

**LA EFECTIVIDAD O NO DE LA CONSULTA PREVIA PARA LA
PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

CARLOS ALBERTO SALDARRIAGA HERNÁNDEZ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2015

**LA EFECTIVIDAD O NO DE LA CONSULTA PREVIA PARA LA
PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

AUTOR

CARLOS ALBERTO SALDARRIAGA HERNÁNDEZ

ASESOR TEMÁTICO

WILLIAM CERÓN GONZÁLEZ

Doctor en filosofía

Trabajo de grado para optar al título de abogado

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2015

LA EFECTIVIDAD O NO DE LA CONSULTA PREVIA PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

RESUMEN

El presente ensayo pretende hacer una crítica a la forma como se está llevando a cabo la Consulta Previa a las comunidades indígenas en Colombia, ya que desconoce los contenidos de los instrumentos internacionales tales como: el convenio 169 de la OIT de 1989 y la Declaración de las Naciones Unidas de 2008. En otras palabras, se pretende demostrar que La Consulta Previa en Colombia, es utilizada como un mero formalismo para acatar con el requisito ordenado en estos instrumentos pero, se incumple el objetivo que la misma busca: lograr el consentimiento previo de las comunidades étnicas afectadas, con lo cual se vulnera el derecho fundamental a la integridad de las comunidades indígenas.

PALABRAS CLAVE. Consulta Previa, consentimiento previo libre e informado, comunidades indígenas y derechos fundamentales, poder de veto.

ACERCAMIENTO CONCEPTUAL

Los antecedentes de la Consulta Previa nacen de los debates de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuya regulación está contenida en las normas constitucionales y legales que la consagran como el mecanismo idóneo para proteger el derecho fundamental a la integridad de las comunidades indígenas y negras cuando sean afectadas por la intervención de sus territorios para realizar proyectos mineros a gran escala. Ante la prioridad del desarrollo económico en Colombia, se vulnera el mecanismo procesal a la Consulta, es por ello que la Corte Constitucional ha suspendido un sin número de proyectos mediante sentencias que más adelante se resaltarán.

En este ensayo, se abordarán tres acápites para dar desarrollo al contenido del mismo; en el primero se describen los fundamentos, el contenido y alcance de la Consulta Previa, en éste se enunciará el concepto de Consulta Previa y se indicarán las propuestas hechas en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas para la realización de la consulta; en el segundo se explica la efectividad de la consulta, la cual como medio de protección busca garantizar el consentimiento libre, previo e informado de la comunidad afectada; en éste se tendrán en cuenta criterios de teóricos sobre esta clase de literatura que dan a entender cómo se debe llevar el proceso de Consulta para que sea efectiva; en el tercer acápite se refiere la ineffectividad de la Consulta Previa cuando se realiza como un mero formalismo para cumplir este requisito aunque no se cuente con el consentimiento de la comunidad afectada, en este punto resaltaremos sentencias de la Corte Constitucional como la T- 769 de 2009 y T-129 de 2011, para mostrar casos específicos en que la consulta no ha sido realizada previo a comenzar los proyectos, por lo que el Alto Tribunal ha ordenado suspenderlos hasta tanto se realice la consulta y se obtenga el consentimiento de estas comunidades.

-
- Entiéndase por efectividad, lograr el objetivo que se busca con la Consulta Previa.
 - Entiéndase por ineffectividad, no conseguir el consentimiento al realizar la Consulta.
 - Ahora bien, Consulta Previa es lograr el consentimiento y la supervivencia de la etnia.

1. FUNDAMENTOS DE LA CONSULTA PREVIA

El antecedente histórico de la Consulta Previa tiene su origen en los debates en el seno de la conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) llevados a cabo en Ginebra, para la revisión del Convenio 107 vigente desde 1959, cuyo objeto era sustituir el paradigma integracionista de los pueblos indígenas por el de su participación en los asuntos que los afectaban; de dichos debates, nació el convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales, como instrumento de Derecho Internacional de donde surge la institución de la consulta previa, libre e informada, para garantizar el derecho a la participación de comunidades indígenas, y afrodescendientes en la toma de decisiones cuando se pretenda llevar a cabo un proyecto en su territorio que los pueda afectar directamente, instrumento de Derecho Internacional que más tarde fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la expedición de la ley 21 de 1991. Según Rodríguez Garavito, la propuesta original de la Oficina de la OIT, que incluía el estándar más exigente de “procurar el consentimiento” en relación con las decisiones que afectarían a los pueblos indígenas, se encontró con una fuerte resistencia de numerosos Estados y organizaciones de empleadores. Ante ello, la Oficina modificó la propuesta con miras a la conferencia final de 1989 y recogió la fórmula más débil de la “consulta”, que vendría a ser consagrada en el texto del Convenio 169, finalmente aprobado. (2012. Pág. 42). Es decir, la primera iniciativa de protección para las comunidades indígenas propuesta por la OIT consistía en la participación de éstas en los proyectos que los afectarían directamente, siempre y cuando se procurara su consentimiento previo, libre e informado, pero, ante el discurso de los Estados y las empresas extractivas de priorizar el desarrollo económico, se optó por recomendar una salida más viable y conciliadora como la consulta previa; frente a este asunto Rodríguez comenta:

