reconocido en el artículo 21 de la CADH, así como en otros tratados de los que Surinam era parte, como los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En esta parte, la Corte IDH cita al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2003, párr. 11), el cual interpretó que el derecho a la autodeterminación de los pueblos, contenida en el artículo 1º común a ambos pactos, es aplicable a los pueblos indígenas, por lo que ellos pueden “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural [y pueden] disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales [para que no se los prive de] sus propios medios de subsistencia”.¹⁴ Por lo tanto, la Corte IDH no podría interpretar el artículo 21 de la CADH de manera que se restrinja el derecho a la autodeterminación que Surinam habría aceptado con la firma de dichos pactos.

Con base en el artículo 21 de la CADH, interpretado a la luz del artículo 1º del PIDCP y del PIDESC, la Corte desarrolla tres garantías del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas:

A fin de garantizar que las restricciones impuestas a los saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, [Surinam] [...] debe asegurar la *participación efectiva* de los miembros del pueblo saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...]. (Case of the *Saramaka People v. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, 2007, párr. 129)

¹⁴ Artículo 1º común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el desarrollo de la garantía de la participación efectiva, la Corte IDH manifestó que Surinam tiene el deber de consultar activamente a las comunidades de acuerdo con sus costumbres y tradiciones. Para hacerlo, Surinam debía proporcionar información, establecer canales de comunicación, consultar de buena fe, conforme con sus tradiciones y con el fin de llegar a un acuerdo (párr. 133). La Corte IDH además estableció el primer estándar sobre la diferencia entre consulta y consentimiento. El consentimiento, como fin, debe estar presente en toda consulta, no obstante, el consentimiento como resultado debe alcanzarse cuando: i) se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; y ii) este plan podría tener un gran impacto en el territorio del pueblo indígena o tribal (párr. 134).

Los casos *Mayangna* y *Saramaka* tienen en común que ni Nicaragua ni Surinam eran parte del Convenio 169 de la OIT al momento en que la Corte IDH dictó dichas sentencias. Así mismo, ninguno de los dos Estados reconocía en su normativa interna un derecho específico de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales, ni tampoco el derecho a ser consultados sobre las medidas que pudiesen afectarles. Es así que la Corte IDH se enfrentó al mismo problema jurídico que la CCC en el caso de la Salvajina, esto es, la determinación del derecho aplicable al caso y si la falta de consulta previa podía ser una violación a los derechos de estas comunidades indígenas, a pesar de que al momento en que se adoptó la decisión que afectó su territorio, no era vinculante para tales Estados el Convenio 169 de la OIT y tampoco existía normativa interna que indicara la existencia de un deber/derecho a la consulta previa. Las dos cortes llegaron a resultados distintos, ya que, para la Corte IDH, la base de su decisión es el artículo 21 de la CADH; de la necesidad de aplicarlo de manera culturalmente adecuada a los pueblos indígenas y tribales, reconoce que algún tipo de participación, mediante la consulta previa, sería una garantía indispensable.

En el caso *Sarayaku* (2012), la Corte IDH va más allá y desarrolla las características que debería tener un proceso de consulta previa a pueblos indígenas y tribales de manera que sea una garantía efectiva al derecho a la propiedad y no un mero formalismo. Estas características serán descritas en el siguiente acápite. Este caso es importante para terminar el análisis del derecho aplicable en los casos de falta de consulta previa. En *Sarayaku*, Ecuador esgrimió argumentos similares a los presentados por los demandados en el caso de la Salvajina ante

la CCC, esto es, que, al momento de la construcción de la presa, no existía en la legislación colombiana una obligación de consultar a los pueblos indígenas antes de implementar un proyecto que afecte sus derechos.

