

LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA

Natalia Orduz Salinas

DOCUMENTO DE TRABAJO ICSO – N° 3 / 2014

Santiago, Julio 2014

Este documento fue elaborado para el Proyecto “Elites: Discriminación y Reconocimiento” financiado por la Fundación FORD.

La consulta previa en Colombia.

Natalia Orduz Salinas

Abogada y consultora en temas de derechos de pueblos indígenas y biodiversidad

Resumen

En Colombia, el desarrollo de la aplicación del Convenio 169 de la OIT tiene algunas particularidades que plantean debates interesantes. Algunas de ellas son su antigüedad, pues lleva más de dos décadas de vigencia, la apropiación temprana por pueblos étnicos de sus posibilidades políticas y jurídicas, una Corte Constitucional garantista que ha llenado sus disposiciones de contenido y ha convertido el derecho a la consulta previa en indiscutiblemente obligatorio para medidas legislativas y administrativas, el aumento vertiginoso del número de consultas previas en los últimos años y la ausencia de una ley de consulta previa. Elementos del contexto han permeado la aplicación y debate del Convenio, en particular la adopción de un modelo de desarrollo nacional con fuertes intereses en explotación de recursos naturales en sus territorios; el conflicto armado cuyas dinámicas se entrecruzan con los intereses privados sobre los recursos naturales, y la crisis del derecho a la participación de otros sectores sociales frente a decisiones de desarrollo y ordenamiento territorial. Es así como el caso de Colombia da lugar a discusiones que en este texto apenas son ilustradas, como la relación de la consulta previa con el modelo de desarrollo, el ordenamiento territorial y otras formas de participación ciudadana y el carácter de la consulta previa como derecho fundamental o salvaguarda para otros derechos étnicos como la autonomía y el territorio.

1. Introducción

Este texto busca presentar una radiografía de la implementación del Convenio 169 en Colombia, de tal forma que pueda ser comparada con los procesos chileno y peruano. Para ello, cuenta con cuatro partes: primero, una breve presentación de datos clave sobre los pueblos indígenas y afrocolombianos –y un breve aparte sobre comunidades Rrom y gitanas- y sus sistemas organizativos. En segundo lugar, expone el contexto político y jurídico de aprobación del Convenio 169 y del nacimiento del reconocimiento constitucional de los derechos étnicos en Colombia. La tercera parte está dedicada a una descripción de los actores y debates actuales sobre la consulta previa, en donde está incluido un corto análisis de la consulta al actual Plan Nacional de Desarrollo,¹ y, por último, presenta dos casos concretos de consulta previa que pusieron a prueba algunos de sus puntos más álgidos.

1.1. Pueblos indígenas y su sistema organizativo

Colombia tiene, según el último censo nacional que data de 2005, una población indígena de 1,4 millones de habitantes, que representa el 3,43% de la nacional. En 2007, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) registró 87 pueblos distintos y 64 lenguas (DANE 2007). La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), en cambio, ha sostenido que se trata de 102 pueblos indígenas diferentes, cifra que reconoció el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.²

El bajo número de habitantes indígenas y el alto número de pueblos indica bajas poblaciones de cada pueblo. Esto es verdad, y en un nivel que las organizaciones han llamado fragilidad demográfica. Según la ONIC (2010), en el informe titulado “Palabra Dulce, Aire de Vida”, al menos 32 pueblos tienen menos de 500 habitantes. De estos, a 10 les quedan menos de 100 personas.

La ONIC atribuye el riesgo de exterminio físico y cultural de los pueblos principalmente al conflicto armado, al modelo de desarrollo sin consentimiento libre, previo e informado, y a la pobreza, el abandono institucional y la discriminación. La mayoría de estos pueblos viven en la Amazonia y Orinoquía, las zonas más despobladas de Colombia, pero crecientemente foco de atención por su potencial minero, en el primer caso, y agrícola y petrolero, en el segundo. La Corte Constitucional, a su vez, identificó 35 pueblos en riesgo de exterminio físico y cultural, sin embargo, solo uno de ellos, el nukak-makú, se encuentra en la lista de la ONIC.³

¹ La Corte Constitucional determinó que debe realizarse una consulta previa de todos los programas y proyectos del Plan Nacional de Desarrollo que pueda afectar de forma directa y específica a pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas (Sentencia C-461 de 2008). El gobierno actual realizó el primer proceso de este tipo en la historia colombiana.

² República de Colombia, Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014: prosperidad para todos. Tomo 1, pág. 91.

³ Corte Constitucional, Autos 004 de 2009 y 382 de 2010

Los pueblos indígenas de Colombia, a pesar de su enorme variedad lingüística y cultural y de su dispersión geográfica, han ido desarrollado desde los años setenta un movimiento político y organizativo nacional. Las organizaciones han defendido de manera constante que los principios del movimiento indígena son unidad, autonomía, cultura y territorio;⁴ la combinación de las primeras dos se traduce en que las reivindicaciones indígenas se presentan hacia fuera de forma unida, pero en el respeto, hacia adentro, de cada pueblo y de sus autoridades tradicionales.

Desde la colonia se han reglamentado instituciones de los pueblos indígenas, como los cabildos y los resguardos, que siguen existiendo con algunas normas nuevas.⁵ En 1974 fue fundado el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y ese mismo año, la Confederación Indígena Tayrona (CIT) en la Sierra Nevada de Santa Marta. En 1982 nació la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC).

En 1996, luego de un proceso de movilización política que incluyó la toma de la sede del Episcopado durante 43 días, representantes indígenas lograron concertar con el gobierno el espacio principal de diálogo directo de los pueblos indígenas con los ministerios del gobierno nacional llamado la Mesa Permanente de Concertación (MPC).⁶ Aquí tienen asiento los indígenas que participaron en la Asamblea Constituyente de 1991, los que son congresistas por circunscripción especial indígena⁷ y representantes de cuatro organizaciones que reúnen a la mayoría de pueblos y organizaciones del país: la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), a la cual están 48 organizaciones indígenas afiliadas, la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía (OPIAC), Autoridades Indígenas de Colombia (AICO) y la Confederación Indígena Tayrona (CIT).

Las sesiones de la MPC se suspendieron durante los ocho años del gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010). Sin embargo, después de que la Corte Constitucional declarara inconstitucionales algunas de las leyes promovidas por su gobierno, el de su sucesor, Juan Manuel Santos, ha tenido un movimiento muy activo en la Mesa, especialmente para la concertación de metodologías de consultas previas para leyes.

Allí se concertaron las rutas para las consultas del Plan Nacional de Desarrollo, Decreto Ley de Víctimas, Ley de Tierras y Desarrollo Rural, Código de Minas y Corporaciones Autónomas Regionales (autoridades ambientales del nivel regional) y se cerraron las consultas de las primeras dos con la firma de los acuerdos. En la concertación del Plan Nacional de Desarrollo se lograron 96 compromisos del gobierno con los pueblos indígenas y en la del Decreto Ley de víctimas, una norma con una visión intercultural de reparación y restitución de tierras (Decreto Ley 4633 de 2011).

⁴ Principios de la ONIC y Decreto Ley 4633 de 2011, artículo 4

⁵ Entre otros, ley 89 de 1890, Decretos 1088 de 1993, 1745 de 2002 y Corte Constitucional C-139 de 1996

⁶ Decreto 1397 de 1996

⁷ Un espacio de representación indígena en el Congreso a través de dos curules en el Senado y otra en la Cámara de representantes.

Pero, dos años después, los representantes indígenas han constatado que el gobierno no ha cumplido satisfactoriamente con las obligaciones que se desprenden de estas normas, por lo cual las sesiones de la Mesa fueron suspendidas a mitad de 2013. Este fue uno de los motivos para la convocatoria de la minga indígena, una movilización en todo el país durante dos semanas, que terminó con la firma de 26 acuerdos el 23 de octubre de 2013 en el Resguardo La María, en el departamento del Cauca.

1.2. Comunidades afrocolombianas y sus espacios representativos

La población afrocolombiana representa el 10.2% de la población colombiana. Hay estimaciones de que, formulada la pregunta de manera más precisa en el censo, el porcentaje sería considerablemente más elevado. El 79% de la población afro de Colombia vive en 8 departamentos de las costas Caribe y Pacífica (ODR 2010a). Dentro de la población afrocolombiana hacen parte grupos específicos, como los palenqueros de San Basilio de Palenque, cerca de Cartagena de Indias, que conservan una lengua vernácula, y los raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia que comparten su cultura con los pueblos de las Antillas.

Para la Corte Constitucional, “las comunidades afro nunca han sido representadas verdaderamente en las comisiones consultivas a nivel nacional y departamental”.⁸ Desde la expedición de la ley 70 de 1993, cuentan con derechos y espacios de participación a través de consejos comunitarios locales, consultivas departamentales y una consultiva de alto nivel. El gobierno reguló posteriormente las funciones de estos espacios y las formas de elección con las que operaron por varios años.⁹ Su desempeño, transparencia y legitimidad, sin embargo, fueron duramente cuestionadas por organizaciones afrocolombianas y ONG nacionales e internacionales,¹⁰ que hicieron, incluso, denuncias de corrupción.

En 2010, el Consejo de Estado anuló una parte importante de estas normas, porque involucraban en el proceso de elección “organizaciones de base” no previstas por la Constitución ni por la ley 70 de 1993 y que en la práctica, según el tribunal, estaban reemplazando a las comunidades. A pesar del fallo que declaraba que su elección no era legal ni legítima, el gobierno no inició ningún proceso de concertación con ellas para encontrar una nueva forma de representación y las comisiones siguieron funcionando. En 2011, por ejemplo, tomaron decisiones importantes para las comunidades afrocolombianas, como las metodologías y protocolizaciones de consultas del Plan Nacional de Desarrollo y el Decreto Ley de Víctimas (DL 4635 de 2011).

De forma paralela, existe un espacio nacional, no creado legalmente, pero donde confluyen organizaciones afrocolombianas, que tuvo una importante influencia en estas consultas y en otros

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-823 de 2012

⁹ Decreto 2248 de 1995 derogado por 3770 de 2008

¹⁰ Carta de organizaciones, académicos y activistas a Ministro del Interior y Justicia Germán Vargas Lleras del 22 de febrero de 2011.

http://www.wola.org/es/informes/la_corrupcion_no_puede_ser_tolerada_en_los_procesos_consultivos_con_las_comunidades_afrocol

procesos de incidencia y denuncia ante instancias nacionales e internacionales. Se trata de la Mesa de Organizaciones Afrocolombianas, conformada por el Proceso de Comunidades Negras (PCN), La Asociación de Afrocolombianos Desplazados (Afrodes), la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA) y el Movimiento Cimarrón.