La solución intermedia recomendada fue un mecanismo procesal, que prefiguraba la institución de la consulta previa y que consistía en que, cuando no fuera posible obtener el consentimiento del pueblo afectado, el

requisito de participación se cumpliría con una discusión pública del asunto en cuestión, en la que estuvieran involucrados representantes indígenas. (2012. Pág. 42).

En este contexto existen dos posiciones encontradas, una que propugna por el desarrollo económico donde el integracionismo de los pueblos indígenas es la base de su legitimidad, y su participación estaría sustentada en un mecanismo procesal destinado a consultar a los pueblos indígenas cuando sus territorios se vean afectados con proyectos económicos, ésta sería la versión débil de la consulta previa, toda vez que, los pueblos indígenas serían objetos de las políticas de desarrollo, pero, no sujetos de derecho. La otra posición fuerte de la consulta se inspira en el derecho a la participación basado en el principio de la autodeterminación de los pueblos indígenas bajo su consentimiento, a aceptar o rechazar libremente el proyecto.

La Consulta Previa es el mecanismo para garantizar la efectividad del derecho fundamental a la participación, que tiene conexidad con el derecho fundamental a la integridad de los pueblos indígenas, que sustentado en el principio de buena fe, requiere efectuarse de una manera apropiada a las circunstancias, con transparencia, lealtad de parte del Estado y de la empresa que va a desarrollar el proyecto para poner a las comunidades afectadas en igualdad de condiciones, por lo tanto, es obligatorio establecer todos los mecanismos y medios idóneos para que los pueblos interesados puedan participar libremente y con el conocimiento sobre lo que se va a decidir, a fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La consulta previa se debe aplicar como mecanismo de participación tanto para la definición del contenido y alcance de medidas legislativas o administrativas como para proyectos de desarrollo económico que se pretendan ejecutar en sus territorios y que sean susceptibles de afectarles directamente tal como lo estipula el Convenio 169 de la OIT, estando en

armonía con lo preceptuado en la Constitución Política de 1991 en sus artículos 2, 7,40-2 y el parágrafo del artículo 330.

El Ordenamiento Jurídico colombiano contempla normas que son el sustento para la Consulta Previa como son: la ley 21 de 1991 (aprobatoria del Convenio 169 de la OIT) en sus artículos 6,7 y 15, la ley 99 de 1993 artículo 76 y el decreto 1320 de 1998.

Así pues, la preceptiva constitucional establece en su artículo 2° que una de las finalidades del Estado es “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. Así mismo, en el artículo 7, emana la obligación del Estado de proteger a la etnia nacional cuando considera que: “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

Es claro entonces, que dentro de este concepto social el Estado garantiza la pluralidad socio cultural, se refuerzan las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas en la participación de las decisiones colocándolos en pie de igualdad y se aseguran sus derechos individuales y colectivos.

En el mismo sentido, la parte orgánica constitucional establece un régimen especial para los territorios indígenas y su organización en su artículo 330, el cual en su parágrafo brinda una garantía de protección especial para dichas comunidades cuando se trate de explotar recursos naturales en sus territorios, este es el sentir del tenor literal de la norma constitucional: “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”. (2000. Pág. 149).

Es precisamente esta norma constitucional la que da un carácter relevante y vinculante a la consulta previa toda vez que señala el deber que tiene el Gobierno de propiciar la participación de dichas comunidades en cabeza de sus propios representantes cuando se vean afectados por proyectos de explotación de recursos naturales en sus territorios.

A su vez, el Convenio 169 de la OIT sobre derechos indígenas y tribales, es un instrumento internacional que al ser aprobado por la ley 21 de 1991 entra a ser parte del bloque de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales, el cual consagra una especial protección a los recursos naturales existentes en sus territorios así como a la integridad del grupo, derechos que se encuentran tutelados con el mecanismo de la consulta previa, la cual esta consagrada en su artículo 15 con el siguiente tenor:

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 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. (Convenio 169 OIT. 1989. Pág. 10)

Es pues que, del tenor literal de la norma en comento se resalta el derecho a la participación de las comunidades indígenas en lo que atañe a la

explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios; participación que tiene su protección con la consulta previa como medio más idóneo para garantizar que los intereses económicos colectivos, su integridad socio cultural no sean afectados, es decir, si bien los derechos económicos, sociales y culturales como son: el derecho a la salud, el derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos, el derecho a la cultura son derechos de segunda generación, así como el derecho a un ambiente sano y la protección de los recursos naturales están dentro de los derechos de tercera generación, se convierten en derechos fundamentales por conexidad con el de la integridad de los pueblos indígenas.