Al analizar la Corte si al momento de los hechos (1991) existía o no una obligación del Estado de consulta, realiza un análisis de derecho comparado, llegando a la conclusión de que

otros tribunales de países que no han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT se han referido a la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales, sobre cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte directamente, así como sobre la explotación de recursos naturales en su territorio. Se observan desarrollos jurisprudenciales similares por parte de altas cortes de países de la región como Canadá o Estados Unidos de América, o de fuera de la región como Nueva Zelanda. Es decir, la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del derecho internacional. (Case of *Pueblo indígena kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Merits, and Reparations, 2012, párr. 164)

En ese sentido, la Corte IDH declara que antes de la ratificación del Convenio 169 de la OIT y de la inclusión de la consulta previa como derecho constitucional, ambos en 1998, ya “existía la obligación de garantizar al pueblo sarayaku el derecho al goce efectivo de su propiedad conforme su tradición comunitaria, teniendo en cuenta las particularidades propias de su identidad indígena en su relación con el territorio” (párr. 172). El hecho de que ciertas etapas importantes del procedimiento de explotación petrolera se hayan dado después de 1998 solo hacía que el incumplimiento de Ecuador fuese más visible. En este orden de ideas, la Corte IDH declara que Ecuador tenía la obligación de permitir algún grado de participación y consulta “al menos desde mayo de 1999”.

3.2. Estándares de consulta previa en el derecho internacional de los derechos humanos

Como ya se analizó, para la Corte IDH, la consulta previa resulta una garantía que emana de la necesidad de proteger la forma especial en que los pueblos indígenas se relacionan con sus territorios, es decir, una de las varias

maneras en que el derecho a la propiedad privada puede manifestarse. Si el derecho a la propiedad es un derecho que los Estados pueden limitar por razones de bien común, pero de manera proporcional, necesaria e indemnizando a las personas perjudicadas, resulta imposible analizar dicha proporcionalidad, necesidad y la naturaleza del daño sin un mínimo de comunicación con los titulares de la propiedad. Desde ese punto de vista, la participación debió ser siempre una buena práctica y no una nueva obligación cuyo génesis se ubique en la promulgación de ciertas normas de derecho positivo.

Para evitar que esa participación sea insustancial (Anaya, 2004, p. 154) o sirva como espacios para imponer medidas de reparación que no llegan a acercarse siquiera a la magnitud de los daños que se provocan, ni, dicho sea de paso, a la magnitud de las ganancias que se obtienen de dichos proyectos, la comunidad internacional, mediante tratados internacionales, y los órganos de protección de los derechos humanos han venido desarrollando estándares para la realización de procesos de consulta previa.¹⁵ Así, el Convenio 169 de la OIT establece que la aplicación de dicho tratado en los Estados deberá conducir a llevar a cabo consultas a los pueblos indígenas y tribales con el fin de llegar a un acuerdo (art. 6°);¹⁶ además, cuando estas medidas incluyan la explotación de recursos del subsuelo, se deberá consultar y hacer partícipes a los pueblos indígenas y tribales de las ganancias obtenidas por la actividad (art. 15).¹⁷ La consulta previa está presente en otras disposiciones del tratado

¹⁵ Para una explicación más detallada de estos estándares, ver Cordero Heredia (2016).

¹⁶ Artículo 6°: “1. Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...]

2. 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”.

¹⁷ Artículo 15: “1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre

que se refieren a medidas especiales de protección (art. 4.1),¹⁸ participación en planes nacionales y regionales de desarrollo (art. 7º),¹⁹ reubicación o desplazamiento (art. 16),²⁰ programas de educación técnica (art. 22)²¹ y educación bilingüe (art. 28).²²

El derecho a la consulta es recogido además por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 en su artículo 19. La Declaración señala como fin de la consulta el alcanzar el consentimiento del pueblo indígena consultado (art. 19),²³ como regla general,

que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

¹⁸ Artículo 4º: “1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. [...]”.

¹⁹ Artículo 7º: “1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

²⁰ Artículo 16: “1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. [...]”.

²¹ Artículo 22: “1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general [...]”.

3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden”.

²² Artículo 28: “1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo [...]”.