Solo hasta enero de 2012, el gobierno hizo una convocatoria para nuevas elecciones de un espacio transitorio, con la finalidad de, entre otras, consultar proyectos de ley, y fijar el nuevo y definitivo mecanismo de participación.¹¹ Sin embargo, para la Corte Constitucional y para las comunidades negras, la resolución del gobierno no fue legítima, porque no fue consultada con las comunidades afrocolombianas y porque excluía a aquellas que no tuvieran títulos colectivos sobre su territorio. La Corte, entonces, consideró inconstitucional esta decisión del gobierno y ordenó que no fuera aplicada y que, en cambio, el gobierno realizara elecciones adecuadas teniendo en cuenta a todas las comunidades negras del país.¹²

En agosto de 2013 tuvo lugar el “Primero Congreso Nacional de Consejos Comunitarios” con más de 1500 participantes afrocolombianos. Como resultado, se formó la “Autoridad Nacional Transitoria” con 112 representantes afrocolombianos que deberá concertar con el gobierno, entre otras, un espacio para comenzar y finalizar las consultas previas que deben llevar a cabo directamente en las regiones y “organizar las rutas de Consulta Previa de los Proyectos de Ley o de iniciativas administrativas por parte del gobierno nacional”.¹³ Este espacio aun no ha comenzado a funcionar y subsisten desacuerdos dentro del movimiento afro sobre su legitimidad.

1.3. El pueblo Rrom

En Colombia hay una tercera etnia a la que le ha sido reconocido el derecho a la consulta previa: el pueblo Rrom o gitano. De carácter nómada, tiene una población de apenas 5 mil habitantes según el Censo de 2005 y 8 mil según sus propias organizaciones y está disperso en diferentes ciudades del país. Los gitanos han reivindicado el Convenio 169 de la OIT y el Estado ha reconocido su aplicación.

Aunque este texto se enfoca principalmente en comunidades indígenas y afrocolombianas y en la relación de la consulta con sus derechos territoriales, considero importante presentar algunos rasgos del pueblo Rrom dado que también les aplica el Convenio 169 de la OIT.

¹¹ Ministerio del Interior, Resolución No. 0121 del 30 de enero de 2012

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-823 de 2012

¹³ Choco.org, conclusiones del primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano y Raizal. Véase http://www.choco.org/index.php?option=com_content&view=article&id=603:conclusiones-del-primer-congreso-nacional-autonomo-del-pueblo-negro-afrocolombiano-palenuero-y-raizal&catid=39:informativo-choco&Itemid=70 recuperado el 15 de octubre de 2013

En Colombia, el censo de 2005 arrojó que viven en el país 4847 personas del pueblo Rrom, pero la organización Proceso Organizativo del Pueblo Rrom de Colombia afirma que son 8000. Según el censo, el 77% de las personas Rrom habla aun su idioma, el rromanés, que es uno de los elementos centrales de su identidad étnica.

A diferencia de los pueblos indígenas y comunidades negras, la cultura del pueblo Rrom es nómada. Para los gitanos, el territorio no necesariamente es geográfico, sino que está determinado por su lengua, usos y costumbres. Existen lugares, especialmente barrios en algunas ciudades, en donde los Rrom han hecho una apropiación simbólica y en donde viven y circulan sus comunidades, llamadas *kumpania*, rodeadas de un amplio y variable ámbito donde realizan actividades comerciales y culturales. Los Rrom enfrentaron las motivaciones asimilacionistas del Estado colombiano anterior a la Constitución de 1991 con silencio, pero sin frenar la reproducción de su cultura. Después de reconocida la diversidad cultural en la Constitución de 1991, conformaron organizaciones para reivindicar sus derechos colectivos como pueblo étnico. En 1998 fue fundado el Proceso Organizativo del Pueblo Rrom de Colombia. Ese mismo año, el Ministerio del Interior expresó¹⁴ que a este pueblo le aplica el Convenio 169 de la OIT por tener una organización tribal y por existir antes de la conformación de la República (Gómez-Baos 2010).

El reconocimiento de los derechos establecidos en el Convenio 169 abrió el conducto para el diálogo con el Estado. En 2010, en concertación con los Rrom, el gobierno expidió el Decreto 2957 que establece “un marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico Rrom o gitano”, en donde se reconocen sus propias normas y tribunales y valores culturales. Además, se establece ahí una Comisión nacional de diálogo para la interlocución del Estado con los Rrom, en donde fueron concertadas las formas de realizar las consultas del Plan Nacional de Desarrollo y del decreto de víctimas (DL 4634 de 2011), pues el conflicto armado colombiano limitó de forma notable la movilidad de los Rrom y con ello, una de sus principales características culturales.

1.4. Indicadores socioeconómicos y geográficos

Los grupos indígenas y afrocolombianos presentan indicadores de pobreza y educación, entre otros, muy inferiores a la población no étnica. El 6,5% de la población no étnica tuvo algún día de ayuno previamente a la realización del censo. En cambio, 17% de los indígenas y 15% de la población negra o afrocolombiana vivió un día de hambre. El 54% de los mestizos vive debajo de la línea de pobreza: el mismo indicador aplica para el 61% de la población afro y el 63% de la indígena. Bajo la línea de miseria vive el 18,6% de la población mestiza, el 21,4% de la afrodescendiente y el 47,7% de la población indígena.¹⁵ El Observatorio de Discriminación Racial (ODR 2009a y b) ha estudiado cómo estos índices obedecen a razones étnico- raciales y no solamente a que los pueblos étnicos habitan las zonas más pobres del país.

¹⁴ Ministerio del Interior, Oficio DGAI 0864 del 20 de febrero de 1998

¹⁵ ODR y ONIC, op.Cit.

La ubicación geográfica de pueblos indígenas y afrocolombianos, sin embargo, los hace especialmente vulnerables a los grupos armados y a múltiples conflictos socioambientales. En la mayoría de los casos, se trata de corredores estratégicos de armas o droga y casi siempre de lugares privilegiados por los recursos naturales que hoy están bajo la mira de empresas y del gobierno. En palabras de la antropóloga Margarita Serje, “pasaron de estar en los confines del país, a donde los desplazaron a sangre y fuego a estar hoy las zonas de futuro económico”.¹⁶

Como lo narran Rodríguez y Orduz (2012a), frente al caso de los indígenas embera katio y la construcción de una represa inconsulta Urrá en su territorio:

fue claro que el litigio sobre la consulta era apenas un hilo de un tejido intrincado que entrelazaba los procesos medulares de la violencia y la disputa por la tierra y los recursos naturales en la Colombia de las últimas dos décadas: el ascenso del paramilitarismo y su penetración en la política; el involucramiento profundo de las FARC en el narcotráfico y en la lucha por controlar los lugares de cultivo y transporte; el desplazamiento forzado y la usurpación de la tierra; la complicidad de amplios sectores del empresariado rural con el despojo y la violencia; la carrera por los recursos naturales en un país que gira hacia una economía mineroenergética; y el impacto trágico de todo lo anterior sobre los pueblos indígenas. Sus territorios, cultura y vida misma penden hoy de un hilo por encontrarse en medio del fuego cruzado, habitando los territorios de frontera de donde habían sido expulsados por olas anteriores de colonización y de violencia, y cuyos recursos hoy todos codician.

2. Contexto de aprobación del Convenio 169 en el país y reconocimiento de derechos de pueblos étnicos

1991 es el año de quiebre fundamental en la forma como el ordenamiento colombiano reconoce a los pueblos étnicos. Es el año de la Constitución actual y de ratificación del Convenio 169 de la OIT.

Hasta ese momento, la visión estatal no se diferenciaba de la asumida por el Convenio 107 de 1957 de la OIT, reemplazado en 1989 por el 169, que resumía una mirada asimilacionista frente a los indígenas. En Colombia, la ley 89 de 1890 se titulaba “por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, que rigió el tema durante todo el siglo XX y sigue aun vigente, aunque la Corte Constitucional declaró inconstitucionales algunos apartes (entre ellos, el título).¹⁷

Para la investigadora Beatriz Eugenia Sánchez (2010), fueron tres los aportes fundamentales indígenas que impregnaron la nueva Constitución. De un lado, un documento presentado por la ONIC, llamado “La Colombia que queremos” que cuenta con principios de democracia pluralista. De otro lado, una propuesta del Congreso Nacional Indígena, que además postuló a Francisco

¹⁶ Entrevista a Margarita Serje, 2 de mayo de 2013, Bogotá

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-139 de 1996

Rojas Birry a la Constituyente, quien fue elegido. Por último, un texto que ponía énfasis en la diversidad, de Lorenzo Muelas, candidato de AICO y también ex constituyente.

El texto constitucional colombiano fue pionero en América Latina en el reconocimiento de los derechos de pueblos étnicos. El primer artículo define a Colombia como un Estado pluralista y el séptimo describió la nación como pluriétnica y multicultural. Estableció que las lenguas indígenas son oficiales en sus territorios y que la educación debe ser bilingüe. Además, creó el derecho de los pueblos a hacer justicia con normas y procedimientos propios y fijó el carácter perpetuo de los resguardos indígenas. En todo caso, en la Constitución quedó consignado que los recursos del subsuelo son del Estado. Por esta razón, los pueblos indígenas, aunque dueños de su territorio, no tienen autonomía plena para decidir el futuro de estos.

El término `consulta previa´ no aparece textualmente en la Constitución. No obstante, el párrafo del artículo 330 expresa que

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.

La Constitución colombiana, además, hace prevalecer en el ordenamiento los tratados de derechos humanos importantes. La Corte Constitucional incluyó al texto constitucional el Convenio 169 de la OIT.

Sin embargo, en la Constitución, quedaron algunos temas importantes solo enunciados para que fueran regulados con posterioridad. De un lado, la creación de una ley que otorgara a las comunidades afrocolombianas que habían ocupado colectivamente las zonas rurales de los ríos de la Cuenca del Pacífico la propiedad colectiva de estas tierras y definiera los mecanismos de protección de su identidad cultural. Apenas dos años después se le dio cumplimiento a este artículo con la expedición de la Ley 70 de 1993.

De otro lado, la Constitución establece que Colombia es un Estado descentralizado, conformado por entidades territoriales que se gobiernan por autoridades propias, administran recursos, establecen impuestos y participan en las rentas de la nación. Las entidades son los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. Estos últimos, sin embargo, están sujetos a su conformación por ley, lo cual, hasta hoy, no ha ocurrido. En caso de que dicha ley no se expidiera, la Constitución previó una alternativa. Su artículo 56 transitorio definió que, mientras tanto, el gobierno podría dictar normas fiscales para el funcionamiento de estos territorios como entidades territoriales. Solo hasta 2013, como uno de los acuerdos que resultaron de la minga indígena, los pueblos y el gobierno concertaron darle cumplimiento a este artículo. Para ambas partes, se trató de un acuerdo histórico.

3. Desarrollo del derecho a la consulta previa en Colombia

Desde 1991 ha sido la Corte Constitucional la pionera en la exigencia de la consulta previa para medidas que puedan afectar a los pueblos étnicos y en la fijación de sus alcances jurídicos. Los fundamentos de la mayor parte de las decisiones de la Corte residen en la importancia que la Constitución le da a la diversidad étnica y cultural de la Nación. El gobierno nacional ha actuado casi siempre de manera reactiva frente a los fallos del Alto Tribunal y el Congreso de la República no ha tratado el tema.