En este orden de ideas, ante la intervención de los territorios de las comunidades indígenas para proyectos mineros a gran escala, se pone en peligro la subsistencia física del grupo y su cultura, toda vez que, se presentaría un agotamiento de recursos naturales prescindibles para la vida del colectivo.

Del mismo modo, el objeto de la consulta previa es analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o afrodescendiente por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, tal como lo preceptúa el artículo 1 del decreto 1320 de 1998; así mismo el artículo 2 ibídem, determina el territorio de las comunidades a las cuales cobija la consulta previa, en el entendido que se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva o comunidades negras, al igual que en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras.

La consulta previa es, en términos generales, “un proceso de diálogo y concertación intercultural que busca garantizar la participación real, oportuna (previa), y legítima de los grupos étnicos en la toma de decisiones, proyectos o actividades que los afecten, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural”. Esta debe llevarse a cabo antes de

emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales en donde se encuentren asentados grupos étnicos. (Contraloría General de la República. Informe. 2010-2011. Pág. 179).

Por lo tanto, la consulta previa no se circunscribe a un mero formalismo de participación o intervención de la comunidad indígena afectada con la explotación de recursos naturales en sus territorios, ni a la evaluación de los impactos, la garantía de este derecho fundamental está encaminada a proteger su subsistencia como grupo social y cultural dada la importancia que reviste para estas comunidades su relación con el territorio, pues en él están anclados sus valores espirituales, sus creencias, sus costumbres ancestrales, entre otros aspectos de su cultura.

En resumen de ésta primera parte, se puede decir que la consulta previa tiene una doble connotación, de entrada es utilizada como mecanismo procesal para garantizar el derecho de participación de las comunidades indígenas cuya finalidad es obtener su consentimiento, el cual debe ser previo, libre e informado, a su vez, cuando la explotación de los recursos naturales existentes en su territorio genere una inminente afectación a la integridad del grupo, es menester garantizar con la Consulta que su derecho fundamental a la subsistencia no sea vulnerado. Ahora pasaremos a analizar su efectividad.

2. EFECTIVIDAD DE LA CONSULTA PREVIA

La consulta previa es un mecanismo de protección de derechos fundamentales que es efectivo si se lleva a cabo antes de empezar a desarrollarse la exploración y la explotación de recursos naturales, donde se cuente con la participación de las autoridades de las comunidades afectadas para determinar su destino luego de efectuarse la intervención del territorio, en consecuencia, en las reuniones hay que debatir la incidencia que el proyecto tiene en aspectos tales como: la integridad étnica, cultural, social, ambiental y económica del grupo.

Además de ello, para que se cumpla el cometido se requiere adicionar a la formalidad de la consulta el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad involucrada, a fin de poder lograr un consenso antes de aprobar cualquier proyecto que los afecte directamente, porque es en esta etapa donde se pondrá en conocimiento de la comunidad la intervención que se pretende ejecutar y entre las partes involucradas elaborarán el plan de manejo tanto ambiental como el social y económico, es decir, el consentimiento implica la posibilidad de integrar a la comunidad en el debate para que sea ésta la que manifieste los impactos ambientales, económicos, sociales y culturales a los que se verán sometidos a fin de que sean controlados, mitigados o en su defecto compensados.

Estos derechos de naturaleza social, económica, ambiental y cultural, si bien, no reciben la calificación de derechos fundamentales, deben tutelarse por conexidad con derechos fundamentales, por la inescindible relación con otros derechos que si revisten características de fundamentales como el derecho a la integridad, la cual está ligada a la subsistencia del grupo, que redundando en el derecho a la vida, de tal forma que, si no fueren protegidos los primeros, se vulnerarían los segundos.

Ahora bien, ante proyectos mineros a gran escala, la comunidad se puede ver abocada a perder su territorio o en el peor de los casos verse sometida a la disgregación del grupo, fenómeno que a la postre impactaría su integridad social y, por ende, desembocaría en la desaparición del colectivo. Grueso al respecto comenta: “La consulta contribuye a la protección de los derechos de los pueblos indígenas cuando entran en riesgo frente a las demandas y los requerimientos de sociedades numéricamente mayoritarias, y con mayor poder de decisión en las esferas de lo público y lo privado” (2007. Pág. 16).

