

LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

*Gloria Blanco Pertuz, Heidy Camacho Neuto,
Yijed Fakih de León, Mario Mendoza Charris
Alejandra Rodríguez Franco*

Resumen

Desde el momento de su creación se han originado diversas controversias alrededor de la consulta previa, en lo referente a su categorización como derecho fundamental y al poder vinculante de la misma, respecto de las decisiones que expresen los grupos étnicos que son consultados. Es por ello, que realizamos un estudio detallado desde el ámbito jurisprudencial, legal, del derecho comparado, doctrina y la intervención de autoridades indígenas a través de sus testimonios sobre la eficacia y efectividad de la consulta.

Palabras Clave

Grupos étnicos, consulta, derechos fundamentales, consentimiento, autoridades indígenas.

Introducción

El desarrollo socio-económico de un país con presencia de pueblos indígenas, está previsto de conflictos ambientales y territoriales, dado a la contraposición de los intereses económicos del sector privado y la preservación de los recursos naturales por los nativos, circunstancias que han dado origen a una figura jurídica protectora de la expresión indígena y otros derechos: La consulta previa.

La práctica de la consulta previa para los pueblos indígenas no es nueva, siempre ha sido parte de su tradición y cultura someter sus decisiones o acciones a autorización colectiva o superiores, previamente. Sin embargo, su empalme con nuestra cultura, ha sido dificultoso dado la influencia que tiene en las políticas del Gobierno Nacional en pro del desarrollo, ya que se piensa a futuro en un país desarrollado, con empresas grandes y competitivas en el mercado internacional pero respetuosas con el medio ambiente.

Ese país de ensueño, depende para muchos del aprovechamiento de los recursos naturales (renovables y no renovables) hallados en los asentamientos indígenas y las comunidades afro descendientes, lugares inexplorados y fructíferos. Bajo estas circunstancias inicia el debate: la obligatoriedad de la consulta previa en los proyectos con esa visión, pues con esta se busca proteger la armonía de otros derechos de estos pueblos, en especial, el derecho a la autonomía, al territorio, a los recursos naturales y al desarrollo propio.

Pese a la trascendencia que implica, es de resaltar que la consulta previa carece de carácter vinculante frente a las decisiones de los Gobiernos Nacionales, aspecto que estimula reflexiones y críticas que se presentan en la consulta.

Este documento abarca principalmente, el consentimiento obligatorio de la consulta previa: los casos en los que es necesario, el concepto de diversos sectores (doctrina, jurisprudencia, derecho comparado, expertos en el tema, organizaciones internacionales), sus dificultades en la implementación y ventajas como estrategia para superar muchas de las problemáticas estudiadas. Se abordan varias temáticas que pasan por establecer el poder de los pueblos indígenas al estipular el consentimiento como obligatorio y la necesidad que se consulte con seriedad a los pueblos indígenas.

El estudio del consentimiento obligatorio en la consulta previa busca reconocer a los pueblos indígenas una verdadera participación en las decisiones políticas, el acierto de sus aportes frente al manejo de los recursos naturales, y respetarles otros derechos.

A lo largo del texto, se resalta que el consentimiento debe ser respetado y obligatorio para las autoridades públicas. Para ello consideramos inicialmente el Convenio 169 de la OIT como instrumento principal de la consulta previa, al igual que la jurisprudencia nacional e internacional y a reconocidos doctrinantes.

Justifica que este documento esclareciera el concepto y otras temáticas de la consulta previa a los estudiosos de esta figura, en especial a aquellos que desconocían la esencia del mecanismo y las implicaciones en el desarrollo socioeconómico y ambiental de los países. Creemos necesario su estudio para disminuir brotes del rezago institucional frente las opiniones de indígenas y afro descendientes, y proteger derechos de las minorías.

Antes de abordar sobre el tema del consentimiento obligatorio, consideramos pertinente argüir sobre la razón de ser la consulta previa como un derecho fundamental, para asegurarnos que debe ser reverenciado por todos.

Para la realización de este documento, empleamos el método exploratorio-descriptivo, en la medida que nos permitía identificar los problemas de la consulta previa, además de identificarlos y establecer su incidencia socioe-

conómica y ambiental, a lo que empleamos la consulta de jurisprudencia, doctrina y otras investigaciones del tema. De la misma manera, empleamos el método inductivo, dado que nos enfrentamos no solo la doctrina y jurisprudencia, sino a casos prácticos y experiencias que nos invitaban a sacar conclusiones. En este último caso hicimos uso de entrevistas a expertos del tema, como lo son la defensora del pueblo del departamento del Magdalena y a un líder indígena encargado del tema en las comunidades Arahuacas y Koguis de la sierra Nevada de Santa Marta, para obtener sus percepciones y compartir información.

Finalmente, concluimos que en torno a la consulta previa se presentan muchos problemas, a los cuales deben establecerse propuestas para su eficaz funcionamiento. Una respuesta posible es dar una nueva estructura a la organización institucional objetiva, encargada exclusivamente del control y vigilancia de los proyectos, medidas administrativas o legislativas que deben y son sometidas a la consulta.

La consulta previa como derecho fundamental

Perú, Ecuador, Bolivia, México y Colombia, fueron algunos de los países que ratificaron el Convenio 169 de la OIT, con la convicción de garantizar los derechos de los grupos indígenas¹ frente al desarrollo socioeconómico que se aventura en los nuevos tiempos con mayor fuerza e influencia en aquellos grupos, toda vez que los lugares donde yacen en su mayoría están provistos de recursos naturales renovables o no renovables, siendo focos de acción para los procesos de extracción y explotación para las empresas privadas previa anuencia (concesión) de la autoridad pública competente, actividades que colocan en riesgo no solo la identidad cultural, territorial y espiritual, sino su existencia como etnia.