3.1. Los lineamientos de la Corte

Antes de pronunciarse sobre consulta previa en 1997, la Corte desarrolló una jurisprudencia sobre la “importancia y especial protección que la Constitución contempla para los pueblos indígenas”,¹⁸ a través del reconocimiento de sus derechos colectivos –que son del sujeto colectivo y no una suma de individuos¹⁹ – entre otros a la propiedad,²⁰ la integridad cultural y étnica, y la posibilidad de tener autoridades, normas y procedimientos judiciales propios, entre otros.²¹ En lo que sigue, presentaré una descripción breve frente a los desarrollos jurisprudenciales sobre i. proyectos de extracción de recursos, ii. leyes y iii. derechos humanos de los pueblos étnicos.

3.1.1. Consultas previa para proyectos de aprovechamiento de recursos naturales

En materia de consultas previas para proyectos de desarrollo, la jurisprudencia de la Corte se puede dividir en dos etapas importantes. La primera, entre los años 1997 y 2009 y la segunda, desde entonces.

El primer momento consistió en el reconocimiento de la consulta como derecho fundamental que puede ser exigido a través de la acción de tutela –el mecanismo judicial más ágil para la reclamación de derechos fundamentales-. En los casos que revisó en este lapso, la Corte exigió el cumplimiento de la consulta como un mecanismo para escuchar las posiciones de las comunidades afectadas, pero dejando siempre por fuera de su alcance la decisión final. La Corte determinó que en caso de no llegar a acuerdos, el gobierno debía decidir la viabilidad de la medida “sin arbitrariedad ni autoritarismo”. Durante estos años, la Corte estableció varios principios para la consulta previa, como por ejemplo que debe ser realmente previa a la toma de decisiones que afecten a los pueblos étnicos, de buena fe, con respeto a usos y costumbres de cada pueblo indígena, con sus autoridades representativas y exigible siempre que se afecte su territorio, incluso cuando este no haya sido titulado.²²

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-482 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Ver además:

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-188 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

²² Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. De este lapso de tiempo véanse, además, las sentencias T-652 de 1998, C-891 de 2002, C-418 de 2002, SU-383 de 2003 y

De forma paralela, en Colombia y en el mundo se mantenía vibrante el debate sobre el consentimiento libre, previo e informado; la pregunta sobre cuál es el alcance de la consulta previa y si la posición de los pueblos étnicos es o no vinculante y en qué casos. Después de que la Corte Interamericana introdujera la exigencia del consentimiento en la decisión de *Saramaka vs. Surinam*, la Corte Constitucional colombiana también lo hizo y fijó en 2009 un nuevo estándar. Desde entonces, la segunda etapa de la jurisprudencia constitucional colombiana admite el consentimiento cuando la medida es de tal magnitud o impacto que pueda poner en riesgo la supervivencia misma del pueblo. En palabras de la Corte:

- 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.²³
- (...) como manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: **(i)** impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; **(ii)** estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(iii)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.²⁴

3.1.2. Consultas de medidas legislativas

La Corte también ha desarrollado una jurisprudencia importante sobre consulta previa de medidas legislativas. Hasta el año 2008 predominó el principio de que la consulta es obligatoria antes de que el proyecto de ley ingrese al Congreso, pero que el gobierno es flexible para determinar cómo la hace y que, en todo caso, no está obligado a llegar acuerdos. Hasta ese momento, no declaró inconstitucional ninguna norma por ausencia de consulta previa.²⁵

En el año 2008, sin embargo, la Corte presentó lineamientos más precisos, cuando por ausencia de consulta previa comenzó a declarar inconstitucionales normas de iniciativa del gobierno de Álvaro

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-129 de 2011

²⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-169 de 2001, C-891 de 2002 y T-382 de 2006

Uribe Vélez como la Ley Forestal, el Estatuto de Desarrollo Rural y la reforma al Código de Minas – aunque a esta le dio una constitucionalidad de dos años-.²⁶

En estas sentencias, la Corte determinó que hay leyes de carácter general que afectan a los pueblos étnicos en cuanto tales, es decir, que pueden generar cambios positivos o negativos en su identidad cultural. En estos casos, el gobierno está obligado a consultar estas leyes y a acordar las metodologías de consulta en espacios apropiados, como la Mesa Permanente de Concertación.

Como consecuencia, el gobierno de Juan Manuel Santos ha sido más cuidadoso en la expedición de leyes que requieran consulta previa y la realizó para el Plan Nacional de Desarrollo y para la normatividad sobre víctimas indígenas, afrocolombianas y gitanas.

A pesar de este estándar alto, de manera paralela, la Corte revisó la constitucionalidad de varios tratados internacionales, incluidos algunos de libre comercio, en los que estableció que cuando las medidas son demasiado generales no deben consultarse. Sin embargo, la aplicación concreta de políticas, programas o proyectos que se desprendan de estos tratados y que afecten directamente a pueblos étnicos, sí tendrán que serlo antes de su diseño y ejecución.²⁷

A pesar de que ha sido una de las principales aliadas de pueblos étnicos en la defensa de sus derechos, en 2013, una sentencia de la Corte despertó el rechazo explícito y unánime de organizaciones indígenas y afrocolombianas que expresaron en un comunicado a la opinión pública. Se trata de una sentencia que determina que solo desde 2008, año en que se estableció una jurisprudencia precisa sobre consulta previa para leyes, es exigible este derecho para medidas legislativas. Además, hace explícito que no se requiere el consentimiento, ni el acuerdo, dado que en el Congreso, los pueblos tienen representantes indígenas que continúan el debate.²⁸

Al respecto, los pueblos indígenas y afros consideran que esta es una forma de blindar el Código de Minas de 2001 que no fue consultado y que “este cambio en el precedente constitucional carece del nivel y rigor argumentativo, va en detrimento del principio de progresividad y no regresividad. Así mismo, viola el principio de armonización de la legislación nacional con los estándares internacionales”.²⁹

²⁶ Corte Constitucional Sentencias C-030 de 2008, C-461 de 2008, C-175 de 2009 y C-366 de 2011

²⁷ Corte Constitucional, Sentencias C-715 de 2008, C-608 de 2010, C-915 de 2010, C-941 de 2010, C-027 de 2011, C-187 de 2011, C-196 de 2012, C-317 de 2012

²⁸ C-253 de 2013

²⁹ ONIC y las organizaciones del pueblo Negro, Afrocolombiano, Palenquero y Raizal, el Proceso de Comunidades Negras (PCN), la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA) y la Asociación Nacional de Afrocolombianos Desplazados (AFRODES), Comunicado de las organizaciones indígenas, afrocolombianas a la opinión pública por la regresividad de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la protección de derechos de los pueblos indígenas, 7 de octubre de 2013

3.1.3. Derechos humanos

La Corte Constitucional ha sido la entidad estatal que ha elaborado los diagnósticos más certeros sobre la preocupante situación de derechos humanos de los pueblos indígenas y comunidades negras: describe cómo los pueblos étnicos han sido víctimas en proporciones mayores que el resto de la población colombiana del conflicto armado y cómo este se relaciona con los intereses legales e ilegales sobre sus territorios y recursos. La Corte reconoce los efectos colectivos de las violaciones a los derechos de los pueblos étnicos, que trascienden el ámbito individual y arriesgan, por ejemplo, las culturas, las lenguas y las formas organizativas. Por eso, señala que estos se encuentran en un estado de alto riesgo de exterminio físico y cultural.³⁰

Finalmente, la Corte muestra cómo conflicto armado e intereses legales e ilegales sobre recursos naturales tienen relaciones complejas en los territorios que amenazan directamente a los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas. La consulta previa tiene, entonces, una importante relación con esta extrema vulnerabilidad en medio del conflicto armado. Para la Corte:³¹

La importancia de la realización del proceso de consulta previa con los grupos étnicos afectados cuandoquiera que se pretenda adelantar proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios, también se deriva de la necesidad de prevenir el desplazamiento forzoso de estos grupos como consecuencia de la implementación inconsulta de proyectos lesivos de su integridad étnica. En este sentido la Corte Constitucional ha expuesto que "la observancia estricta de esta modalidad de participación preocupa a la comunidad internacional, en razón de que los efectos de la minería y de los grandes proyectos inconsultos que se adelantan en los territorios indígenas '(..) amenazan con desplazar o ya han desplazado a cientos de miles de indígenas y tribus (..) de su hábitat.¹⁹

3.2. Los desarrollos del gobierno

En Colombia existen, entonces, estándares sobre consulta previa tomados del derecho internacional y/o desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero no ha sido promulgada una norma con procedimientos concretos.

El gobierno ha intentado llenar este vacío de diferentes formas. En el año 1998 expidió el Decreto 1320 que reglamenta la consulta para explotación de recursos naturales en su territorio a través de un procedimiento muy rápido, en donde el gobierno se limita a certificar la presencia de comunidades étnicas y a participar en una reunión de consulta previa.

³⁰ Corte Constitucional, Autos 004 y 005 de 2009

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2008. Cita Agenda Internacional, Burger Julián, responsable del programa a favor de los pueblos indígenas en el Centro de Naciones Unidas por los Derechos Humanos, en "Estado de los Pueblos" Cultural Survival 1993, edicions bellaterra 2000, Barcelona. Y Sentencia SU-383 de 2003.

La Corte Constitucional ha señalado en revisión de casos concretos que este Decreto no cumple con los estándares de consulta previa, además de que no fue consultado.³² Pero como solo puede declarar inconstitucionales leyes, el Decreto se sigue aplicando.

En el año 2007, Colombia fue uno de los 11 Estados que se abstuvieron de votar la Declaración de las Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas en la asamblea de la ONU. No obstante, en un discurso en abril de 2009 en una reunión de avances sobre la Conferencia de Durban contra el racismo, el gobierno le dio a la Declaración su apoyo “unilateral”. Subrayó que no es vinculante, pero sí una “importante hoja de ruta”.³³

El 26 de marzo de 2010, el gobierno de Uribe expidió la Directiva 01 que regula la consulta previa con un alto nivel de detalle. Establece ahí las situaciones que requieren consulta y hace explícitas las que no, determina las etapas de la consulta, su carácter no vinculante sin excepciones y la responsabilidad del proponente de la medida de financiar el proceso. Organizaciones de derechos étnicos han considerado ilegítima la directiva, porque, como el Decreto 1320, no fue consultada y es restrictiva. Sin embargo, el carácter jurídico de la directiva hace que no se pueda impugnar ante ninguna Corte, pero en la práctica es la que hoy siguen los funcionarios del gobierno para desarrollar las consultas previas.

En 2013, el gobierno intentó avanzar con protocolos regionales de consulta previa, concertados con autoridades de pueblos de diferentes regiones. El primero sería en la Sierra Nevada de Santa Marta con los pueblos arhuaco, kogui, kankuamo y wiwa, organizados para asuntos políticos en el Consejo Territorial de Cabildos. Este proceso se inició en mayo de 2013. Las autoridades indígenas expresaron que se trataba de un protocolo de relacionamiento entre gobierno y gobierno e invocaron carácter intocable de los sitios sagrados. Desde entonces, sin embargo, el proceso no ha tenido avances significativos.