²³ Artículo 19: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

pero además determina que en casos de desplazamiento forzoso (art. 10),²⁴ disposición de materiales peligrosos (art. 29)²⁵ y la realización de actividades militares (art. 30),²⁶ el consentimiento del pueblo debe ser obtenido de manera obligatoria. Finalmente, los artículos 11 y 28 establecen la obligación de reparar a los pueblos indígenas por las acciones que afecten a sus tradiciones, cultura (art. 11)²⁷ y territorios adoptadas sin su consentimiento (art. 28).²⁸

Es en la jurisprudencia de los organismos internacionales encargados de la supervisión de los Estados en donde encontramos estándares mejor desarrollados y aplicados a casos concretos; en los siguientes párrafos, se describirán brevemente los principales:

- 1) La consulta es una obligación estatal. La Corte IDH en el caso *Sarayaku* estableció que como obligación estatal esta no se puede obviar mediante delegación a las empresas privadas interesadas en el proyecto o a terceras personas. La planificación y ejecución de la consulta deben ser responsabilidad del Estado. Si bien la Corte no descarta absolutamente que la realización de la consulta puede ser delegada, se entiende que la delegación a partes privadas no puede (i)

²⁴ Artículo 10: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”.

²⁵ Artículo 29: “[...] 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”.

²⁶ Artículo 30: “1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares”.

²⁷ Artículo 11: “[...] 2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”.

²⁸ Artículo 28: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado [...]”.

ocurrir sin supervisión del Estado o como mecanismo para evadir su responsabilidad; y (ii) no se debería hacer mediante la empresa que tiene intereses en el proyecto que será consultado (Case of *Pueblo indígena kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Merits, and Reparations, 2012, párr. 187).

- 2) La consulta se debe realizar en coordinación con las autoridades tradicionales del pueblo consultado. Tomar en cuenta a las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas y tribales es indispensable para respetar la cultura y la armonía de las comunidades consultadas. Tratar de implementar una consulta previa como si fueses un referéndum, en el cual quien consulta busca encontrar partes afines a su posición dentro de la comunidad, genera tensiones internas y contraviene la naturaleza de la consulta, por lo que es obligación de los Estados utilizar a los representantes oficiales del pueblo para llevar adelante el proceso (Committee of the International Labor Organization, 2001, párr. 44).²⁹ Para la Corte IDH, además, constituía una violación al derecho a la consulta el tratar de negociar acuerdos con grupos no representativos de la comunidad (Case of *Pueblo indígena kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, 2012, párr. 203).
- 3) La comunidad debe participar en el diseño y planificación del proceso de consulta. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que, para poder efectuar consultas culturalmente adecuadas, los Estados deben permitir la participación de las autoridades de los pueblos indígenas en el diseño de la consulta (IACHR, 2009). No basta con contratar miembros de la comunidad o personas expertas en la cultura del pueblo indígena para el diseño de la consulta; así, en el caso *Saramaka*, la Corte IDH determinó que era un derecho de los pueblos indígenas y tribales seleccionar a sus representantes de acuerdo con su derecho consuetudinario (Case of the *Saramaka People v. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, 2007, párr. 15).
- 4) La consulta debe ser previa. La efectividad de una consulta depende fundamentalmente del momento en que se ejecuta. Una vez que las

²⁹ Committee of the International Labor Organization. *Report of the Committee in the case of the 'Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) v. Ecuador*, (GB.277/18/4):(GB.282/14/2) (2001).

obras de infraestructura han sido construidas o se han generado derechos a terceros, es más difícil y oneroso respetar la decisión del pueblo consultado de rechazar el proyecto o de cambiar el proyecto de manera que produzca menos impacto. En casos como *Saramaka* (2007), *Sarayaku* (2012) o *Salvajina* (Sentencia T-462A de 2014), las cortes determinaron violación del derecho a la consulta y ordenan la realización de nuevos procesos. Sin embargo, nunca la consulta como medida de reparación podrá generar un efecto de *restitutio in integrum* de los derechos de los pueblos indígenas. En el caso *Sarayaku* (2012), la Corte IDH señaló que el momento adecuado de la consulta era en los primeros pasos de planificación y preparación de la medida por adoptarse (párr. 167).