Es, por tal motivo, que la Corte Constitucional haciendo eco del artículo 6 numeral 2 del Convenio 169, en el que consagra que “las consultas llevadas a cabo en la 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”, ha hecho tanto énfasis en amparar este derecho. Al respecto, se pronunció la Corte:

Frente a lo anterior, esta Corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea (sentencia t- 769 de 2009)

El procedimiento apropiado para la consulta requiere realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, se debe acordar

con las comunidades los procedimientos, tiempos y espacios contenidos en la consulta buscando siempre la capacidad de negociación y acuerdo, es decir, para la efectiva realización de la consulta previa es preciso abrir espacios para un proceso de disertación en el cual confluyan las voluntades del Estado, la empresa y la comunidad potencialmente afectada, garantizando a éstas la escogencia autónoma de sus representantes y en conjunto construir una metodología culturalmente adecuada, lo que implica realizarse bajo una comunicación intercultural de bilingüismo donde de ser necesario se le procure la traducción de la lengua mayoritaria a las comunidades consultadas, proporcionando un conocimiento pleno del proyecto que se proponen realizar en su territorio y, además, es requisito que dicha consulta se lleve a cabo previo emprendimiento o autorización del mismo.

Por lo tanto, para hacer efectivo el derecho a la consulta es menester efectuar un procedimiento adecuado a la cosmovisión que tenga cada cultura étnica en particular, es decir, a la manera como cada comunidad concibe su entorno, procurando que el mecanismo de consulta sea debatido internamente por los miembros del propio pueblo afectado y la toma de decisiones se realice en su propia forma y de la manera más conveniente en cada caso para ellos, sin predeterminedarles un día específico para la respuesta a su decisión. La consulta como medio de participación debe concebirse como un proceso de interacción y diálogo entre la empresa extractiva y los interesados que podrían verse afectados por la intervención, mediante enfoques de colaboración entre ambos para conciliar sus intereses.

Sin embargo, la consulta previa no sólo debe ser entendida como un proceso para lograr el consentimiento previo de las comunidades y con ello garantizar el derecho fundamental a la participación en las decisiones, sino que, además, requiere permitir la participación económica en forma razonable de los beneficios del proyecto con la comunidad étnica que resulte afectada con la intervención de sus territorios, tal como lo contempla el Convenio 169 de la

OIT al consagrar que “estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”, y “los pueblos interesados deberán participar siempre 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”.

Queda claro entonces, que la efectividad de la consulta previa estará dada en estos términos pues de lo que se trata no es sólo de contar con su decisión y participación en el beneficio económico, sino que, además se busca asegurar la subsistencia del grupo social, tal como lo ha planteado la Corte Constitucional en su jurisprudencia al referirse al tema: a juicio del Alto Tribunal, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar su subsistencia como grupo social, por lo que la participación no se reduce a asegurar el derecho de defensa en la actuación administrativa de los que van a ser afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una incidencia mayor pues lo que busca tutelar es lo que atañe al destino y la seguridad de la subsistencia de dichas comunidades. (Sentencia t- 652 de 1998)

En este orden de ideas, el consentimiento debe ser previamente obtenido de parte de la comunidad afectada por el proyecto, porque lo que se pretende tutelar es la integridad étnica, social, cultural y económica, ante la imposibilidad de gozar y usar de forma regular su territorio cuando se pretenda efectuar procesos extractivos de recursos naturales, lo que implica un cambio en la cosmovisión del grupo por la carga impuesta de definir un destino final donde reubicarse para lograr la subsistencia de dichas

comunidades, derecho que no se satisface con una simple compensación, tal como lo establecen las recomendaciones de la Declaración de las Naciones Unidas en su artículo 28 al preceptuar que:

“los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, incluso a la restitución de sus territorios pero de no ser posible esta restitución tendrán una indemnización justa y equitativa cuando la ocupación se realice sin su consentimiento libre, previo e informado, excepto que los pueblos hayan convenido en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica” (ONU. 2008).

En lo concerniente al procedimiento de la consulta previa, para garantizar la participación de las comunidades indígenas, las Autoridades Administrativas se deben ceñir al cumplimiento de las siguientes funciones: al Ministerio del Interior le corresponde certificar la presencia de comunidades indígenas o negras, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica, corresponde al INCODER certificar la existencia del territorio legalmente constituido y en caso de haber discrepancias le corresponde a las autoridades ambientales cumplir con la certificación de la presencia de estas comunidades, a fin de proceder a emitir licencias o permisos ambientales para intervenir los recursos naturales existentes en estos territorios.

La certificación de la presencia de pueblos indígenas debe realizarse teniendo en cuenta sus usos y costumbres dentro de sus hábitats naturales y culturales. Un territorio en uso u ocupación por pueblos indígenas y tribales tendrá con frecuencia una gran adaptación al medio natural. De allí que su presencia no sea fácilmente identificable. Es por ello que los procedimientos de verificación deben partir del conocimiento y los estudios previos sobre dichos pueblos, su cultura, prácticas y costumbres. (Grueso. 2007. Pág. 54)

Es importante resaltar que en un Estado Social y democrático de Derecho, la participación ciudadana es un derecho constitucionalmente protegido que enaltece la democracia y el pleno desarrollo étnico cultural de la Nación, es por ello que, la Constitución del 91 en su artículo 40 numeral 2 garantiza este derecho al hacer mención a “otras formas de participación democrática”, por lo tanto, es deber de las autoridades hacer partícipes a las comunidades a través de la consulta previa como mecanismo de consenso cuando se pretenda intervenir sus tierras para la explotación de recursos naturales.