Con todo, el gobierno emitió en noviembre de 2014 el decreto 2613 que busca más sincronía y coordinación entre las instituciones para avanzar con los llamados Proyectos de Interés Nacional o Estratégicos (PINES). Entre otras, establece el momento en el que deben hacerse las certificaciones de pueblos étnicos en los territorios donde se pretenden ejecutar los proyectos. En todos los casos previstos, de hidrocarburos, transmisión y generación de energía e infraestructura, la verificación de si hay o no comunidades étnicas se realiza después de tomada la decisión de ejecutar el proyecto. Este decreto, como el 1320 de 1998 no fue consultado y por lo tanto no tiene legitimidad en las comunidades étnicas.³⁴

³² Corte Constitucional, Sentencia T-652 de 1998

³³ Ministerio de Relaciones Exteriores, Intervención de la Viceministra de Asuntos Multilaterales, Adriana Mejía Hernández, con ocasión de la Conferencia de examen de Durban, Ginebra, 21 de abril de 2009

³⁴ Baquero, Carlos Andrés, Y ahí vuelve la burra al trigo, En Semana.com, 31 de enero de 2014

4. Análisis de actores y debates

En la consulta previa, probablemente más que en la gran mayoría de instituciones jurídicas y políticas, confluyen actores, visiones del desarrollo, espacios y normas supremamente diversos.

4.1. Actores relevantes

El debate interno está necesariamente permeado por las normas, directrices, recomendaciones y otros pronunciamientos de órganos internacionales provenientes de las Naciones Unidas, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos o de organismos multilaterales como el Banco Mundial. Además, tanto ONG tanto étnicas como no, y entidades del gobierno reciben un importante apoyo económico de cooperación internacional.

De las Naciones Unidas, el seguimiento a la consulta previa ha venido principalmente del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, quien elaboró un informe en 2004³⁵ y otro en 2010³⁶. Ambos informes declaran que “la situación de los derechos humanos de los indígenas de Colombia es grave, crítica y profundamente preocupante” (Ibídem).

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha avanzado tras la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones y razones para las mismas le han servido de fundamento en sus propios fallos, a pesar de que la Corte regional no ha decidido ningún caso de consulta previa de Colombia.

En el ámbito interno, los actores que participan en el debate varían dependiendo del escenario, que puede ser las consultas propiamente dichas, los puntos de incidencia o de definición del alcance del derecho de la consulta previa, y la prensa y opinión pública.

En la ejecución de las consultas previas de proyectos locales, el responsable es el gobierno, en particular la dirección de consulta previa del Ministerio del Interior que ha sido muy inestable: entre 2012 y 2013 tuvo cuatro directores diferentes. Las consultas de medidas legislativas las gestionan las Direcciones de Asuntos Indígenas y de Asuntos para Comunidades, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.

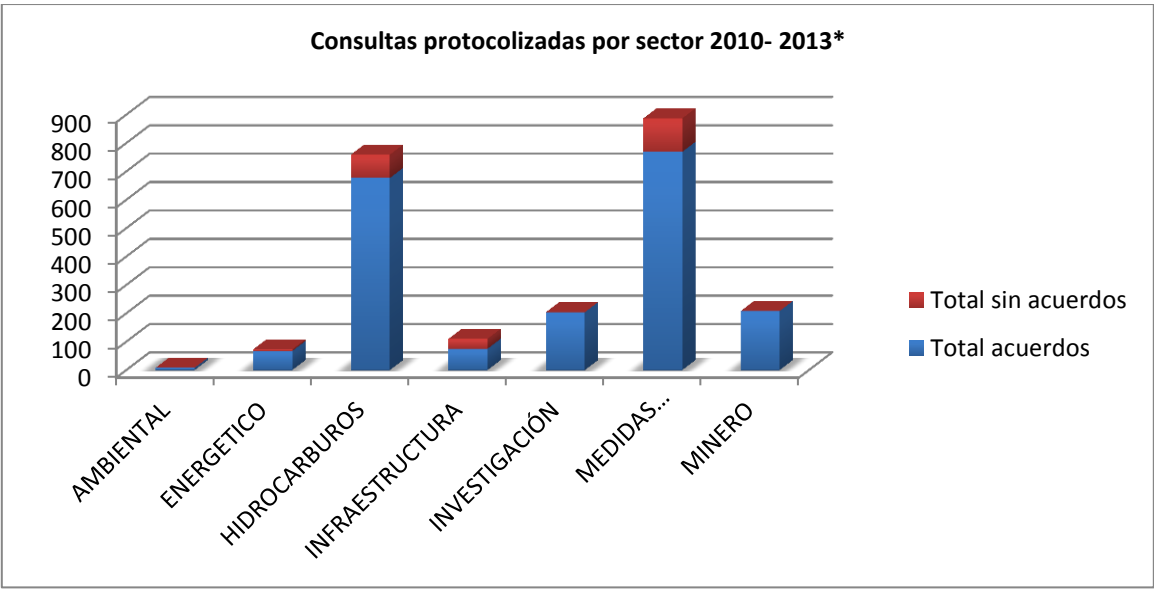
El costo de la realización de consultas previas de proyectos locales es alto y el gobierno nacional no lo asume, salvo que el proyecto sea de su propia iniciativa. La Directiva 01 de 2010 determina que son “las entidades, organismos, empresas o titulares de proyectos” quienes deben financiar todas las actividades de la consulta previa.

³⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Colombia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, 2004

³⁶ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Colombia, Sr. James Anaya, 2010

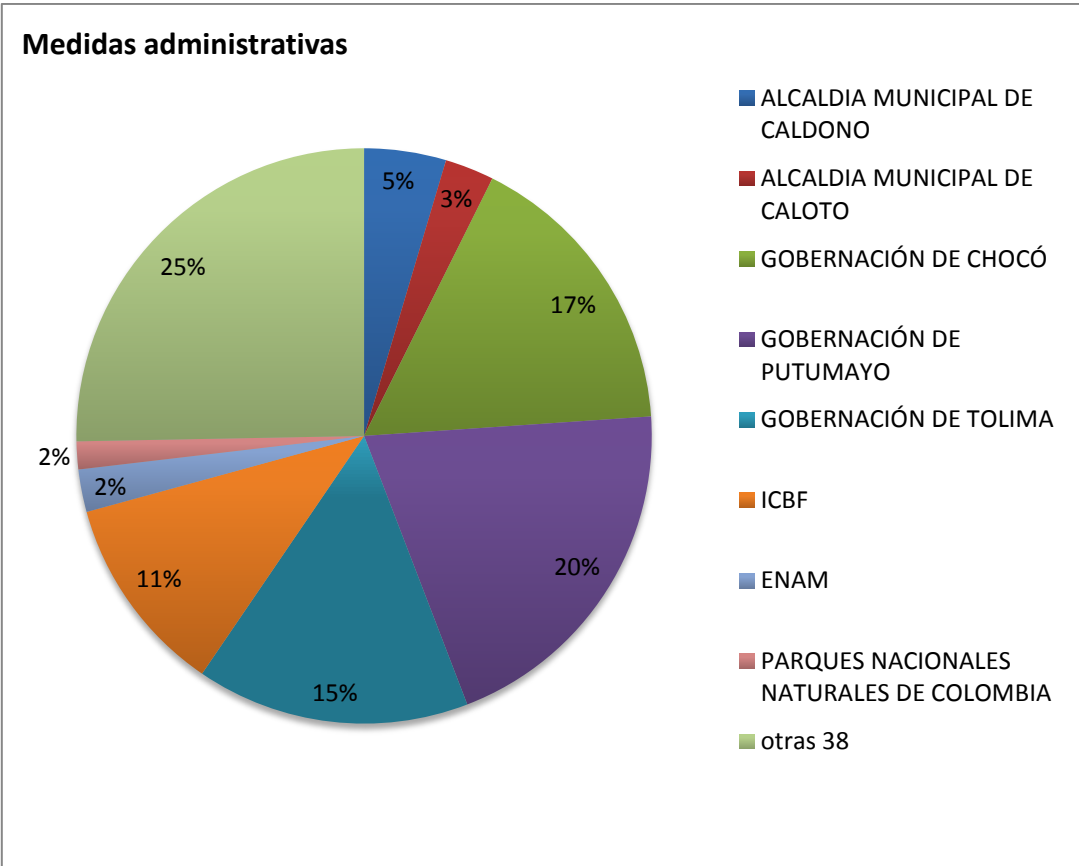
Esto implica que el relacionamiento y nivel de acompañamiento del gobierno con cada proceso de consulta previa no es constante, sino que con frecuencia se limita a las ocasiones formales o solemnes en donde hay reuniones que requieren actas. Talleres, trabajo de campo y otros de espacios de diálogo los desarrollan directamente las empresas con los pueblos étnicos. En ocasiones, dependiendo de la disponibilidad de recursos y del personas a cargo, las consultas son acompañadas por los organismos de control, como la Defensoría del Pueblo o Personeros, o por organizaciones de la sociedad civil u organizaciones indígenas.

De las consultas realizadas entre 2010 y mayo de 2013, la gran mayoría fueron para medidas relacionadas con la administración pública e hidrocarburos (Ver gráfica 1).



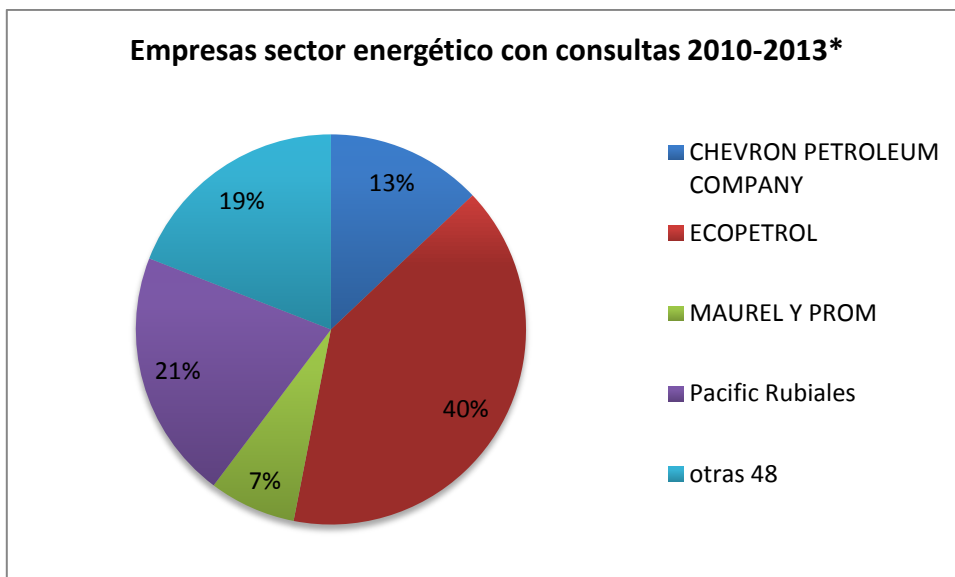
Gráfica 1. Elaborada por Natalia Orduz con datos del Ministerio del Interior 2010 a mayo de 2013

De las entidades públicas, no ha sido uniforme el número de consultas en todas las regiones ni en todos los sectores. Por ejemplo, las gobernaciones de Chocó –departamento con la mayor población afrocolombiana del país- y del Putumayo – que tiene una importante población indígena- han realizado un porcentaje alto de las consultas desde los órganos públicos entre 2010 y mayo de 2013 (ver gráfica 2).