En este orden de ideas, a partir del Convenio 169, los derechos inherentes de los grupos indígenas, dan un salto gigantesco en el ámbito jurídico internacional, pasan de ser un grupo susceptible de sufrimientos por guerras, hambres, situaciones de insalubridad, de despojo de tierras, a pueblos reconocidos como sujetos de derechos. Posteriormente, se fueron sumando a este, los Estados de políticas democráticas-participativas con presencia de pueblos indígenas, al incluir en su ordenamiento jurídico nacional, con rango constitucional, a la consulta previa.

Sin embargo, el carácter fundamental realmente radica en causas históricas y sociales, ya que son pueblos que por su condición de minoría fueron

¹ Relacione el término grupo indígena, pueblo indígena, grupo étnico, ancestros entre otros similares, a lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio No. 169 de la OIT.

minimizados, diferenciados de otros sectores del colectivo nacional, rezagados de la opinión política y mutilados de facultades para hacer exigibles sus derechos. En consecuencia la consulta previa no solo vela por la participación de los grupos indígenas en las actividades o proyectos que afecten sus derechos colectivos, sino que viene vinculada a otros tantos derechos propios de aquellos, como el de la autodeterminación, identidad territorial y cultural, la calidad de vida, bienestar espiritual, o desarrollo, entre otros.

Así las cosas, la consulta previa, libre e informada trae consigo más que un valioso instrumento para la manifestación de la voluntad indígena respecto a la viabilidad de proyectos o actividades de inversión minera, petrolera, hidrocarburíferas, madereras, es un impulso para el respeto de derechos étnicos y humanos de las comunidades indígenas, por ello, es un derecho abstracto que va vinculado siempre a otros derechos, pues finalmente se consulta para proteger otro derecho.

El carácter fundamental del derecho a la consulta previa es un factor relevante para el concepto de desarrollo socio económico, primero, por la influencia que tienen los grupos indígenas en la aprobación de proyectos o actividades que afecten sus derechos y, segundo, porque todos los derechos están conectados entre sí, siendo incierto y riesgoso para los inversionistas el rumbo final de sus proyecto frente a los innumerables derechos indígenas.

El consentimiento obligatorio

Los países seleccionados para el estudio de esta figura fueron: Ecuador, Perú, Bolivia, México y Colombia, quienes dan aplicación al convenio de la OIT cada vez que se avizore una medida legislativa o administrativa que afecte directamente la integridad del pueblo indígena.

Según el derecho internacional no es necesario que el pueblo indígena sea reconocido legalmente, ni que ostente título de propiedad alguno para aplicar adecuadamente la consulta previa. Para ejemplificar, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Saramaka Vs Suriam, determinó que basta con la ocupación o posesión de la tierra para que se reconozcan los derechos de propiedad. Entonces el ejercicio de la consulta no trae consigo ningún limitante para hacer uso de ella.

Del caso anterior, se derivó un precedente trascendental para el tema y responde a la pregunta ¿cuándo es obligatorio el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas para el desarrollo de una actividad o medida que los afecte? Pero antes de esbozar los casos que requieren del consentimiento, es importarte diferenciar entre la práctica de la consulta y el carácter vinculante de la voluntad indígena. El primer evento, se trata

de un Estado responsable en las buenas prácticas de la consulta previa, el cual al momento de elaborar cada una de sus políticas públicas, programas de gobierno nacionales o regionales reconocen la participación de los grupos indígenas en cada una de sus etapas y, posteriormente, desarrollan el derecho de consulta; quiere decir, que en una política petrolera, de infraestructura vial, de comunicaciones etc., a realizar en territorios donde moran aquellos, la estructura administrativa es consiente que previo a la toma de una decisión existe una minoría esperando su llamado.

Del segundo evento, se tiene un Estado que una vez desarrollado el derecho de consulta, es decir, finalizado el proceso administrativo o asamblea, según el Estado, acoge la manifestación de voluntad del grupo indígena de estar de acuerdo o no con el desarrollo la medida administrativa o legislativa en su territorio, en otras palabras, respeta los derechos indígenas, y hace obligatorio el SI, NO, o la condiciones impuestas por estos en cada uno de sus proyectos socioeconómicos.

Sin embargo la realidad es otra, por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de Derechos humanos, han vetado a los Estados de decisiones unilaterales que afecten los derechos indígenas, al atribuir a ciertas actividades o proyectos la obligatoriedad del consentimiento para su posterior ejecución, como: el traslado poblacional, limitación territorial, reconocimiento de capacidad jurídica, medidas que reconozcan el derecho de consulta, titularidad de derechos colectivos sobre territorios, medidas que impacten la subsistencia o modo de vida de un pueblo, depósito de sustancias tóxicas y/o peligrosas, actividades militares. El artículo 4 del Convenio 169 señala que las medidas adoptadas no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados, es decir, que de hacerse una modificación en el ordenamiento territorial que altere los límites indígenas, es indispensable el consentimiento del pueblo.

No obstante, el panorama de los Estados escogidos para su estudio de la consulta previa en el presente documento es poco alentador, y veremos la razón de ser.