Ante esa perspectiva de participación y en aras de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas, es deber del Estado acatar el precepto del artículo 32 de la Declaración de las Naciones Unidas por ser un Estado parte, el cual ordena celebrar la consulta con antelación cuando se pretenda llevar a cabo proyectos de explotación de recursos naturales. La norma en comento es del siguiente tenor:

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.(ONU. 2008)

Para la efectiva realización de la consulta previa como premisa en la búsqueda del consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas, la Corte Constitucional ha definido unos criterios o reglas jurisprudenciales para tal fin, indicando que todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidades étnicas, sin importar la

escala de afectación, se deberán ceñir a estos criterios; es decir, la pretensión de la Corte en esta jurisprudencia es hacer efectivo el derecho de los grupos indígenas a la consulta bajo los siguientes lineamientos:

Durante éste proceso no se admite confrontaciones ya que es un dialogo entre iguales en medio de las diferencias; no se admite que la consulta previa se asimile a meros trámites administrativos y a reuniones informativas; las reuniones se deben basar en el principio de buena fe, donde se pondere la importancia que tiene el territorio y sus recursos para el grupo.

En la etapa de factibilidad o planificación del proyecto es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda para el consentimiento; la comunidad podrá determinar la alternativa menos lesiva cuando la intervención implique traslado o desplazamiento, cuando esté relacionado con vertimiento o almacenamiento de desechos tóxicos en sus tierras, o cuando el proyecto conlleve a poner en riesgo la existencia de la comunidad étnica.

Es obligatorio que la autoridad ambiental no expida licencias ambientales sin la verificación de la consulta previa; es obligatorio que los beneficios económicos de la ejecución de la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa; 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. (Sentencia T-129 de 2011).

De esta jurisprudencia, (T-129 de 2011), se puede resaltar la importancia que le da la Corte Constitucional a la consulta previa y al consentimiento informado para determinar la alternativa menos lesiva, en donde prevalecerá la protección del derecho de los grupos étnicos en aplicación de principio pro

homine, siempre y cuando se presente alguna de las circunstancias antes descritas que impliquen el aniquilamiento o desaparecimiento del grupo.

No obstante, las recomendaciones contenidas en las reglas dictadas en la jurisprudencia en comento, la Corte se plantea un interrogante, en el entendido que si el consentimiento libre e informado puede traducirse en un poder de veto de las comunidades étnicas a todos los proyectos de intervención, puesto que existe un problema de dos extremos difíciles, ya que de un extremo está la consulta previa veto la que se encuentra dentro de los lineamientos de la convención que genera todo tipo de resistencia y la Consulta Previa mera información la cual no está conforme con la convención pero con frecuencia es empleada para aparentar el cumplimiento de dicho instrumento.

Para la Corte el criterio que permite conciliar estos extremos depende del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva y, en caso de ser probado que todas las medidas son perjudiciales, prevalecerá la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine, el cual impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos.

En síntesis, la consulta previa es efectiva cuando en el proceso de diálogo, se permita a las comunidades indígenas, identificar plenamente la afectación o perjuicio que conlleve la obra o proyecto, para garantizarles una indemnización equitativa, así mismo, ante una grave amenaza a sus territorios y costumbres, es deber del Estado y las empresas en aplicación del Convenio 169 de la OIT y las normas constitucionales y legales, proteger los derechos fundamentales a la integridad étnica, cultural, social y económica, los cuales redundan en la subsistencia del grupo.

Ahora se analizará la ineffectividad de la consulta previa.

3 INEFECTIVIDAD DE LA CONSULTA PREVIA

Ante la relevancia que se le ha dado al desarrollo económico del país, la protección consagrada en la consulta carece de fundamento, al pendularse la balanza a favor de la declaratoria de interés general a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, conculcando de esta manera este derecho fundamental.

Si bien, “Buena parte de los procesos de consulta consisten en calcular el daño ambiental y cultural que puede causar un proyecto económico y acordar una forma de compensación para el pueblo que lo sufre” (Rodríguez. 2012. Pág. 58), la consulta en algunos aspectos no cumple este cometido, es más, no se lleva a cabo, puesto que en muchos casos se otorgan títulos mineros pretermitiendo la obligación de consultar a las comunidades afectadas y donde el que calcula el daño ambiental es el concesionario, pero el daño cultural, económico y social en la mayoría de las veces es soslayado tanto por el Estado como por las empresas mineras limitándose simplemente a cumplir con una compensación económica cuando de lo que se trata es de proteger la integridad del grupo y su sobrevivencia.