- 5) La consulta debe realizarse proveyendo información suficiente. El pueblo consultado debe contar con información suficiente para adoptar una decisión consciente de los beneficios e impactos (Case of the *Saramaka People v. Suriname*, 2007, párr. 133) de los proyectos que se desarrollen en sus territorios. Con este fin, los Estados deben conducir estudios de impacto socioambiental (Case of the *Saramaka People v. Suriname*, 2007, párr. 155; Case of *Pueblo indígena kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, 2012, párrs. 204-207). La información además debe ser accesible a la comunidad tomando en cuenta el idioma, el nivel de analfabetismo, y cuidando que el estilo no sea demasiado técnico.
- 6) La consulta debe ser libre. Para cumplir con el principio de buena fe, la consulta debe estar libre de todo tipo de amenaza o coerción a las comunidades. Esto es particularmente complejo en Latinoamérica, en donde grupos armados regulares e irregulares suelen tener intereses en los grandes proyectos extractivos o de infraestructura. La coerción puede ser física, pero también se puede ejercer por medios más sutiles, como vincular el consentimiento de las comunidades a la realización de obras a las que deberían tener acceso aun sin la implementación del proyecto consultado (educación, salud, trabajo, movilidad, etc.); o cuando se plantea a la comunidad que el proyecto se ejecutará de todas maneras y que consentir es una oportunidad de sacar algo positivo de la situación. El exrelator de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas James Anaya

expresó sobre este punto que serían incompatibles con el derecho a la consulta las disposiciones legales que establezcan que las medidas que se consulten se pueden realizar sin el consentimiento de los pueblos consultados (*Report of the special rapporteur on the rights of indigenous peoples*, 2013, párr. 25).

- 7) La consulta debe hacerse siguiendo las tradiciones e instituciones tradicionales. Los procesos de consulta deben respetar las costumbres y derecho consuetudinario de cada pueblo consultado (*Case of the Saramaka People v. Suriname*, 2007, párr. 100); con el fin de que la decisión de la comunidad sea legítima, esta tiene que llegar a una decisión usando las formas tradicionales de deliberación interna. Esto implica que, si bien debe existir una normativa que reconozca y garantice este derecho, esta debe ser lo suficientemente flexible para permitir que se diseñe una consulta culturalmente apropiada para cada pueblo indígena o tribal (*Case of Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, 2012, párr. 166).
- 8) La consulta debe realizarse siguiendo el principio de buena fe. El principio de buena fe engloba todos los estándares anteriores e implica la voluntad real del Estado de permitir la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales en la toma de decisiones que les afecten en el momento oportuno, presentando la información adecuada, de acuerdo con las características culturales propias del pueblo y, sobre todo, con la disposición de que el proyecto pueda ser radicalmente modificado e, incluso, suspendido de ser el caso, si esa es la decisión de las comunidades consultadas. En el alcance que se le brindé al principio de buena fe radica el valor que se le dará a la decisión de las comunidades, este es el debate entre consulta y consentimiento. Algunas pautas de este debate las encontramos en la jurisprudencia de la Corte IDH,³⁰ en donde el consentimiento sería necesario solo en algunos casos (en el mismo sentido de la Declaración), y en las decisiones del Sistema de las Naciones Unidas. En

³⁰ Como ya se mencionó, la Corte en el caso *Saramaka* estableció que se requería el consentimiento de la comunidad para la implementación de programas a gran escala que vayan a provocar un gran impacto en su territorio (*Case of the Saramaka People v. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, 2007, párr. 137).

este último, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial determinó que la participación de los pueblos indígenas en condiciones de igualdad requería que no se tomaran decisiones en los temas que les afecten sin su consentimiento informado (Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 1997, párr. 166; 2003, párrs. 62 y 339). El organismo del sistema universal que ha sido más consistente en el tema es la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual ha sostenido que el derecho a la libre determinación incluye el “derecho a decir no” (Special rapporteur on the rights of indigenous peoples, 2003, párr. 66) y que tomarse en serio los demás derechos de los pueblos indígenas implica que no se pueden tomar decisiones sobre sus territorios sin su consentimiento previo libre e informado (Special rapporteur on the rights of indigenous peoples, 2012, párr. 51; 2013, párr. 27).