Gráfica 2. Elaborada por Natalia Orduz con datos del Ministerio del Interior 2010 a mayo de 2013

Por su parte, dentro del sector privado, la mayoría de consultas provienen del sector de hidrocarburos. De este, el 93% de las consultas han sido realizadas por 4 empresas, mientras el otro 7%, por 48. Estas cuatro son Ecopetrol, Pacific Rubiales, Chevron Petroleum Company y Maurel, y Prom.



Gráfica 3. Elaborada por Natalia Orduz con datos del Ministerio del Interior 2010 a mayo de 2013

Los espacios de incidencia y definición del alcance del derecho sobre consulta previa en Colombia son variados. Los juzgados han sido tal vez uno de los más importantes, en particular, la Corte Constitucional que ha asumido una interpretación del derecho menos legalista y formalista y más basada en principios y valores. Esta forma de interpretar entra ampliamente en contraste con la cultura jurídica que ha predominado por décadas en las facultades de derecho y en los juzgados y que hasta ahora ha comenzado a cambiar (López 2012). Esto explica en gran medida por qué muchos casos sobre consulta previa son fallados en contra de pueblos étnicos en primeras instancias y luego a favor cuando son seleccionados por la Corte Constitucional, que incorpora en su razonamiento el alcance de principios generales como la el respeto y protección de diversidad étnica y cultural y el valor que esta tiene para el interés general de toda la nación. Apenas en los últimos años, jueces de las primeras instancias han aplicado los principios de consulta y han protegido este derecho.³⁷

La defensa de derechos étnicos de la Corte no ha sido promovida de manera unánime por todos los magistrados. Algunos han tenido un liderazgo en su definición y alcance y han dejado precedentes importantes para la jurisprudencia futura. Entre ellos, Ciro Angarita, quien fue el pionero en la definición de Colombia como país multiétnico;³⁸ Eduardo Cifuentes, que continuó su legado de analizar a los pueblos como sujetos colectivos, en especial en el desarrollo del carácter de la propiedad del territorio y en sentar bases para la jurisdicción especial indígena;³⁹ Rodrigo Escobar Gil, autor de la sentencia que define los estándares principales para consultas de

³⁷ casos recientes en donde jueces regionales han defendido el derecho a la consulta previa son, por ejemplo, el de “la pudrición del cogollo” narrada abajo, pero también los casos sobre consulta previa para dos proyectos ecoturísticos en Parque Nacional Tayrona proferidos por el Tribunal de Magdalena Administrativo de Magdalena (11 de enero de 2013 y 11 de febrero de 2013)

³⁸ Véase por ejemplo, Corte Constitucional T-428 de 1992

³⁹ Corte Constitucional, T-330 de 1993 y T-254 de 1993

medidas legislativas;⁴⁰ Manuel José Cepeda, ponente de los Autos 004 y 005 de 2009,⁴¹ que definen las causas del riesgo de exterminio físico y cultural de los pueblos indígenas y la situación de extrema vulnerabilidad de las comunidades afro, respectivamente, y le ordena al gobierno medidas para combatirlas; y Nilson Pinilla, quien fue el primero en incorporar el derecho al consentimiento libre, previo e informado, aunque decidió por razones procesales controvertidas en otro caso contra del pueblo wiwa en la tutela por construcción inconulta y en pleno conflicto armado de la represa El Cercado en su territorio.⁴²

En los casos de tutela y de demandas de inconstitucionalidad de leyes participan actores diversos que presentan argumentos distintos. Por ejemplo, la academia y las organizaciones sociales han jugado un papel determinante a través de la elaboración de *Amicus Curiae*. Cuando en el año 2009 el gobierno nacional y la empresa Muriel Mining pidieron a la Corte anular la decisión⁴³ de un caso presentado por la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, en la que el tribunal por primera vez en la historia exigió el consentimiento libre, previo e informado, hubo una avanzada de organizaciones y universidades que enviaron sus escritos a la Corte, entre ellas la Universidad de Harvard y la Universidad Diego Portales de Chile y varias organizaciones nacionales. La Corte se mantuvo firme y la ambiciosa mina de cobre, oro y otros minerales en el Cerro Careperro, en territorio indígena y afrocolombiano está suspendida.⁴⁴

Los escenarios políticos en donde se define el alcance de la consulta previa han sido, entre otros, las sesiones de la Mesa Permanente de Concertación en donde se han definido las rutas metodológicas para las consultas legislativas hasta ahora; los espacios con organismos internacionales, como las visitas del Relator de las Naciones Unidas, y por supuesto, discusiones de normas sectoriales que podrían afectar el derecho a la consulta previa.

Organizaciones de la sociedad civil han sido muy importantes en el acompañamiento de pueblos étnicos en la defensa de sus derechos. La mayoría tiene varias líneas de acción en donde se destacan actividades de investigación y denuncia, construcción de capacidades y acompañamiento jurídico, entre otras. Algunas de ellas son el Centro de Cooperación al Indígena (Cecoin)⁴⁵ que tiene una de las centros de documentación más completos de procesos políticos de los pueblos indígenas, la Comisión Colombia de Juristas (CCJ)⁴⁶ el Instituto de Estudios de Desarrollo y Paz (Indepaz),⁴⁷ el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia)⁴⁸, Tierra Digna⁴⁹ y la

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2008

⁴¹ Como parte de los Autos de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 que declara el Estado de Cosas Inconstitucional por la situación de desplazamiento forzado

⁴² Véanse Corte Constitucional, Sentencias T-769 de 2009 y T-154 de 2009

⁴³ Véase Corte Constitucional, Auto 053 de 2012 que resume las distintas intervenciones

⁴⁴ Corte Constitucional, Auto 053 de 2013

⁴⁵ <http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/>

⁴⁶ <http://www.coljuristas.org/index1.php?idioma=es&grupo=1>

⁴⁷ <http://www.indepaz.org.co/>

⁴⁸ <http://www.dejusticia.org/>

⁴⁹ <http://www.tierradigna.org/>

Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes).⁵⁰ La mayoría de estas organizaciones no se dedica de forma exclusiva a la defensa de derechos étnicos, sino que tiene esta como una de sus líneas de acción. Por lo tanto, el número de personas dedicadas al tema desde la sociedad civil no es muy alto, ni tiene gran rotación.

Desde la Academia, Gloria Amparo Rodríguez de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario ha impulsado el tema desde finales del siglo pasado. La Universidad de los Andes trabaja el tema desde las clínicas de Derechos Humanos Grupo de Derecho de Interés Público y Justicia Global y Derechos Humanos. La Universidad Nacional también ha incursionado en el tema, por ejemplo, recientemente a través de la organización de un diplomado de consulta previa para el Ministerio de Ambiente a finales de 2013. En Medellín, la Universidad Eafit hace seguimiento constante al tema.

Organizaciones internacionales como Oxfam, la Agencia de la ONU para Refugiados y la MAPP/OEA tienen un papel relevante en territorio, así como la iglesia católica en algunas regiones y organizaciones cercanas como la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz y el Programa por la Paz de la Compañía de Jesús. Financiadores del trabajo de la comunidad civil son El Reino de los Países Bajos, la Fundación Ford, la Agencia Española de Cooperación Internacional, USAID, entre otros.

Por su parte, el sector empresarial también está muy interesado en el tema de consulta previa. El Instituto de Hidrocarburos, Minas y Energía –IHME- y la Universidad Sergio Arboleda, reunieron a distintas empresas para analizarlo. Del encuentro resultó un estudio que no cuestiona el carácter fundamental del derecho a la consulta previa, pero sí la incertidumbre jurídica que hay alrededor de ella principalmente por “falta de reglas jurídicas, exceso de discrecionalidad, los sesgos temáticos de las sentencias y las debilidades institucionales” y los riesgos que esta genera para las empresas, sobre todo cuando, después de autorizado un proyecto por parte del gobierno, una decisión judicial lo suspende.⁵¹

poco se habla de los impactos de estos fallos judiciales en cuestiones como los sobrecostos operacionales, los efectos reputacionales, el incumplimiento de términos contractuales establecidos con el Estado, la alteración de cronogramas, el replanteamiento de arreglos con terceros proveedores de bienes y servicios, la sensación de inseguridad jurídica en la inversión al desarrollo, la modificación de estilos de vida de comunidades enteras, etcétera.

En Colombia, la mayoría de empresas privadas hacen parte de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), que ha ido aglomerando los gremios que existían. La ANDI tiene una gran capacidad de cabildeo e incidencia en la definición de políticas públicas.

⁵⁰ <http://www.codhes.org/>

⁵¹ Universidad Sergio Arboleda e Instituto de Hidrocarburos, Minas y Energía –IHME. S.f. Elementos para la formulación de una política pública en materia de consulta previa en Colombia.

Existen otras agremiaciones importantes como la Federación Nacional de Cultivadores de Aceite (Fedepalma). La gran minería tiene su propio espacio en la Asociación del Sector de la Minería a gran Escala de la cual hacen parte multinacionales como por ejemplo AngloGold Ashanti Colombia.

Colombia actualmente se encuentra en un proceso de definición de políticas mineras y agroindustriales y ambas tienen mucho que ver con la consulta previa. Ambos sectores empresariales se encuentran a la espera de una normatividad pendiente sobre estas materias, dado que la Corte ha declarado inconstitucionales por consulta previa las normas que han intentado darles contenido, entre ellas, la ley forestal, el Estatuto de Desarrollo Rural y la reforma al Código de Minas.⁵²

Los gremios tienen una importante capacidad de cabildeo frente al Congreso y el gobierno los escucha con atención. Con respecto a la consulta previa, el año pasado el Presidente de la República expresó lo siguiente en la Asamblea de Afiliados de la ANDI:

Las consultas previas con las audiencias públicas, es un dolor de cabeza enorme, las consultas previas se han vuelto un negocio para muchos grupos que van a, prácticamente, a chantajear al Estado, a exigirles toda clase de retribuciones para poder hacer esa consulta previa por eso también estamos buscando la forma y lo vamos, ya tenemos un decreto para hacer eso, para reglamentar la forma como se surten esas consultas previas y no permitir esa indefinición permanente que también dan pie a ese tipo de chantajes.⁵³

Las empresas se organizan también en grupos empresariales. En ellos, no pierden su autonomía jurídica y financiera, pero son dirigidas de forma grupal por unos pocos empresarios que generalmente son sus accionistas mayoritarios. Estos propietarios no solo concentran mucho dinero, sino también poder, dado que controlan sectores tan variados como la industria, el sistema financiero y los medios de comunicación. Por ejemplo, Luis Carlos Sarmiento Angulo quien es clasificado por la revista Forbes⁵⁴ como el rico número 82 del planeta, es dueño del grupo Aval, del que hacen parte numerosos bancos y un fondo de pensiones. Además adquirió el diario de mayor circulación en Colombia, El Tiempo y ha incursionado en el negocio de Palma de Aceite en la Orinoquía.