Según Garay, a pesar de que la participación ciudadana es un derecho fundamental, frente al otorgamiento de títulos mineros, ni las comunidades, ni las personas individualmente consideradas cuentan con un mecanismo idóneo que les permita conocer de dichas solicitudes de titulación existentes en sus territorios, como tampoco son informados debidamente por las autoridades mineras, es decir, que la consulta con las comunidades étnicas, no se está realizando de manera previa al otorgamiento de títulos mineros, ni frente a la declaratoria de zonas mineras estratégicas en comunidades

indígenas y negras, lo que constituye un claro desconocimiento del convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad.(2013. pág. 41)

Es por eso que la consulta previa ha tenido tanta resistencia y ha sido mirada como un obstáculo por los concesionarios a la hora de llevar a cabo proyectos mineros a gran escala y es precisamente porque con este mecanismo se protegen los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a determinar sus propias prioridades y estrategias para el desarrollo y la utilización de sus territorios, no obstante, se lleva a cabo la consulta como mero requisito para dar cumplimiento al Convenio 169 de la OIT, pero sin garantizar el respeto al consentimiento porque es precisamente éste y el derecho al veto lo que le falta a la figura de la consulta previa en Colombia. Por lo tanto, Rodríguez considera que:

“en la práctica de la consulta previa ha resurgido la tensión entre derechos y desarrollo, entre participación y autodeterminación, es claro que en la versión adoptada por el texto del convenio 169, la consulta está subordinada a la prioridad del desarrollo económico. De ahí que la CPLI haya sido acogida de buen grado por los actores del neoliberalismo global, desde los bancos multilaterales hasta las ETN, que encontraron en ella un mecanismo útil y amigable para responder a las crecientes críticas referentes al impacto de sus operaciones sobre los pueblos indígenas”. (2012. Pág. 44)

Desde la normativa contemplada en el decreto 1320 de 1998 se crea un vacío jurídico, toda vez que, al tratar el tema de licencias ambientales, sólo obliga a la consulta previa en la etapa de explotación, dejando por fuera la etapa de exploración en la que también se intervienen los territorios, por lo tanto, limita su aplicación para algunos proyectos que requieren de licencia ambiental; a su vez el artículo 5 de dicho decreto, abre las puertas a los responsables del proyecto para que elaboren el estudio del impacto ambiental sin la participación de los representantes de la comunidad afectada, toda vez que establece que “en caso que los representantes de las comunidades indígenas y/o negras se nieguen a participar, u omitan dar respuesta dentro de los

términos antes previstos (20 días), el interesado elaborará el estudio ambiental prescindiendo de tal participación”.

por la connotación que reviste la norma al vincular a las comunidades indígenas y negras en la elaboración de los estudios de impactos ambientales, es importante resaltar la inmediatez del término expresado en dicho artículo para que las comunidades tomen su propia decisión, con lo cual se está haciendo caso omiso a los criterios orientadores que hace la Corte Constitucional, así como a los instrumentos internacionales en lo referente a la consulta previa, dado que es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta en búsqueda del consentimiento, en el cual se tiene que tener en cuenta un enfoque diferencial por la particularidad tanto del grupo como de sus costumbres.

En una entrevista realizada por Elsa Chanduví Jaña, Directora de Comunicaciones Aliadas a la representante de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) Diana Carrillo sostiene que:

“El Decreto 1320 del 13 de julio de 1998, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre proyectos de explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, es inconstitucional, primero porque no se consultó con las comunidades, segundo porque limita la consulta a los territorios titulados sin reconocer los de posesión ancestral y porque establece un procedimiento muy inediatista —determina 20 días de plazo para que la empresa vincule a las comunidades con la elaboración del proyecto—, donde la comunidad no tiene tiempo de plantear sus inquietudes”.(2011. Pág.8).

En el proceso participativo con las comunidades indígenas, donde es imprescindible el diálogo intercultural, no se les facilita la comprensión del lenguaje técnico usado por los representantes de la empresa encargada de realizar la consulta, en lo concerniente a lo que se entiende por desarrollo, toda vez que, según la cosmovisión de estas comunidades su territorio se debe conservar en su estado natural, dado que, en sus actividades cotidianas según su visión se utiliza una economía de bajo impacto ambiental; al respecto, Catalina Toro señala que:

Un aspecto que parece insuperable en los procesos de consulta es la asimetría entre las partes intervinientes, donde evidentemente las comunidades étnicas están en franca desventaja. Agrega que esta asimetría se expresa profundamente por una concepción hegemónica de desarrollo que no permite cuestionar o proponer alternativas al desarrollismo con nociones diferenciadas de riqueza y pobreza que imponen una lógica de progreso que no involucra otras visiones.(2012. Pág. 299)