En Ecuador, el derecho a la consulta previa, libre e informada es relativamente nuevo y poco perfeccionado, implementado en la Constitución de 1998, en ese mismo año se ratifica el Convenio 169 y consecutivamente en la Constitución de 2008; su mayor adquisición ha sido definición de las fases del proceso consultivo mediante sentencia de la Corte Constitucional del 2010, toda vez que aún está en discusión la ley nacional y sus alcances (por ejemplo: el carácter vinculante, sujetos de aplicación y asuntos a consultar), es decir, que el ordenamiento jurídico está guardando silencio al respecto, evidenciándose la falta de garantías legales y constitucionales,

que convergen en constantes levantamientos indígenas, en algunos casos se logran los objetivos, en otras se terminan en complejos procesos jurídicos que solo benefician al Estado y Empresarios.

El derecho de consulta previa en Ecuador, es un proceso que polariza el consentimiento indígena, toda vez que se reduce a la práctica de asambleas con las comunidades indígenas en las cuales se informa del plan a ejecutar, sin cuestionar si aceptan o rechazan la propuesta. Las organizaciones sociales y representantes gubernamentales indígenas, han hecho el mayor esfuerzo para lograr una norma que legitime su derecho. El Decreto 3401 ha sido uno de esos logros, no obstante, persiste el concepto que la participación de los pueblos indígenas carece de fuerza vinculante.

Esa legislación acomodada a los intereses nacionales y privados, no ha sido traspíe para que los indígenas sean escuchados para el desarrollo de proyectos socioeconómicos en el país, pues a lo sumo las movilizaciones y las controversias jurídicas en las altas cortes han resultado más eficaces que el mismo ejercicio de la consulta previa y el consentimiento obligatorio. Por ejemplo: la Federación Independiente del Pueblo Shuar obstruyó el ingreso de la Empresa petrolera Arco Oriente a sus territorios en las instancias del Tribunal Constitucional; otro triunfo es el caso de los Waorani contra la petrolera AGIP Oil Ecuador, quien los engañó con una compensación irrisoria frente a la afectación causada; y finalmente el caso de los Kichwa de Sarayaku contra el Estado Ecuatoriano en instancias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la explotación petrolera desde finales de la década de los 90's.

Por su parte, Perú es el primer país que dispone de una ley de consulta: la ley No. 29785 y el decreto supremo No. 001-2012 MC, sin embargo está sujeto a críticas, toda vez que a rasgos generales, el ejecutivo mantiene el poder de decisión de dar inicio o no a la consulta previa teniendo en cuenta aspectos exclusivamente geográficos, siendo notables las inconsistencias que desamparan los derechos indígenas.

El ejercicio de la consulta previa, se desarrolla en 7 etapas: 1. Identificación de la medida legislativa o administrativa, 2. Identificación de los sujetos del derecho, 3. Etapa de la publicidad, 4. Información, 5. Evaluación interna, 6. Etapa de dialogo y 7. Etapa de decisión.

En la última etapa, es indudable la resistencia del gobierno para consultar realmente a los indígenas, ya que la entidad promotora está facultada para decidir sobre si acoger o no los aportes de los representantes o pueblos indígenas únicamente para *enriquecer* su decisión, es decir supone una disminución sustancial del deber de la Entidad de respetar o no la libre expresión

de los pueblos indígenas. A tal punto que, por ejemplo, en la eventualidad de que el pueblo indígena consultado haga uso del recurso de apelación, es sin efecto suspensivo.

De este panorama, se define que el alcance del resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo que exista acuerdo (art. 1 Núm. 5 del Decreto Supremo), es decir, cuando se alcance un acuerdo total o parcial entre las partes, es obligatorio; lo gravoso radica en que cuando no hay acuerdo la entidad dicta las medidas que estime conveniente para el interés nacional, para garantizar los derechos colectivos indígenas sin importar que es lo mejor para aquellos. El pueblo indígena tiene derecho a auto determinarse, a decidir qué es lo mejor para ellos de acuerdo a su propia visión de desarrollo y por lo tanto su concepto es igual de importante o más que la decisión del aparato estatal.²

En Bolivia, este derecho se ejerce cuando se trata de actividades de obra o proyectos que generen un impacto socio ambiental o afecten los derechos indígenas disimulado con indemnizaciones. Tal proceso, se reduce en la fase de información, organización, planificación, ejecución y concertación en un plazo de dos meses.

Un aporte importante es que la obtención de la licencia ambiental para algunos casos requiere del acuerdo ratificado por los pueblos indígenas con su firma, pese a ello, persiste en manos del Estado la potestad de ejecutar y realizar la consulta previa con cooperación del grupo empresarial privado. Así ocurrió en “la explotación de cobre en la planta de Corocoro”, del departamento de La Paz, proyecto hidrometalúrgico a cargo de la Corporación Estatal Minera de Bolivia (COMIBOL) y de la empresa coreana Kores, con inversión de US\$200 millones, iniciado sin licencia ambiental, en el que se desvió el curso de un río y hay registros de contaminación. En contraste, la Tierra comunitario de Origen Charagua Norte, mediante demandas logró que el Estado realizara el proceso atendiendo cada uno de sus requerimientos, asambleas en las que el pueblo puede ejercer su libre determinación, votos decisivos y uso de su propia justicia, a tal punto que no podía pasarse a la siguiente etapa sin el previo consenso entre las partes ignorando por completo el termino regulado de 2 meses.

Así las cosas, observamos que en Bolivia persisten vacíos legales que impiden el buen desarrollo de la consulta previa y, por lo tanto, el consentimiento colectivo indígena se ve sujeto a la voluntad política y privada.

² Junio 2011 nainformeespecial, [www. Noticiasaliadas.org](http://www.Noticiasaliadas.org) CONSULTA PREVIA: Derecho fundamental de los pueblos indígenas.