Estas fuentes de derecho internacional de los derechos humanos en materia de consulta no son ajenas a la jurisprudencia de la CCC. La sentencia del caso *Salvajina* recoge en gran medida los estándares internacionales antes descritos. Como ya se ha señalado, la diferencia entre el análisis de la Corte IDH y de la CCC radica en la fuente normativa desde la que realizan su análisis; la consecuencia de esta diferencia es limitar temporalmente la posibilidad de exigir una violación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas por falta de participación (o específicamente consulta) a aquellos hechos acaecidos después de la Constitución colombiana de 1991. Esto no significa que un sistema sea más garantista que el otro; como veremos a continuación, una estrategia de litigio basada en la combinación de los dos sistemas puede dar como resultado el expandir la protección de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia.

4. Recepción del derecho interamericano en Colombia

Como se ha mencionado, la CCC, en el caso del embalse de Salvajina, no encontró un deber del Estado colombiano de consultar a las comunidades indígenas afectadas debido a la falta de una norma positiva que a la fecha de los hechos establezca dicha obligación. Mientras tanto, si bien la Corte IDH se ha nutrido de las normas positivas del derecho internacional y del derecho comparado, basa su análisis sobre la consulta previa en su naturaleza de garantía del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH.

Para la Corte IDH, la relación especial que tienen los pueblos indígenas con su territorio es una forma de propiedad que debía ser respetada y garantizada desde la firma de la CADH. Es así como, para la Corte IDH, el derecho a la consulta emana del derecho a la propiedad y nace de la necesidad de protegerlo. Además, la falta de desarrollo del derecho positivo respecto a la propiedad de los territorios ancestrales y de su participación cuando se adopten medidas que afecten dichos territorios no sería fundamento para la impunidad de los Estados, ya que, con base en el artículo 2º de la CADH, existe la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos consagrados por la CADH.

En la discusión del caso de la represa de Salvajina, cabe preguntarse si es la CCC o la Corte IDH la que está en mejor posición para tutelar los derechos de las comunidades indígenas nasas afectadas por el proyecto. Para responder esta interrogante, se debe entender a) cuál fue el rol de la tutela en el caso, b) cómo la Corte IDH podría, o no, ampliar la protección que brinda la jurisdicción interna; y, finalmente, c) cómo podría, o no, una decisión de la Corte IDH en este caso ampliar la posibilidad de tutela de los derechos de los pueblos indígenas a hechos acaecidos antes de la aprobación de la Constitución de 1991 y la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

- a) La actuación de la CCC en el caso de la Salvajina fue fundamental para la tutela de los derechos de las comunidades indígenas nasas de Cerro Tijeras y Honduras. Como se puede observar en los argumentos de los jueces que conocieron la acción de tutela en primera y segunda instancia, existían criterios formales para no permitir que la tutela avance. Las dos instancias consideraron que existían vías ordinarias que impedían la admisibilidad de una tutela; además, el tribunal de segunda instancia añadió que una acción presentada 26 años luego de los hechos excedía todo plazo razonable respecto a la presentación de una tutela.

Según la jurisprudencia de la CCC, la tutela es la medida adecuada para la protección especial a los pueblos indígenas en Colombia (Sentencia T-698 de 2011). Esto se debe a que las vías ordinarias disponibles deben ser aptas y eficaces para la protección de los derechos fundamentales del accionante. En el caso de la Salvajina, la Corte decidió que las pretensiones de los accionantes solo se

podrían alcanzar mediante una acción de tutela (Sentencia T-462A de 2014, sección 3.2.4), puesto que no se trataba de un mero caso de incumplimiento de un acuerdo, sino de la tutela de derechos fundamentales. Sobre la presentación del plazo razonable, la Corte consideró que la falta de cumplimiento del Acta del 86, así como la falta de programas que mitiguen los impactos de la represa de Salvajina, ha generado un impacto permanente que persistía al momento de presentar la demanda de tutela (sección 3.2.3.2).