La Asociación Nacional de Instituciones Financiera (ANIF) convocó a un concurso para obtener el premio “Luis Carlos Sarmiento Angulo – Anif” a quien escribiera el mejor ensayo académico que identifique y encuentre soluciones a los “los cuellos de botella que impiden una mejor gestión de la infraestructura de Colombia” entre ellos, “la relación con las minorías y las etnias, donde el tema de la “consulta previa” está teniendo particular dificultad”.⁵⁵

⁵² Sentencias C-030 de 2008, C- 175 de 2009 y C-366 de 2011

⁵³ Palabras del Presidente Juan Manuel Santos en la clausura de la 69ª Asamblea de Afiliados de la Asociación Nacional de Empresarios (Andi), 17 de agosto de 2013

⁵⁴ Véase <http://www.forbes.com/profile/alejandra-santo-domingo-davila/> recuperado el 27 de febrero de 2014

⁵⁵ Véase <http://anif.co/sites/default/files/uploads/Premio-LCSA-Temas0613.pdf> recuperado el 23 de noviembre de 2013

La preocupación porque la consulta previa está siendo un cuello de botella la acogió el gobierno nacional en un documento de política pública del Consejo Nacional de Política Pública Económica y Social que afirmó en agosto de este año lo siguiente, refiriéndose a los sectores mineros, de hidrocarburos e infraestructura: “las principales dificultades que afectan la agilidad y viabilidad del desarrollo de los proyectos en estos sectores, son, entre otros: la adquisición de predios, la consulta previa a comunidades, los permisos y trámites ambientales, las relaciones con las comunidades de las regiones (...)”.⁵⁶ Poco después, el gobierno expidió el decreto mencionado arriba para consulta previa de los Proyectos de Interés Nacional o Estratégicos.

Varios de los medios de comunicación masivos hacen parte de los grupos empresariales. El de Ardila Lülle maneja una de las cadenas radiales y de televisión más populares, RCN, y Santo Domingo, es dueño del segundo diario más leído, El Espectador. El nivel de análisis e interés sobre derechos étnicos de la mayoría de medios masivos en Colombia es relativamente bajo. Muchos de ellos concentran sus noticias en temas de interés de la capital y algunas ciudades intermedias, pero no tanto en enfoques regionales y periféricos. La mayoría de columnistas de opinión, por ejemplo, son de Bogotá. El tema de la consulta previa salta a la vista cuando entra en choque con intereses económicos o políticos poderosos y con frecuencia, en forma de crítica hacia el derecho étnico.

Existen, sin embargo algunas excepciones de periodismo independiente, como La Silla Vacía, un portal virtual que presenta análisis de temas políticos y recientemente abrió la sección La Silla Minera que revisará temas relacionados con minería y conflictos socioambientales, y Verdadabierta.com que hace investigación profunda y en terreno sobre conflicto armado y víctimas.

La ciudadanía en Colombia, en especial la urbana y joven, es bastante apática con respecto a los pueblos étnicos. Las pocas notas periodísticas que muestran la difícil situación que viven son mucho menos divulgadas por las redes sociales que las que denuncian otros temas. La explicación para esto no es sencilla, pero puede residir en que la educación urbana incluye pocos temas relacionados con pueblos étnicos y más con valores y culturas occidentales. Esto se exagera en los colegios privados de élite, muchos de ellos internacionales, en donde poco se aprende de historia colombiana.

A esto se suma que desde los años noventa viajar por Colombia a los ciudadanos urbanos les ha sido impedido primero por la guerrilla, luego también por los paramilitares –muchos reorganizados actualmente en bandas criminales o neoparamilitares-. Una gran parte de la juventud urbana, por tanto, no parece haber desarrollado una sensibilidad o sentido de identidad o solidaridad con los pueblos étnicos.

⁵⁶ Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento Conpes 3762, 20 de agosto de 2013

4.2. Los debates

Dado que en Colombia no hay ley de consulta previa, pero sí una considerable exigencia de su cumplimiento y una extendida práctica de consultas, se ha expandido la idea, por parte de actores no indígenas, que la gran mayoría de problemas relacionados con la consulta previa se resolverían legislándola de forma adecuada.

La visión más común sobre la consulta previa que han ayudado a propagar tanto gobernantes como medios de comunicación en los últimos años, es la consulta previa como un i. requisito para proyectos y leyes, que por ii. no estar regulada, es iii. un caos en la práctica y por lo tanto, iv. un freno al desarrollo.

La posición opuesta del debate, defendida normalmente por pueblos étnicos y activistas de derechos humanos es que la i. consulta previa no es un requisito formal, sino un derecho sustantivo y por lo tanto no debe hacerse como un trámite, ii. que una ley no necesariamente resuelve los problemas, porque la flexibilidad para cada caso es importante, y porque podría ser restrictiva con respecto a los principios que ya guían la práctica de la consulta previa, que iii. si es un caos, parte de la responsabilidad es del gobierno por no tomarse en serio su obligación y no tener instituciones y funcionarios aptas para ello, y iv. que no debe realizarse solo para la última fase de concreción de un proyectos o de una ley, sino para el diseño mismo del modelo de desarrollo nacional y regional y de esa manera se concertaría la visión multicultural que promete la Constitución.

En lo que sigue planteo algunas de las discusiones más comunes y representativas de la consulta previa en Colombia a través cuatro preguntas.

4.2.1. ¿Freno al desarrollo?

En una de mis clases de teoría del derecho en una prestigiosa universidad de Bogotá, dos estudiantes expusieron ante el curso una discusión de multiculturalismo a través de las reparaciones étnicas y la consulta previa. Los estudiantes no habían tenido más contacto con el tema que un par de lecturas sugeridas por mí. Su opinión, por lo demás, tenía la influencia de los medios de comunicación y las conversaciones de otras personas en espacios sociales. Entre los dos hubo una división de opiniones que reflejó muy bien el estado del debate en Colombia. Frente al dilema de que un pueblo estuviera a punto de extinguirse y se enfrentara a un proyecto de infraestructura en su territorio, un estudiante expresó que “el desarrollo tiene costos” y sugirió que la pérdida de un pueblo indígena podía ser uno de ellos. El otro joven no estuvo de acuerdo y manifestó que el consentimiento de los pueblos no debía exigirse solo cuando estuvieran al borde del abismo, sino mucho antes, porque de lo contrario, perderíamos nuestra historia y nuestras culturas.

El debate corriente sobre la consulta previa es muy parecido, el de la gente que no es indígena o no es activista. Y la influencia de medios y gobernantes es notable. En febrero de 2012, por ejemplo, la revista *Semana*, la más leída en Colombia sobre actualidad política –y cuyo director es primo hermano del Presidente de la República–, publicó que “los abusos y negligencias para cumplir con el requisito de consultar a las minorías étnicas han sido el verdadero palo en la rueda del desarrollo del país.”⁵⁷ Por su parte, el diario más expandido en Colombia, *El Tiempo*, tituló un año después “Consultas con minorías étnicas ‘paralizan’ la agenda estatal” y citó al entonces Ministro de Agricultura Juan Camilo Restrepo quien afirmó que las consultas se convirtieron en algo “laberíntico, interminable y costosísimo que ha hecho crisis”.⁵⁸

Como telón de fondo del debate de los últimos años, está el Plan Nacional de Desarrollo del actual gobierno que determina un crecimiento económico, fundamentado en gran medida en lo que llamó las locomotoras minero energéticas. Sus metas de extracción de recursos se multiplicaron frente a las cifras anteriores y con base en ellas, el gobierno comenzó un fuerte proceso de reestructuración administrativa para lograr más eficiencia en la concesión de permisos para estos proyectos.

Este Plan de Desarrollo fue el primero en la historia que contó con una consulta previa (Rodríguez y Orduz 2012b). Con todo, el proceso es muy dicente sobre la forma en que se comprende cómo los pueblos tienen influencia en definición de un modelo de desarrollo.

El antecedente crucial de esta consulta fue, otra vez, la sentencia de la Corte Constitucional que se pronunció sobre el Plan de Desarrollo del gobierno anterior. Aunque no lo declaró inconstitucional, por ausencia de consulta previa suspendió todos los proyectos, programas que afectaran directamente a los pueblos étnicos, hasta que fueran debidamente consultados.

Santos, el Presidente, aprendió la lección y convocó a la Mesa Permanente de Concertación. Los indígenas presentaron un documento llamado “Plan Integral de Pervivencia y Permanencia de los Pueblos Indígenas” con su propuesta para ser incluida dentro del Plan, como un capítulo indígena. Exponían ahí una serie de principios y de medidas sobre territorio, autonomía, cultura, seguridad alimentaria, salud, educación y comunicaciones. Este documento había sido elaborado por una metodología acordada en la MPC, que consistía en reuniones regionales en donde representantes de los pueblos llevaban sus propuestas.

El gobierno respondió en la MPC punto por punto la mayoría de las propuestas indígenas. En casi todos los casos, las rechazó por diferentes motivos. Uno de ellos era porque contradecían las bases del plan. En otras palabras, que las abstractas bases del Plan de Desarrollo están por fuera de la órbita de la consulta y no pueden ser contradichas por lo que se acuerde en ellas. Esto

⁵⁷ *Semana.com*, El dilema de la consulta previa, 12 de febrero de 2012. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-dilema-consulta-previa/254088-3> el 15 de octubre de 2013

⁵⁸ *El Tiempo*, Consultas con minorías étnicas ‘paralizan’ la agenda estatal, 9 de febrero de 2013.

plantea el debate sobre si la participación de los pueblos indígenas en las decisiones nacionales sobre desarrollo.