México por su estructura estatal (federación) y la ausencia de ley nacional de la consulta previa, no ha implementado uniformemente el derecho a la consulta, permitiendo que algunos estados preparen proyectos o actividades de infraestructura sin la opinión de las colectividades indígenas, rematando ello en el despojo arbitrario de tierras, deterioro ambiental y vulnerabilidad de tales comunidades. De no ser obligatoria la consulta previa, libre e informada frente a medidas legislativas o administrativas atentatorias de los derechos indígenas, no puede asumirse que el consentimiento sea obligatorio.

Consulta previa en organismos internacionales

Desde el principio de nuestra investigación hemos establecido que la consulta previa es un derecho fundamental reconocido por los Estados miembros y adoptado por estos a través del Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, de la Organización Internacional del Trabajo. Por lo tanto, siendo una iniciativa internacional, es preciso observar el trabajo que han venido desarrollando algunos de los más importante organismos internacionales, los cuales, en múltiples ocasiones, han intercedido de manera directa en diferentes conflictos internos de sus asociados, con el fin de proteger los derechos de este tipo de minorías.

Entre las diferentes organizaciones internacionales que defienden, promueven y demandan la consulta previa como derecho fundamental, destacamos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), nacidas en el seno de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Es preciso tener en cuenta, que la CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³.

La CIDH tiene como propósito la protección y promoción de los derechos fundamentales de los americanos, la cual en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), es una institución del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos⁴.

Existen fuertes críticas en contra de CIDH, en razón de facultades no reconocidas en la Carta Constitutiva de la OEA, sobre todo en lo que tiene

³ <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/088.asp>

⁴ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>

que ver con su potestad de dictar medidas cautelares, en vista que no es un órgano jurisdiccional, señalándola así de tomarse atribuciones que solo le pertenecen a la Corte IDH, además de no tener autonomía para dictarse sus propias reglas⁵.

En todo caso, como es de suponerse, la CIDH siempre ha destacado la importancia de la consulta previa en virtud de la protección de los derechos de los indígenas, para cualquier decisión administrativa, judicial o legislativa, que de alguna forma pueda afectarlos.

Entre los muchos casos en donde la CIDH se ha visto obligada a intervenir, hemos querido destacar el siguiente:

INFORME N° 40/04. CASO 12.053. FONDO COMUNIDADES INDÍGENAS MAYAS DEL DISTRITO DE TOLEDO – BELICE. 12 de octubre 2004, en donde el Centro de Recursos Legales Indígenas y el Consejo Cultural Maya de Toledo, elevó una petición en contra del Estado de Belice, el cual, fue declarado responsable por la CIDH, de la violación de los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre, en vista de que dicho Estado, en lo concerniente al asunto de investigación, violó en perjuicio de los peticionarios el derecho a la propiedad “...*al otorgar concesiones madereras y petroleras a terceros, para utilizar los bienes y recursos que podrían quedar comprendidos por las tierras que deben demarcar, delimitar y titular o aclarar y proteger por otra vía, en ausencia de consultas efectivas y del consentimiento informado del pueblo maya*”.

Luego de la declaratoria de responsabilidad, la CIDH realiza una serie de recomendaciones al Estado de Belice, de acuerdo al análisis del caso en cuestión, entre las cuales destacamos:

1. Adopte en su legislación interna y a través de consultas plenamente informadas con el pueblo maya, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para delimitar, demarcar y titular o aclarar y proteger por otra vía el territorio en el cual el pueblo maya tiene un derecho de propiedad comunal, de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias de uso de la tierra y sin perjuicio para otras comunidades indígenas”.
2. Adopte medidas para delimitar, demarcar y titular o aclarar y proteger por otra vía las correspondientes tierras del pueblo maya, sin perjuicio para otras comunidades indígenas y, hasta tanto se adopten tales medidas, se abstenga de todo acto que pueda dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros actuando con aquiescencia o

⁵ http://issuu.com/elciudadano_ec/docs/4.-diferencias_entre_la_cidh_y_la_corte_idh_por_ap

tolerancia de éste, afecte la existencia, el valor, el uso o goce de los bienes ubicados en las zona geográfica ocupada y usada por el pueblo maya.

3. Repare el daño ambiental resultante de las concesiones madereras otorgadas por el Estado respecto del territorio tradicionalmente ocupado y usado por el pueblo maya.

Entendemos estas recomendaciones, las cuales resultan ser vinculantes para los estados miembros, como la exhortación cuasi obligatoria de un organismo internacional, a la protección de los derechos de una minoría de una manera permanente, en principio para que cese la trasgresión y después para que no se vuelva a presentar, sin dejar al margen la necesidad de la reparación, la cual se convierte en mitigación para la víctimas y sanción para el Estado infractor.

Por otro lado, a pesar de las críticas que en principio comentamos sobre su facultad de dictar medidas cautelares, la CIDH ha dejado un precedente importante sobre la protección fundamental de la consulta previa y demás derechos relacionados o conexos, el cual establece que en razón de la infracción o riesgo de la mismas, previa a la decisión final, se deben tomar medidas determinantes, para así evitar o ponerle fin a las conductas de transgresión.

Un ejemplo determinante son las cautelas implementadas por la CIDH en el caso de las Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingú, Pará, Brasil – MC 382/10, en donde a favor de esta minoría, la cual alegaba que su vida e integridad se encontraba en riesgo por el impacto que causaría la construcción de la *usina hidroeléctrica Belo Monte*, se decidió solicitar al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto o de cualquier otra obra sin antes:

- (1) realizar procesos de consulta, en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Brasil, en el sentido de que la consulta sea previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, en relación con cada una de las comunidades indígenas afectadas, beneficiarias de las presentes medidas cautelares; (2) garantizar que, en forma previa a la realización de dichos procesos de consulta, para asegurar que la consulta sea informada, las comunidades indígenas beneficiarias tengan acceso a un Estudio de Impacto Social y Ambiental del proyecto, en un formato accesible, incluyendo la traducción a los idiomas indígenas respectivos;...⁶.