La decisión de la Corte fue decisiva para la protección de los derechos de las comunidades del pueblo indígena nasa. En primer lugar, la Corte seleccionó el caso, facultad que es absolutamente discrecional, que otras cortes de la región utilizan para evadir casos políticamente complejos. En segundo lugar, la Corte aceptó la teoría del daño continuado. De quedar el caso en segunda instancia rechazado por presentación de la tutela fuera de un plazo razonable, el CIDH pudo declarar inadmisibile el caso por erróneo agotamiento de recursos internos. En tercer lugar, decidió tener un papel activo en el proceso, estableciendo incluso una comisión que visitó a las comunidades para verificar el estado de los derechos alegados. En cuarto lugar, le dio un nuevo horizonte temporal al caso, esto es, el 8 de julio de 2014; cuatro años más tarde las promesas contenidas en el Acta de 1986 convertidas en órdenes de la más alta corte colombiana siguen sin ser cumplidas por el Estado. Es el nuevo horizonte temporal del caso el que permitiría a las comunidades llevarlo ante el SIDH.

- b) Si el caso de la represa de Salvajina llega a la Corte IDH, este tribunal internacional podría llegar más allá de lo que hizo la CCC. Como ya se ha mencionado en este artículo, el derecho a la consulta previa, para la Corte IDH, resulta una garantía que emana de la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios. Esto significa que, para la Corte IDH, era obligación de Colombia adoptar medidas legislativas internas para proteger el territorio de los pueblos indígenas desde 1973. Si bien la consulta previa como institución bien definida en el derecho internacional y en el derecho constitucional comparado no existía como tal en 1980, el Estado colombiano debió permitir algún nivel de participación a las comunidades del pueblo nasa que serían afectadas.

En la jurisprudencia constante de la Corte IDH, se establece que la primera garantía para la protección de la propiedad comunitaria es la demarcación, delimitación y titulación de los territorios indígenas. La falta de esos títulos colectivos hace que, en el mejor de los casos, sus propiedades sean tratadas bajo el régimen occidental (bienes sujetos al comercio y susceptibles de expropiación). En la mayoría de los casos, los pueblos indígenas son tratados como ciudadanos de segunda clase, su posesión ancestral no es considerada un título legal y, por lo tanto, sus tierras son tratadas como *res nullius* o como tierras estatales. Un tema que no se discutió en el proceso interno y que podría ser discutido en el contexto interamericano es cómo el Estado colombiano debió demarcar, delimitar y titular colectivamente el territorio de las comunidades antes de empezar el proyecto de la represa de Salvajina.

- c) Sin duda una resolución de la Corte IDH que analice la falta de participación de las comunidades y la falta de protección del territorio indígena en 1980 tendría el efecto de expandir el marco fáctico del caso y los derechos alegables en el caso de la represa de Salvajina. Pero, además, la decisión de la Corte IDH debería cambiar el análisis de la CCC en el sentido de que no se requieren normas que contengan el deber de consulta previa o de reconocimiento de la posesión ancestral como título en caso de los pueblos indígenas, dado que debería seguirse la lógica de la Corte IDH de que dichas disposiciones emanan del artículo 21 de la CADH. Este sería el caso si la CCC le reconociese a la jurisprudencia de la Corte IDH efectos *erga omnes*.

Para el profesor Rodrigo Uprimny, el derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado en Colombia de ser “un discurso puramente político, que no tenía fuerza jurídica interna” a un “derecho vinculante [...], las decisiones de los organismos internacionales son tomadas en cuenta por los jueces colombianos en sus argumentaciones y sentencias” (2007, p. 127). Es así como la CCC ha entendido que el bloque de constitucionalidad no solo estaría integrado por los tratados internacionales, sino también por las decisiones de los órganos dedicados a la supervisión del cumplimiento de dichos tratados, en particular de los que ejercen funciones jurisdiccionales. En particular, la CCC ha reconocido a la Corte IDH como la titular de

la “interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH” (Sentencia T-653 de 2012).