Como fundamento para demostrar que la consulta previa es inefectiva en Colombia o que a veces se realiza como mero formalismo sin incluir el consentimiento previo, existen entre muchos casos, el de los resguardos Chidima- Toló y Pescadito, pertenecientes a la etnia emberá-Katio del Municipio de Acandí (Chocó); en los territorios de dicha comunidad se pensaba llevar a cabo tres proyectos, los cuales comprendían, la construcción de una carretera que uniría los municipios de Unguía-Acandí, un proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, y una concesión minera para la explotación de oro.

Para la construcción de la carretera se pensaba intervenir su territorio en cuatro kilómetros, en el proyecto de interconexión eléctrica la servidumbre afectaría 21.45 hectáreas y para el proyecto de explotación de oro, el Ministerio de Minas y Energía concedió a la multinacional Gold Plata Corporation un título minero para un área de 40.000 hectáreas, sin embargo, en ninguno de los tres proyectos se había realizado la Consulta Previa por parte de las empresas encargadas de hacerla, por lo que el representante de esta comunidad Oscar Carupia Domicó instauró una acción de tutela en contra de los Ministerio de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, y Minas y Energía.

Este derecho de amparo, fue objeto de fallo por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia T-129 de 2011, en la cual se resolvió suspender los proyectos hasta tanto se realizara la consulta previa para proteger el derecho fundamental a la integridad e identidad cultural y social de dicho pueblo. (Sentencia T-129 de 2011)

Otro caso emblemático en el cual se ha vulnerado el derecho a la consulta previa es el que se presentó con la comunidad Emberá-katío del Alto Sinú del Departamento de Córdoba, al ser declarado su territorio como de utilidad pública e interés social por el Gobierno Nacional en 1992, para la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá I, esta obra fue ejecutada por la Empresa Multipropósito Urrá S.A; el pueblo Emberá-Katío del Alto Sinú está constituido por dos resguardos indígenas, el Karagaví que cuenta con una población de 1549 habitantes, y el Iwagadó con una población de 750 habitantes, dichos resguardos cuentan con una economía de subsistencia de bajo impacto ambiental.

Posteriormente, el INDERENA le otorgó licencia ambiental a CORELCA para la construcción de la obra y la desviación del río Sinú, sin haber adelantado el proceso de consulta previa, dentro de los impactos ambientales comprobados se destacan, la desviación de río Sinú y la inundación de varias secciones de los territorios del pueblo Emberá; ante ésta situación fueron presentadas dos acciones de tutela separadamente por Rogelio Domicó Amarís, la Organización Nacional de Indígenas Colombianos, la Comisión Colombiana de Juristas y Alirio Pedro Domicó; el caso pasó a revisión ante la Corte Constitucional mediante la sentencia T-652 de 1998.

En ésta sentencia, la Corte ratificó lo dicho en una jurisprudencia anterior al considerar que “las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente”, en el entendido que la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado. En el caso en comento, la Corte encontró vulnerado el derecho fundamental a la

supervivencia de dicha comunidad al ser desviado el río Sinú e inundado parte de su territorio lo que modificaría su modo de vida y acrecentaría la mortalidad de la población infantil, por lo que procedió a tutelar los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo Emberá-Katío, por consiguiente, ordenó a la Empresa Multipropósito Urrá S.A, a que indemnizara a dicho pueblo al menos en cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no pueden escapar y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar. (Sentencia T- 652 de 1998).

En resumen, a pesar que la Consulta Previa es el mecanismo idóneo que garantiza la participación de las comunidades indígenas, para proteger el derecho fundamental a su supervivencia, no se cuenta con un procedimiento eficaz para llevar a cabo un proceso de concertación entre éstas y los responsables del proyecto, es decir, lo que se debe regular es el procedimiento para efectuar la consulta, porque no se trata de fijar un día, una audiencia o un taller consultivo, tal como lo estipula el artículo 12 del decreto 1320 que trata de la reunión de la consulta, el cual no garantiza el derecho de participación como un proceso dialéctico enmarcado en el consenso o en el disenso que incluya indicadores sobre posibles impactos sociales, económicos y culturales.

En este orden de ideas, hay que entender el derecho de consulta, como un proceso en el cual se permita a los pueblos indígenas desarrollar mecanismos internos de participación que involucre a todos los miembros de la comunidad, para tomar una decisión para luego ser llevada al debate con la contraparte.

Por otro lado, el decreto 1320 de 1998 que regula la consulta previa, no fija unas funciones específicas para las autoridades encargadas de hacerle seguimiento al proceso, lo que demuestra la falta de voluntad política para

aplicar la consulta, lo que los convierte en simples espectadores, además, no cuentan con el recurso humano suficiente para seguir todas las etapas requeridas en un proceso de consulta.