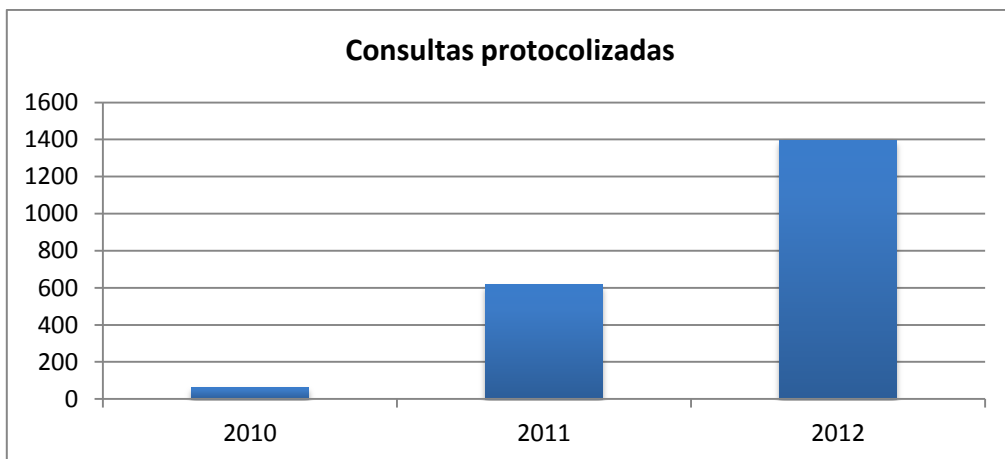
Uno de los puntos que el gobierno argumentaba que no podían ir en contra de las bases del Plan Nacional de Desarrollo eran las propuestas de los indígenas sobre minería. Ellos exigían la derogatoria de todos los proyectos de explotación de recursos naturales, incluidos los mineros, que no se habían consultado y la prohibición de la explotación minera a mediana y gran escala en territorios indígenas. El gobierno no estuvo de acuerdo.

Los representantes indígenas, entonces, dejaron constancia en un pronunciamiento firmado y entregado al gobierno el día de la protocolización de esa consulta que los megaproyectos mineros representan un “riesgo para la supervivencia física y cultural por las siguientes razones: impactos ambientales profundos que amenazan los medios de subsistencia (...), atracción de presencia de grupos armados legales e ilegales con sus consecuencias: restricciones a la movilidad de los indígenas, posibilidad de enfrentamientos armados (...) destrucción de sitios sagrados” , entre otras.⁵⁹

Con todo y la falta de acuerdo sobre un tema tan importante, la consulta previa se dio por surtida. Al final hubo 96 acuerdos sobre otros aspectos que fueron integrados al Plan Nacional de Desarrollo. Sin embargo, esta consulta plantea interesantes interrogantes: ¿debe buscar la consulta previa a un plan de desarrollo consensos sobre formas de comprender el desarrollo o se agota con la inclusión de planes especiales para poblaciones étnicas?

En todo caso, el número de consultas previas sobre planes o proyectos específicos relacionados con pueblos étnicas ha crecido vertiginosamente. A pesar de que los medios de comunicación han mostrado una arremetida pública contra la consulta previa, las cifras no parecen mostrar tantas dificultades (Gráfica 4).

⁵⁹ Carta firmada por delegados indígenas de la Mesa Permanente de Concertación al entonces Ministro del Interior, Germán Vargas Lleras, 25 de enero de 2011.



Gráfica 4. Realizada por Natalia Orduz con datos del Ministerio del Interior.

4.2.2. ¿Medidas abstractas o concretas?

En Colombia se está abriendo camino desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la práctica del gobierno, que la consulta previa solo se debe realizar en caso de medidas que afectan directa y concretamente a los pueblos indígenas. La Corte Constitucional, por ejemplo, al analizar varios tratados de libre comercio que se lograron sin consultas previas, estableció que estos no tenían que consultarse, pero que las medidas concretas que se derivaran de él, sí tendrían que serlo antes de ejecutarse.

Solo en algunos casos la Corte ha visto una conexión de medidas abstractas con afectación directa. Uno de estos es el caso de la incorporación de UPOV 1991, la última norma de derechos de obtentores de variedades vegetales. En este caso, la Corte consideró que afectaba directamente a los pueblos y la declaró inconstitucional.

Los pilares, o mejor dicho, el tronco -para tener una metáfora-, del modelo de desarrollo escapan a la participación de pueblos indígenas. Las ramas que los afectan directamente, en cambio sí se consultan. En la práctica, el resultado ha sido que el número de consultas es supremamente elevado. Algunas importantes consecuencias de esta proliferación de consultas previas son las siguientes:

Como lo muestra la gráfica 3, hay algunas empresas que se han especializado en realizar consultas y las hacen masivamente. Entre ellas, por ejemplo, la empresa Pacific Rubiales que ha criticado la lentitud del gobierno en la expedición de licencias ambientales.⁶⁰ La experticia de las empresas de las dinámicas locales de los actores y sus necesidades, de los gobernantes locales y los medios de comunicación, les dan una ventaja con respecto a las comunidades que el gobierno mismo parece no poder balancear, debido a su debilidad institucional.

⁶⁰ La Silla Vacía, El debate sobre las licencias ambientales express, 6 de mayo de 2013

Otro riesgo grande es que la proliferación de las consultas previas para cada proyecto concreto implica la inversión y movilidad de recursos y, en ocasiones, un incentivo para prácticas corruptas. No existen pruebas de que existan hechos de corrupción en la inmensa mayoría de las consultas, si bien el gobierno ha sostenido públicamente que de forma permanente ocurren chantajes y prácticas cuestionables. Sin embargo, un caso ha opacado el panorama: se trata de Rosita Solís, una mujer afrocolombiana que ha logrado ocupar numerosos puestos representativos de las comunidades negras y ser una de las más experimentadas interlocutoras con el gobierno. Solís ha estado envuelta en numerosos escándalos por sacar provecho propio de varios procesos de consultas tanto locales, a través de asesorías, como de leyes, a través de viáticos y otros montos de dinero. Organizaciones de comunidades afrocolombianas, como el PCN han criticado su labor y destacado que no representa a las comunidades negras.⁶¹

La proliferación de las consultas para cada medida concreta tiene un tercer riesgo: el altísimo costo político para los pueblos étnicos, y económico para las empresas y para el gobierno, en los casos en los que los pueblos tienen objeciones de fondo o definitivamente se oponen a la medida o proyecto consultado. Esto ocurre porque el momento de la consulta se realiza una vez las decisiones de fondo ya están tomadas, sin consulta, y solo falta su realización como último paso de la aprobación del proyecto. Es decir, cuando el gobierno ya ha decidido de antemano el tipo de desarrollo que prevé para la región y sus prioridades o cuando un proyecto ya ha sido diseñado, financiado y contratado y la consulta previa queda como un requisito al final del proceso. Es sobre estos casos, minoritarios en las cifras, que el gobierno y los medios de comunicación hablan del “palo en la rueda del desarrollo”. El problema, entonces, de esta fragmentación y proliferación de las consultas lleva a que el “no” es extremadamente costoso.

Además, desde el punto de vista interno de los pueblos, la cantidad de consultas previas en su territorio los está desbordando. En palabras de Cayetano Torres, indígena arhuaco, “se volvió consultitis, otra pandemia social, procedimientos que usurpan los espacios y tiempos culturales. Parece que fuera otra forma de exterminio de los pueblos”.⁶²

Para los pueblos de la Sierra, sigue Cayetano, la “la consulta parece que estuviera formulada para que el indígena diga sí o sí; se trata de visiones irreconciliables, para occidente “la forma de seguirle haciendo daño a la tierra”, pero para los indígenas, “la tierra es la madre.”

4.2.3. ¿La consulta frente a la crisis del derecho a la participación?

La ausencia de consulta previa ha resultado eficaz para que la Corte declare inexecutable algunas leyes. Por lo tanto, muchas leyes que la ciudadanía considera inconstitucionales por otros motivos o inconvenientes –por ejemplo ambientales– son demandadas con el fundamento de la consulta previa y no por las demás razones de fondo. Ejemplos de lo anterior son la reforma al

⁶¹ La Silla Vacía, Rosita Solís, el dolor de cabeza de los grandes proyectos del Gobierno, 29 de marzo de 2013

⁶² Entrevista a Cayetano Torres, 4 de mayo de 2013, Casa Indígena Santa Marta

Código de Minas y la Ley que adopta UPOV 1991 (derechos de obtentor sobre variedades vegetales). Estas dos leyes despertaban gran rechazo social, más allá de las cuestiones étnicas por parte de, por ejemplo, sectores rurales campesinos, ambientalistas, de derechos humanos y otros. Sin embargo, su fundamento para demandarlas no fue otro que el de consulta previa, porque ha funcionado en la práctica. En ambos casos, la Corte les dio la razón y las leyes fueron declaradas inconstitucionales.

En el plano de proyectos locales, la consulta previa también ha sido el mecanismo más eficaz para, si bien no detener, sí desacelerarlos y dar un compás de espera para algún tipo de debate, de movilización social o de estudio o difusión de riesgos. La consulta se ha vuelto entonces un arma de varios movimientos sociales. Pero poco a poco, se hace evidente que es de doble filo, porque en el largo plazo su uso puede saturarse y perder legitimidad.

Una razón para lo anterior es que los demás mecanismos de participación en Colombia están bastante debilitados en la práctica, aunque existen variadas herramientas jurídicas. Las comunidades campesinas, por ejemplo, han sido marginadas de la mayoría de los debates por no tener el carácter “étnico”. Varias decisiones importantes sobre el futuro de los recursos naturales se han tomado en el Congreso o en el gobierno sin debates previos que busquen fuertes consensos sociales.

El gobierno ha reglamentado directamente –no a través del legislativo– temas clave sobre participación y toma de decisiones sobre recursos naturales. En consecuencia, estas decisiones no tienen la legitimación del debate democrático y tampoco son controlables por la Corte Constitucional. Es así como, por ejemplo, el gobierno nacional le quitó a las autoridades regionales la capacidad de tomar cualquier decisión de ordenamiento territorial relacionada con la minería. En otras palabras, ni alcaldes, ni gobernadores locales democráticamente elegidos pueden tomar decisiones sobre estos asuntos sin autorización del nivel central.⁶³

Un ejemplo reciente sobre la crisis de los mecanismos de participación es el del caso de “Piedras”. A principios de 2013, el alcalde de Piedras, un pequeño municipio de población no étnica en donde se proyecta una de las minas más grandes de oro de la Anglo Gold Ashanti en el mundo, convocó a una consulta popular, que es un mecanismo constitucional de participación, para que la población votara si estaba a favor o en contra del proyecto minero. El 99% de la gente votó por el “no”. Sin embargo, no se conocen los efectos de esta votación, porque el gobierno central asumió la autoridad para decidir sobre asuntos mineros en todo el país.⁶⁴

⁶³ Véase el Decreto 0943 de 2013 expedido por el Ministerio de Minas, que en el artículo 2 establece: “los planes de ordenamiento territorial, planes básicos de ordenamiento territorial o esquemas de ordenamiento territorial de los municipios y distritos, no podrán incluir disposiciones que impliquen un ordenamiento de la actividad minera en el ámbito de su jurisdicción, salvo previa aprobación de las autoridades nacionales”

⁶⁴ La Silla Vacía, La encrucijada del gobierno después del ‘no’ de Piedras, 29 de julio de 2013.

Finalmente, muchos pueblos étnicos –no los u’wa, como se verá abajo-, han visto a la consulta previa como la mejor forma de proteger derechos que consideran vitalmente más importantes, como la autonomía y el territorio. Por eso, el derecho a la “consulta previa” ha ocupado en los últimos años gran parte de la agenda educativa y política de organizaciones que defienden derechos étnicos.