Este modelo, no es otra cosa que el reflejo de la postura que está implementando la CIDH referente a la consulta previa en su análisis interpretativo

⁶ <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp>

de los tratados sobre el tema, convirtiéndose en defensora, junto con la Corte IDH, de las minorías en América, cuándo no encuentran eco en las organizaciones estatales internas, siendo éstas muchas veces, victimario y juez en las controversias.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La Corte IDH es un organismo autónomo que tiene como función principal la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través de su facultad jurisdiccional y consultiva⁷.

A diferencia de la CIDH, la Corte IDH puede juzgar, emitiendo autos y sentencias inapelables de cumplimiento obligatorio para los estados miembros, ya que es el máximo tribunal de justicia de aplicación de derechos fundamentales⁸.

Como uno de los tribunales internacionales de protección de derechos humanos, junto con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁹, en lo que concierne al tema, es la encargada de garantizar que los pueblos indígenas americanos sean consultados cuando la decisiones de los Estados los afecten. Por lo tanto, en diversos momentos la Corte ha tenido la necesidad de utilizar sus facultades jurisdiccionales e intervenir directamente en algunos eventos en donde se encuentra en peligro o se ha transgredido este derecho fundamental.

Son muchos los eventos en donde la corte a decido litigios que de una u otra forma afectan el derecho fundamental a la consulta previa, ordenando a los Estados tomar medidas para detener la transgresión y posteriormente evitar que vuelva a ocurrir, como es el caso Saramaka, en donde la Corte IDH ordeno al Estado de Surinam que consultara a su pueblo en los siguientes asuntos:

1. El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka;
2. El proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran;
3. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado;

⁷ <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/estatuto>

⁸ http://issuu.com/elciudadano_ec/docs/4.-diferencias_entre_la_cidh_y_la_corte_idh_por_ap

⁹ <http://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/index.html#4/z>

4. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres;
5. En relación con los estudios previos de impacto ambiental y social; y
6. En relación con cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro de, o que afecten, el territorio Saramaka¹⁰.

El objetivo de la Corte IDH con este tipo de decisiones es proteger de la manera más efectiva el derecho fundamental de las minorías, en este caso el de la consulta previa, a través de la aplicación a los convenios internacionales que con anterioridad los mismos países ratificaron, pero a diferencia de la CIDH, esta lo hace por medio de su poder coactivo.

Es importante advertir que las decisiones de la corte son vinculantes para con los estados miembros, los cuales aceptaron su jurisdicción, es decir, que están obligados a aceptar e implementar las medidas correspondientes, que sobrevienen de la providencia. A menos que por alguna razón se pretenda desconocer su control jurisdiccional, como ocurrió con Republica Dominicana, en donde el Tribunal Constitucional de ese país en 1999 lo decidió así, previo a una sentencia de la Corte IDH en donde declaraba al Estado Dominicano responsable por violación a los Derechos Humanos¹¹.

En lo que tiene que ver con Colombia, la Corte IDH en diversas ocasiones se ha pronunciado, debido al riesgo de quebrantamiento permanente de derechos a las comunidades indígenas en nuestro país.

Uno de estos casos, en donde a solicitud de la CIDH, la Corte IDH se pronunció ordenando al Estado medidas provisionales a favor de la comunidades Jiguamiandó y del Curbaradó, entre las cuales destacamos el derecho a la vida y a la integridad personal, debido al desplazamiento forzado y trabajo forzado en el cultivo en el 2001, en 1500 hectáreas ilegalmente ocupadas, las cuales pertenecen a estas comunidades. Lo realmente preocupante es que la empresa infractora URAPALMAS.A, logro estos objetivos con la ayuda de las fuerzas armadas y civiles armados¹².

Es por esto que la jurisdicción de la Corte IDH es tan importante, puesto que a través de sus providencias se pueden reconocer derechos que ante

¹⁰ http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm#_ftn9

¹¹ <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/el-retiro-de-republica-dominicana-de-corte-idh-carece-d-articulo-526464>

¹² <http://dplf.org/sites/default/files/1301680587.pdf> página 58 y 57.

las organizaciones estatales internas no se consiguen o se perpetúan en conseguirse, no pudiendo así cesar la infracción del derecho fundamental o alcanzar a que está no se dé; además que estas resultan de obligatorio cumplimiento.

¿Es vinculante la consulta previa según los organismos internacionales?

Comprendido lo expuesto, es preciso entrar ahora a analizar el carácter vinculante de la consulta previa entre los Estados y las comunidades protegidas, en el entendido de no haber llegado a un acuerdo entre las partes interesadas, demarcando las posibilidades con las que cuenta los gobiernos para asumir tan delicada situación.

Como no es posible, por lo menos en este caso, desarrollar en su totalidad los criterios establecidos por todos los organismos internacionales del caso, delimitaremos nuevamente nuestro rango investigativo.

Según lo comentado, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), en su Declaración, en relación a los pueblos indígenas, establece “*los casos en los que el Estado debe obligatoriamente obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas:*

- a) *Cuando se requiera el desplazamiento o traslado de sus tierras.*
- b) *En caso de depositar materiales peligrosos en sus territorios.*”¹³

Los que nos exhorta a entender, que según el juicio expuesto en la Declaración de las Naciones Unidas, artículos 10 y 29 numeral segundo, la ONU considera que no siempre es vinculante el resultado de la consulta, sino en los dos casos específicos a que hicimos referencia.