CONCLUSIONES:

La consulta previa es el instrumento idóneo para garantizar la protección del derecho fundamental a la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y afrodescendientes, cuando sus territorios sean intervenidos para desarrollar proyectos mineros a gran escala, por lo tanto, se considera efectiva la Consulta previa si se logra el consentimiento del colectivo previamente a la ejecución del mismo.

Ante la necesidad del aprovechamiento de los recursos naturales existentes en territorios indígenas, es necesario hacer una ponderación frente a dos intereses que se contraponen: el desarrollo económico del país y la protección a la supervivencia de dichas comunidades.

La consulta previa es un instrumento procesal encaminado a buscar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes, cuando se vean afectados directamente por proyectos económicos en sus territorios, sólo con la única finalidad de preservar la integridad social, cultural y económica y la subsistencia del grupo.

Mientras no se logre el consentimiento previo, libre e informado como poder de veto contra proyectos que afecten tanto los territorios como la supervivencia de los indígenas, la consulta previa seguirá realizándose por quienes deben cumplir con este requisito, como un mero formalismo para cumplir los requerimientos legales, pero sin acatar la garantía constitucional que es la protección de las comunidades indígenas y afro descendientes.

De continuar con la premisa, de considerar que con la mera compensación económica pactada en una consulta previa se está cumpliendo con el deber constitucional de preservar la integridad étnica y cultural de la Nación, hace pensar que el destino y subsistencia de las minorías se hace cada vez más vulnerable ante la prioridad que se le está dando al desarrollo económico.

En la recolección de los insumos para desarrollar este ensayo, surgieron algunas inquietudes respecto de la reglamentación de la Consulta Previa

contenida en el decreto 1320 de 1998, el cual parece indicar que fue elaborado más con la intención de justificar el desarrollo económico que el de proteger a las comunidades indígenas afectadas, toda vez que, plantea la obligación de la consulta para proyectos que requieren licencia ambiental y deja muy poco margen de tiempo para la toma de decisión de los representantes del grupo, sin tener en cuenta que su forma de debatir se relaciona a su cosmovisión diferenciada, es decir, les concede un término único para expresar su consentimiento, constituyendo en inefectivo el proceso de Consulta.

Al reseñar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las sentencias enunciadas, se cumple el cometido del presente ensayo, el cual es hacerle una crítica a la forma como se lleva a cabo la Consulta Previa en Colombia, ya que las comunidades indígenas han tenido que ejercitar la vía jurisdiccional en innumerables demandas, para hacer uso de éste Derecho y así buscar que se proteja el derecho fundamental a la integridad del grupo y su subsistencia, ante la avalancha de proyectos económicos en sus territorios.

En el presente trabajo, no se tuvo en cuenta aspectos relativos a la temática como son la metodología que se debe emplear en un proceso de consulta, toda vez que, se requiere hacer una investigación en terreno con comunidades indígenas, para poder determinar la concepción que tienen de la forma como se realiza el proceso, ya que pueden existir diferentes metodologías, teniendo en cuenta que las culturas indígenas revisten particularidades distintas.

REFERENCIAS.

Chanduví Jaña, Elsa. Nainforme especial. Consulta previa: Derecho fundamental de los pueblos indígenas. 2011. Recuperado de: http://www.noticiasaliadas.org/objetos/informe/14PE_consulta_na.pdf

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 652 de 1998. M.P: Dr. Carlos Gaviria Díaz

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2009. M.P: Dr. Nilson Pinilla Pinilla

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-129 de 2011. M.P: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Constitución Política de Colombia. Bogotá. 2000. Ed. Biblioteca Jurídica, Diké.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Informe. Estado de los recursos naturales y del ambiente 2010-2011. Recuperado de: <http://justiciaambientalcolombia.org/2011/12/26/contraloria-presenta-informe-sobre-estado-de-los-recursosnaturales-y-el-ambiente-en-Colombia/>

Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales. 1989. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P1_2100_INSTRUMENT_ID:312314:NO.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. 2008. Recuperado de: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Garay Salamanca, Luis Jorge y otros Minería en Colombia derecho, políticas públicas y Gobernanza. Recuperado de http://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2013/12/libro_mineria_contraloria-2013.pdf.

Grueso Castelblanco, Libia Rosario. El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Guía. 2007 Recuperado de: <http://www.hchr.org.co/afrodescendientes/files/Consulta%20Previa%20Indigenas%20Baja.pdf>

Rodríguez Garavito, César. Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados. Editorial Colección de justicia. Bogotá. 2012.

Toro Pérez, Catalina y otros. Minería, Territorio y conflicto en Colombia. Editorial Antropos. Bogotá. 2012