Adicionalmente, se debe tomar en cuenta la doctrina del control de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH según la cual cualquier juez de un país que haya ratificado la CADH tiene la obligación de analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH, para lo cual no solo deben basarse en su texto, sino también en las interpretaciones que de ella hace la Corte IDH. Esta doctrina va tomando fuerza en los sistemas nacionales y busca darle un mayor efecto al SIDH. La CCC empieza también a adoptar esta doctrina, aunque aún no existe una línea jurisprudencial sólida sobre el tema:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en numerosas oportunidades, refiriéndose al control de convencionalidad a cargo de los Estados partes del tratado, que “[e]l poder judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un ‘control de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” y continúa señalando que “[e]n esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. [...], la jurisprudencia interamericana ha señalado recientemente, luego de afirmar la obligación de los Estados de cumplir las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana cuando sean parte en el respectivo proceso, que cuando ello no ocurre —no son parte en el proceso— las autoridades del Estado están vinculadas por el tratado y, por ello, “deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana [...]”. (Sentencia C-500 de 2014, sección 8.3.2.3)

Como se puede observar, una sentencia de la Corte IDH tiene el potencial de modificar a futuro los criterios de la CCC respecto a la consulta previa. Esta es una predicción fundada en el trato que la CCC le da a la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto en los casos citados como en la sentencia del caso *Salvajina*, en donde construye sus estándares a partir de la jurisprudencia de la alta corte internacional (Sentencia T-462A de 2014, sección 2.5.1.1).

Conclusiones

La actuación de la CCC fue determinante en el caso de la represa de Salvajina. La alta corte colombiana recogió información de primera mano, determinó el incumplimiento por parte del Estado del Acta de 1986, creó un nuevo horizonte temporal que permitió que el caso pueda avanzar a instancias internacionales. El incumplimiento de su decisión revela una falta de voluntad de las autoridades internas de proteger los derechos de las comunidades indígenas nasas de Cerro Tijeras y Honduras, situación que hace que los medios de jurisdicción interna se hayan agotado. La esperanza que les queda a las comunidades es presentar su caso al SIDH.

Una eventual decisión de la Corte IDH en el caso de la represa de Salvajina tiene la ventaja de poder ampliar el alcance de la protección del derecho al territorio ancestral, incluida su garantía de la consulta previa, a hechos que ocurrieron antes de 1991. Además, la decisión de un tribunal internacional puede proveer el incentivo que requiere el Estado colombiano para ejecutar las obligaciones específicas que ha ido adquiriendo en virtud del Acta del 86, la decisión de la CCC de 2014 y las que ordene la propia Corte IDH en su sentencia.

Referencias

- Anaya, J. (2004). *Indigenous peoples in international law* (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Cabildos, Gobierno de Colombia, & CVC. (17 de agosto de 1986). *Acta de compromiso con las comunidades campesinas e indígenas afectadas por la construcción de la represa de la Salvajina en el departamento del Cauca*. Popayán, Colombia.
- Case of *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, Merits, Series C Nº 11 (IACourtHR, December 4, 1991).
- Case of *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, Reparations and Costs, Series C Nº 15 (IACourtHR, September 10, 1993).

- Case of *Pueblo indígena kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Merits, and Reparations, Serie C N° 245 (IACourtHR, June 27, 2012).
- Case of the *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Merits, Reparations and Costs, Series C N° 309 (IACourtHR, November 25, 2015).
- Case of the *Mayangna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Merits, Reparations and Costs, Series C N° 79 (IACourtHR August 31, 2001).
- Case of the *Moiwana Community v. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Series C N° 124 (IACourtHR, June 15, 2005).
- Case of the *Saramaka People v. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Series C N° 172 (IACourtHR, November 28, 2007).
- Case of the *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Series C N° 146 (IACourtHR, March 29, 2006).
- Case of the *Xucuru Indigenous People and its members v. Brazil*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Series C N° 346 (IACourtHR, February 5, 2017).
- Case of the *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Series C N° 125 (IACourtHR, June 17, 2005).
- Case of *Xákmok, Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, 2010 (IACourtHR, August 24, 2010).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-175, D-7308 (18 de marzo de 2009).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-461, D-6984 (14 de mayo de 2008).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-500, D-9958 (16 de julio de 2014).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-702, D-7988 (6 de septiembre de 2010).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-039, T-84771 (3 de febrero de 1997).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1080, T-3.191.350 (12 de septiembre de 2012).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-129, T-2451120 (3 de marzo de 2011).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-514, T-2.153.207 (30 de julio de 2009).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-652, acumulados T-168.594 y T-182.245 (10 de noviembre de 1998).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-653, T-3408860 (23 de agosto de 2012).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-698, T-3078861 (20 de septiembre de 2011).

- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-769, T-2315944 (29 de octubre de 2009).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-973, T-1.721.433 (18 de diciembre de 2009).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencias T-693, T-2.291.201 (23 de septiembre de 2011).
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-462A, T-3.846.635 (8 de julio de 2014).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Examen de los informes presentados por Estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales sobre la Federación Rusa*, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.94 (12 de diciembre de 2003).
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination. (1997). *General Recommendation 23, Rights of indigenous peoples* (U.N. Doc. A/52/18, annex V at 122). Geneva: U.N.
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination. (2003). *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination A/58/18*.
- Cordero-Heredia, D. (2016). The right to prior consultation in the construction of the Plurinational State of Ecuador. *Revue Juridique Thémis*, 1(50), 191-146.
- Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca. (2012). *Preguntas y respuestas frecuentes*. Recuperado de <https://www.cvc.gov.co/servicio-al-ciudadano/preguntas-y-respuestas>
- IACHR. (2000). *The human rights situation of indigenous peoples in the Americas*. Washington D.C.
- IACHR. (2001). *Proposed American Declaration on the Rights of Indigenous People authorities and precedents in international and domestic law*. Washington D.C.
- IACHR. (2009). *Captive communities: the situation of the Guarani indigenous people and contemporary forms of slavery in the Bolivian Chaco*. Washington D.C.
- IACHR. (2009). *Indigenous and tribal peoples' rights over their ancestral lands and natural resources*. Washington D.C.
- International Labor Organization. *Committee Report of the Committee in the case of the Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) v. Ecuador*, (GB.277/18/4):(GB.282/14/2) (ILO Committee, art. 24 procedure, 2001).
- Miembros de la comunidad de Cerro Tijeras. (2-5 de abril de 2018). *Entrevistas sobre afectaciones de la represa de Salvajina* (S. Kalantry, D. Cordero Heredia,

B. Albornoz, P. D. Cala Pérez, A. Chacón, C. Halleland,... R. E. Hancock, interviewers). Cali, Colombia.

Personal de salud del hospital de Suárez. (4 de abril de 2018). *Entrevistas sobre condiciones del hospital de Suárez* (S. Kalantry, D. Cordero Heredia, B. Albornoz, P. D. Cala Pérez, A. Chacón, C. Halleland,... R. E. Hancock, entrevistadores). Cali, Colombia.

Presidente de la República de Colombia. Decreto 3000 de 1986, por el cual se crea la Comisión de Supervisión y Evaluación del Plan de Desarrollo Integral de la Región de la Salvajina (24 septiembre 1986). *Diario Oficial*, Año CXXIII septiembre, 1986(37649. 26). Bogotá, Colombia.

Rosero, C. (2009). *Colombia: la consulta previa en proyectos desarrollados en territorios indígenas y afrocolombianos. Biodiversidad de América Latina*. Recuperado de http://www.biodiversidadla.org/Documentos/Colombia_la_consulta_previa_en_proyectos_desarrollados_en_territorios_indigenas_y_afrocolombianos

Sichra, I. (Ed.). (2009). *Atlas sociolingüístico de pueblos indígenas en América Latina* (Vol. II). Cochabamba: Funproeib Andes.

Special rapporteur on the rights of indigenous peoples. (2003). *Report of the special rapporteur on the rights of indigenous peoples*, U.N. Doc. E/CN.4/2003/90 (por Rodolfo Stavenhagen).

Special rapporteur on the rights of indigenous peoples. (2012). *Report of the special rapporteur on the rights of indigenous peoples*, U.N. Doc. A/HRC/21/47 (por James Anaya).

Special rapporteur on the rights of indigenous peoples. (2013). *Report of the special rapporteur on the rights of indigenous peoples*, U.N. Doc. A/HRC/24/41/Add.5 (por James Anaya).

Uprimny, R. (2007). La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional. En *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires: Center for Justice and International Law (Cejiil).