Por otro lado, de acuerdo al discernimiento de la Corte IDH plasmado en sus providencias, específicamente en el caso que ya habíamos analizado de Saramaka contra el Estado de Surinam, en sentencia del año 2008¹⁴, establece que los Estados deben consultar a los pueblos en decisiones que afecten:

- a) Los límites territoriales.
- b) El reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva.
- c) La adopción de medidas que reconozcan el derecho de consulta.

¹³ Cuadernos Democráticos – Consulta previa: Legislación y aplicación. Patricia Carrión. Pág. 11. Fundación Konrad Adenauer 2012. http://www.kas.de/wf/doc/kas_33688-1522-4-30.pdf?130304233905

¹⁴ CIDH, 2008: párrafo 17.

- d) El reconocimiento de titularidad de derechos colectivos sobre los territorios.
- e) La restricción de derechos de propiedad respecto de planes de desarrollo o inversión.
- f) Los resultados de estudios de impacto ambiental o social.

Sin embargo, la Corte IDH en la misma providencia afirma que “... cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones”¹⁵.

Por lo tanto consideramos, como es notorio, que el criterio de la Corte IDH, al igual del de ONU, es el de demarcar el carácter vinculante de la consulta previa parcialmente, es decir, en ciertos casos específicos, los cuales no coincidentemente, son aquellos macro proyectos con una posible afectación a gran escala, lo que no quiere decir que pequeños procedimientos en todos los casos no puedan causar problemas.

En conclusión, según estas dos organizaciones internacionales, la ONU y la Corte IDH, la consulta previa, en los casos ya antes mencionados, es siempre de obligatoria ejecución, pero la decisión tomada por los pueblos indígenas, tribales y demás comunidades protegidas, solo será de obligatorio cumplimiento o vinculación, en casos específicos donde se pueda demostrar una posible gran afectación de sus tierras, costumbres y demás derechos fundamentales.

Lo anterior, generan aún más interrogantes e inconvenientes, pues es muy complicado definir los límites en los cuales se vuelve vinculante o no la consulta previa, de igual forma es complejo establecer los mecanismos y organismos a los cuales acudir en el caso de un desacuerdo, y la delicada posición de los Estados en decidir ponderar entre los derechos de los pueblos protegidos y el desarrollo económico del país, sin caer en una eventual responsabilidad estatal.

Análisis jurisprudencial de la consulta previa

Analizando la Consulta previa desde una perspectiva jurisprudencial, teniendo por objetivo buscar respuestas a grandes interrogantes como lo son si la consulta previa es obligatoria y si el resultado de este mecanismo resulta vinculante para el estado colombiano.

¹⁵ Cuadernos Democráticos – Consulta previa: Legislación y aplicación. Patricia Carrión, p. 11. Fundación Konrad Adenauer 2012.

Para el desarrollo de este tema y poder encontrar solución a las preguntas anteriormente planteadas, es fundamental establecer con claridad que se entiende por consulta previa, concepto que ha sido expuesto en la Sentencia SU-039 de 1997 así: *“derecho fundamental, individual y colectivo de los grupos étnicos, mediante el cual estos pueblos pueden decidir sobre las disposiciones que los afectan directamente, esto con el propósito de conservar su integridad étnica, social y cultural de sus comunidades además de asegurar su subsistencia como grupo social”*.

Con la Constitución del 91 el estado colombiano incursionó en el mundo de las garantías constitucionales, y es a partir de este momento en que los jueces de la nación se ven en la obligación de empezar a pronunciarse sobre las garantías que el estado les ofrece a todas las comunidades del país.

Concerniente al tema que nos corresponde, fue la Sentencia T-428 de 1992 la que se convirtió en el precedente primario de la consulta previa, dotándola de la gran importancia que esta conlleva, idea que se desprende de las siguientes letras: *“aun cuando el interés general sea controvertido por una minoría, no significa que el interés general primará, pues el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual, la protección de los derechos NO está sometida al vaivén del interés general, sino al valor absoluto”*.

Siguiendo esta línea, en la Sentencia T-380 de 1993 se interpretó que los derechos de los grupos indígenas son diferentes de los derechos colectivos de los demás grupos, pues los grupos indígenas se convirtieron en sujetos de especial protección por parte de la constitución de 1991, por lo tanto estas comunidades poseen *el derecho fundamental a “subsistir”* y, una vez ocurrido esto, fue necesario aclarar que el mecanismo idóneo para que los grupos indígenas pudiesen reclamar ante los jueces el derecho a la consulta previa y el derecho a subsistir era la tutela, tal como lo dejó estipulado la Sentencia SU-383 de 2003.

Con el transcurrir del tiempo se fueron dejando claros los conceptos básicos para comprender todo lo que implicaba hablar de la consulta previa y se abrió paso a hablar sobre asuntos más técnicos, como lo es las etapas procedimentales mediante las cuales se surte dicha consulta. La sentencia SU-039 de 1997 señaló que el solo hecho de notificarle o informarle de un proyecto a la comunidad indígena no tiene el valor de consulta, por lo tanto de esta manera no se puede dar por surtido el trámite. Es necesario que se dé un proceso basado en el respeto y la buena fe, en el cual la comunidad afectada tenga pleno conocimiento del proyecto que se vaya a desarrollar, viéndose obligado el Estado a realizar investigaciones detalladas sobre el impacto real que tendría el proyecto sobre la comunidad indígena y sobre el medio ambiente, esta etapa es la denominada etapa pre-consultiva.

Seguidamente debe darse la etapa de concertación en la cual debe conformarse una mesa permanente, mesa que proporcionará a la comunidad indígena la oportunidad de ejercer una participación activa y efectiva en la toma de decisiones por parte del gobierno.

Posteriormente el Estado adoptará la decisión final que, en lo posible debe ser acordada y concertada con la comunidad indígena, que debe ser objetiva, razonable, proporcional a las necesidades del grupo consultado y desprovista de toda arbitrariedad o autoritarismo.

Más recientemente, la Sentencia T-769 del 2009 resaltó la función social que cumple la consulta previa, pues en ella se destaca que Colombia es un Estado que ha centrado sus bases en la participación democrática y el pluralismo, hecho que dota de una gran importancia en el marco social a dicho mecanismo, ya que se ha convertido en un medio de inclusión para las comunidades indígenas.

Para empezar a dar respuesta a la interrogante de si la consulta previa es o no obligatoria para el Estado colombiano, hay que hacer la aclaración de que SI es un deber del gobierno, ya que se encuentra consagrado tanto en la Constitución Política (artículos 2, 7, 63 y 330) como en el Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad.

Habiendo dejado en claro la obligatoriedad de orden legal que versa sobre la consulta previa, entraremos a estudiar en qué casos opera dicha obligatoriedad, aspecto en el cual la jurisprudencia no ha sido uniforme pues existen dos corrientes.

Bajo la óptica de la Sentencia C-030 del 2008, cuando la ley por su sentido general y abstracto afecta a la generalidad de los colombianos, no significa que deba operar la consulta previa, pues no se da una afectación directa. La consulta operará cuando de manera directa afecte a la comunidad, porque se le altere su status de persona, se le imponga un gravamen o una restricción o bien sea porque se le confiera un beneficio.

Si se hiciera una conclusión basada en el criterio de la Constitución y de la sentencia anteriormente mencionada, podríamos concluir que la consulta previa es obligatoria cuando nos encontremos frente a dos casos: primero cuando se trate de un proyecto que tenga por objeto la explotación de los recursos naturales en tierras de propiedad de las comunidades indígenas y, segundo, cuando se pretenda elaborar un proyecto de ley que pueda afectar en alguna de sus calidades a los grupos étnicos. Este último es el caso que no comparte la segunda corriente que ha desarrollado el tema de la obligatoriedad del mecanismo, pues vemos como la Corte Constitucional en la Sentencia C-169 de 2001 se aparta de este pensamiento, pues argumenta

que si bien la consulta debe llevarse a cabo cuando la situación afecte directamente a la comunidad indígena, esta condición se ve limitada a situaciones en las que se trate solo de explotación de recursos naturales y que no es obligatoria para la adopción de medidas legislativas, basándose en el tenor literal de la constitución en la que solo se precave el caso de la explotación de recursos en terrenos indígenas y en el argumento de que el Convenio 169 de la OIT en su artículo 34 establece un margen de discrecionalidad a los Estados para determinar las condiciones en las que dará cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan.

A modo de conclusión podemos decir que la línea jurisprudencial sobre la obligatoriedad de la Consulta Previa no es clara, pues aún es tema de debate en qué casos es forzosa la implementación de este mecanismo, caso distinto al que ocurre sobre el sentido vinculante de la consulta previa, pues la jurisprudencia es concisa al decir que el proceso consultivo debe estar compuesto por las etapas pre-consultiva, de concertación y de decisión final, decisión que debe de ser libre de cualquier vicio del consentimiento y basada en la buena fe y el respeto, otorgándole así al estado la libertad de tomar la decisión que estime conveniente, siempre y cuando se cumplan los requisitos antes mencionados y se ponga al servicio de la comunidad indígena todas las herramientas legales para atacar dichos actos administrativos por medio de las acciones correspondientes, entre las cuales se destaca la acción de tutela.

La consulta previa en su puesta en escena

Teniendo claro el concepto de la consulta previa, su categorización como derecho fundamental y la obligatoriedad que esta puede o no representar, la analizaremos desde su puesta en escena.

En entrevista realizada al líder indígena Cayetano Torres Izquierdo, delegado para los asuntos de consulta previa en las etnias Kogui y Arhuaca, quien figura como asesor para las comunidades indígenas que representa, manifestó que para ellos resulta más importante analizar la esencia y naturaleza de la consulta previa que los trámites legales de la misma, puesto que si bien a través de los diferentes escenarios académicos en los que ha participado, ha tenido conocimiento del asidero jurídico de la misma, de su procedimiento e importancia, incluso de su reconocimiento como derecho fundamental, esto no se desarrolla ni se hace cumplir.

La consulta para los pueblos indígenas históricamente ha representado la exaltación de la madre naturaleza y la jerarquía de las autoridades de las diferentes comunidades, ese magno respeto existente por el conocimiento y la experiencia de los diferentes líderes; es decir, en los diferentes cabildos las

decisiones de cualquier índole llevan el aval de su respectivo líder, quien sin obrar caprichosamente, sino objetiva y espiritualmente guía en la decisión que se le esté consultando.

Es decir, históricamente ellos han venido realizando consultas internas donde evalúan los daños medio ambientales, las conveniencias de las construcciones a realizar o los diferentes proyectos que puedan desarrollar, protegiendo siempre la conservación de la naturaleza; es decir, que no nace esta por un mandato constitucional sino por esencia de sus costumbres.

Esas consultas se realizan previamente a su ejecución, hecho que se estipuló de igual forma, en el procedimiento a seguir en la aplicación de la consulta previa. Sin embargo se realizan conforme lo expresa el señor Cayetano, con posterioridad a los daños más que como un método de prevención como un método de solución del daño ambiental después de haberlo causado, debido a que no están realizando las consultas que jurídicamente resultan un procedimiento excepcional pero que no se cumple, debido a que el gobierno o las entidades que lo aplican lo hacen más como un requisito de procedibilidad, el cual solo se convierte en una formalidad y no en la verdadera defensa y protección de un derecho fundamental como lo es la consulta previa para los diferentes grupos étnicos.

Teniendo en cuenta que cuando van a solicitar los diálogos con la comunidad ya el proyecto está listo y su ejecución próxima, recibiendo entonces la información de las comunidades como rituales de trámite y no de verdadero respeto por su opinión, la consulta previa tiene un fundamento legal importante el cual, según el entrevistado respalda con mucho apego y respeto, pero al no cumplirse se queda en letra muerta, ya que se les está desconociendo ese derecho, que para ellos más que un derecho hace parte de su forma de vida el consultar.

En los proyectos correspondientes a la Sierra Nevada de Santa Marta, han consultado con posterioridad a la ejecución del proyecto, y no por conveniencias sino por la reparación de los daños causados, lo cual ha llevado a los diferentes grupos indígenas a defender sus territorios y a la madre naturaleza por las vías de hecho con el propósito de que realmente sean respetados.

Demostrándose con ello que resulta, pues en el caso de los indígenas de la comunidad entrevistada un irrespeto con ellos y su cultura, ya que lo que han sugerido es la creación institucional de un organismo que les brinde mayores garantías e imparcialidad al momento de realizar las respectivas consultas.

La consulta previa desde la óptica de la doctrina

Según la doctrina colombiana podemos definir la consulta previa como el derecho de los pueblos indígenas a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que posibiliten una afectación directa, cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica garantizando el derecho a la participación según lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

Nuestro país actualmente padece una situación paradójica en lo concerniente a la consulta previa, puesto que sin duda alguna el mayor desarrollo sobre el contenido y los elementos del derecho se han dado por cuenta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debido a que es el organismo garante de los derechos fundamentales siendo uno de estos la cultura, llevando consigo a la tierra y a la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Afirma el doctrinante Gustavo Quintero Navas que la Corte Constitucional, le ha dado un alcance mayor a la consulta previa, fundamentando su posición en la interpretación de otros artículos adicionales al parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política¹⁶:

La aceptación y protección que la Carta otorga a la consulta previa es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, y es a su vez una forma de concreción del poder político que la Constitución promueve como valor fundamental del Estado. En este sentido, ha dicho esta Corporación que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, es expresión concreta del artículo 7 Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad, y de manera particular, de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios¹⁷.

Pero el inconformismo se presenta por la falta de implementación de una norma específica al tema, a pesar de la protección de marco constitucional que la salvaguarda, lo que termina trayendo como consecuencia la inaplicabilidad del derecho fundamental de los pueblos indígenas. Así mismo podemos enfatizar que existen muchas normas que traen consigo la con-

¹⁶ Gustavo Quintero Navas, Consulta previa a las comunidades indígenas, afrodescendientes y los pueblos tribales en Colombia: el papel garantista del juez constitucional.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-208 del 21 de marzo de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

sulta previa como prerrequisito para llevar a cabo un hecho, como lo son la Ley 99 de 1993, el Decreto 1397 de 1996 y el Decreto 1320 de 1998, entre otros.

Aduce la doctrina que: *“en Colombia se han creado espacios que buscan el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas o afrodescendientes, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, que funciona desde 1996 y que permite que los pueblos indígenas y sus organizaciones se reúnan regularmente con el Estado para negociar, concluir y revisar acuerdos de seguimiento de las decisiones administrativas y legislativas que los puedan afectar”*¹⁸.

De esta forma, si tenemos en cuenta que a la cabeza del sistema jurídico colombiano se encuentra la Constitución Política, definida como norma de normas en el artículo 4 de la propia Carta, la consagración constitucional de la consulta previa resulta trascendental en la medida que se trata de un mandato superior al que se encuentran obligadas las autoridades de la República pero finalmente podemos concluir que ese derecho que tienen estos pueblos en Colombia no se aplica como debe ser, puesto que no existe una norma que lo regule, lo que origina una situación de vulnerabilidad a los procesos emprendidos por el estado.

Conclusiones

Luego del estudio realizado y habiendo definido desde diferentes ámbitos respecto a que es la consulta previa, cuál es su importancia, de donde proviene, y de establecer que ésta es un derecho fundamental y que si bien es obligatoria su realización en la puesta en escena ocurren otro tipo de situaciones, tenemos una mayor claridad para asumir un punto de vista sobre la consulta previa.

Consideramos que cuenta con un asidero legal bastante consolidado y explícito, que solo necesita cumplirse tal y como está estipulado, para que se genere la defensa del derecho fundamental y se cumpla con el propósito para la que fue creada.

Sin embargo, a manera de solución proponemos la creación de entidades autónomas, encargadas de la regulación de las consultas previas que funjan como orientadores en la materia, vigilen su cumplimiento, y proporcionen mayores garantías, en las cuales, exista mayor objetividad y se puedan tener realmente en cuenta a las diferentes comunidades étnicas, sin estar

¹⁸ Colectivo de autores. El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas: la situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Perú: B - Oxfam, 2011. ProQuest ebrary. Web. 18 March 2016.

estas en una desventaja, puesto que por lo general son manipuladas o presionadas por quienes solicitan esas consultas, es decir, que exista una entidad que vigile la realización efectiva de las diferentes etapas de la consulta y que estas se cumplan para que realmente se tengan en cuenta los estudios realizados sobre los diferentes casos por los indígenas, para así ponderarlos con los estudios de los diferentes ingenieros o demás profesionales a cargo.