En conclusión, en Colombia hay una crisis del derecho a la participación de diversos sectores, en especial rurales, frente a decisiones sobre desarrollo regional y nacional. La única vía posible para pronunciarse o al menos incidir, en muchos casos, ha resultado ser la consulta previa de pueblos étnicos. Sin embargo, este uso tan frecuente puede acercar al derecho de la consulta previa a un punto de saturación.

4.2.4. Consulta previa: ¿una salvaguarda para otros derechos?

En Colombia, la Corte Constitucional asumió la consulta previa como un derecho en sí mismo con el estatus de fundamental, por lo cual puede ser reivindicado a través de la acción judicial reservada para estos derechos: la acción de tutela. Sin embargo, la Corte también ha desarrollado el argumento de que el derecho a la consulta es un “es un mecanismo necesario e indispensable para asegurar que la realización de estos proyectos no afecte en forma irreversible las formas tradicionales de subsistencia de los grupos étnicos dentro de sus territorios”.⁶⁵

El derecho a la consulta previa tiene entonces un carácter mixto: es un derecho en sí mismo y a la vez un mecanismo necesario para garantizar otros derechos de los pueblos indígenas. El entonces relator de la ONU sobre derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, enfatizó en la conferencia del 10 de abril en la Universidad Diego Portales de Chile, el carácter de “salvaguarda” de la consulta previa. Expresó que este no es un derecho autónomo, sino que está ligado a otros. En particular, que es un “mecanismo que instrumentaliza el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas”.⁶⁶

Los análisis sobre consulta previa deben comprender este carácter doble del derecho y contemplar su conexión con los demás derechos de los pueblos étnicos, en particular los derechos al territorio, la autonomía y libre determinación, y la identidad e integridad cultural. Sin embargo, en Colombia los debates parecen haberse cerrado en la consulta previa y en sus dificultades intrínsecas. Este enfoque conduce a una tendencia a analizar, discutir y regular la consulta previa no en función de su capacidad de garantizar otros derechos, sino en términos procesales y burocráticos.

Como consecuencia, el foco sobre la consulta previa ha relegado la discusión política y jurídica sobre el alcance de los demás derechos, pero muy especialmente, del derecho a la autonomía y

⁶⁵ Corte Constitucional, C-461 de 2009

⁶⁶ Universidad Diego Portales, Seminario Internacional: Convenio 169 y los Derechos de los Pueblos Indígenas, 10 de abril de 2014

libre determinación. Algunos de los síntomas de la “consultivitis” podrían resolverse si el debate gira en torno a la autonomía, que sí requiere, necesariamente decisiones de los pueblos étnicos con niveles mayores de generalidad y abstracción.

La cuestión sobre el nivel de autonomía de los pueblos étnicos en sus territorios, sobre el carácter de autoridades públicas de sus representantes, sobre la firmeza sobre sus decisiones y la posibilidad de discutirse en el mismo plano con otras del nivel central o regional, según el caso, es una de sus finalidades políticas más importantes del movimiento étnico.

El debate de la autonomía en Colombia ha avanzado, otra vez, en sede de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero especialmente sobre jurisdicción especial indígena –la posibilidad de juzgar según sus propias leyes y autoridades–, pero está atrasada con respecto al carácter vinculante de las decisiones de las autoridades indígenas sobre la forma de ordenar y usar sus propios territorios y recursos.

Para Cayetano, la “única forma de respetar la identidad cultural es que los territorios indígenas estén blindados, ahí están las cabeceras de los ríos”, porque “el territorio es el envoltorio natural y cultural de los pueblos”⁶⁷. Solo así, con decisiones *a priori* y generales sobre autonomía territorial, ordenamiento territorial y definición de límites claros para proyectos de aprovechamiento de recursos en territorios étnicos, con base en el respeto a la identidad étnica y cultural se podría, según varios representantes del movimiento indígena, resolver el problema de la consulta previa.

5. Casos emblemáticos

En lo que sigue, presento dos casos contrastantes que resaltan preguntas clave sobre los debates alrededor de los derechos de los pueblos étnicos. El primero es reciente y corto y están involucradas comunidades afrocolombianas. El segundo ha ocupado las décadas de los noventa y del dos mil y es sobre el pueblo indígena u'wa.

5.1. Caso Tumaco, el cogollo y la palma de aceite

Tumaco es un municipio en el extremo suroccidental en Colombia. Es un puerto en el pacífico en una de las zonas más lluviosas y biodiversas del mundo. En Tumaco la población es mayoritariamente afrocolombiana. Por ser puerto y por estar tan alejado en la selva, es un paso casi obligatorio de narcotraficantes y grupos armados ilegales. Allí se realizó en febrero de 2013, una brevísima consulta previa con comunidades afrocolombianas que puso a prueba las siguientes preguntas: ¿debe consultarse una medida impuesta por una emergencia fitosanitaria? Y ¿quién asume los gastos de una consulta previa cuando no es una empresa privada la que promueve la medida?

⁶⁷ Entrevista con Cayetano Torres, indígena Arhuaco, Santa Marta junio de 2013.

Desde los años setenta, ha sido promovido desde el gobierno central el cultivo de palma de aceite a través de, entre otros, subsidios a los pequeños cultivadores. Como esta región es una de las más lluviosas del mundo, no resulta del todo sorprendente que los cultivos sufrieran de una infección causada por un hongo llamado popularmente la pudrición del cogollo, que comenzó a volverse una plaga desde 2004.⁶⁸

En 2011, el Instituto Colombiano Agropecuario encontró que 16 mil de las 35 mil hectáreas sembradas de Palma están afectadas por la plaga. Para evitar que se siguiera propagando, declaró una emergencia sanitaria, en donde exigió que se erradicaran todas las palmas enfermas de manera inmediata, lo cual podía hacerse con medios mecánicos o químicos.⁶⁹

Para poner en funcionamiento la erradicación, el Ministerio de Agricultura firmó en marzo de 2011 un Convenio con la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite (Fedepalma), una entidad privada, para que esta apoyara a los palmicultores en esta labor. El Convenio fue de 6 mil millones de pesos (alrededor de 3 millones de dólares). El Ministerio no le dio a la federación ninguna indicación especial para la erradicación de cultivos en territorios de comunidades negras y esta decidió optar por la que consideró más adecuada y menos costosa: la inyección de un químico llamado Master.

Después de algunos meses en los que los se erradicaron casi 7 mil hectáreas con este método,⁷⁰ los Consejos Comunitarios del Alto Mira y Frontera y del Bajo Mira y Frontera interpusieron una acción de tutela. Consideraron que debió ser consultada con ellos la alternativa de erradicación. El motivo es que estaban notando daños en los demás cultivos, en animales y en su entorno y que, como comunidad afrocolombiana, tenían el derecho a que fueran consultadas colectivamente sobre el método de erradicación. El Tribunal de Pasto les dio la razón.

Sin embargo, este fue uno de los casos que sirvieron de pretexto para la amplificación de voces, incluso del mismo gobierno, en contra de la consulta previa. El Ministro de Agricultura consideró que era “la tapa” una expresión colombiana para decir “el acto más cínico” que se exigiera consulta en este caso, dado que se trataba de una medida de emergencia sanitaria.

Sin embargo, aunque elevó voces en contra, había una decisión judicial en firme que había que cumplir. Hubo entonces una reunión de consulta el día 25 de febrero de 2013 que comenzó a las 10 de la mañana en el coliseo misional de Santa Teresita de Tumaco, convocada por el Ministerio del Interior. Asistieron el ICA, Fedepalma, los Consejos Comunitarios demandantes, el Ministerio de Agricultura, representantes de las Universidades del Valle y de Nariño y los organismos de control locales.

⁶⁸ La Silla Vacía, En Tumaco, ni la palma crece ni la coca se marchita, 13 de abril de 2010.

⁶⁹ Instituto Colombiano Agropecuario, resolución

⁷⁰ Acta de consulta previa, intervención del ICA

Allí, las comunidades presentaron sus pretensiones, que fueron las siguientes: que se erradicara con motosierra y que las comunidades ejecutaran el método ellas mismas; que les dieran las garantías económicas para socializar las implicaciones del uso del químico en todas las comunidades y que un equipo independiente estudiara los efectos de su uso.

Ninguna de las entidades estuvo dispuesta a dar recursos para estas propuestas. Así que, al final, el único punto donde hubo acuerdo fue sobre la forma de erradicación que sería con motosierra.⁷¹ Además, ninguna de las entidades puso un centavo para la realización de la reunión, que fue asumida por los mismos consejos comunitarios.

Al final, frente a la pregunta sobre si deben consultarse medidas impuestas por un estado de emergencia sanitaria, el gobierno y los jueces no estuvieron de acuerdo. El primero consideró que no y el segundo, que la consulta previa es un derecho fundamental que no puede ser limitado ni siquiera en estas situaciones.

Este caso invita a reflexionar sobre situaciones de consulta previa en un contexto temporal más amplio y con algunas consideraciones socioecológicas. Por ejemplo, es pertinente plantear las siguientes preguntas sobre el nivel de respeto y consideración que tiene el gobierno central sobre el bienestar de las comunidades étnicas en general: i. si la pudrición del cogollo estaba presente desde 2004, ¿por qué el gobierno tomó medidas apenas en 2011 y con base en el argumento de “emergencia sanitaria” consideró inadecuado hacer la consulta previa?, ii. ¿hizo el gobierno algún tipo de análisis socioecológico sobre los riesgos de estimular monocultivos de palma en una de las zonas más lluviosas del mundo en vez de darles prioridad a otras alternativas económicas más respetuosas con la biodiversidad y más resilientes? Y iii. ¿hubo algún estudio –o aplicación del principio de precaución- que mostrara la inocuidad ecológica de la aplicación del Master sobre comunidades étnicas?

Finalmente, sobre la pregunta de quién paga la consulta previa por una medida impuesta por el mismo gobierno, no hay consenso. En otras palabras, el costo de garantizar el derecho de participación no quiere ser asumido por ninguna entidad del Estado y no se trata de un monto muy alto. Son apenas 150 mil dólares en este caso.

5.2. U'wa: el `no' a la consulta previa

El pueblo u'wa tiene la historia de consulta previa tal vez más emblemática del país. El petróleo bajo su territorio quiso ser sacado primero por una empresa multinacional, la Occidental de Colombia (Oxy), que desistió, y luego por la empresa colombiana de petróleos, Ecopetrol. Este fue el primer caso de explotación de recursos naturales en territorios étnicos en Colombia que le dio la vuelta al mundo y sobre el que falló la Corte Constitucional sobre consulta previa.

⁷¹ Ministerio del Interior, Acta de consulta previa en cumplimiento de la Sentencia 2012-00067-00(577-01) del Tribunal Superior de Pasto, Programa de Erradicación de cultivos de Palma de Aceite afectados por la enfermedad “pudrición del cogollo” en el municipio de Tumaco, departamento de Nariño, 25 de febrero de 2013

Además, puso a prueba la situación en donde los indígenas plantean la posición más radical: no ir a la consulta previa, mientras la mayoría de pueblos han encontrado la consulta previa como un mecanismo si no idóneo, al menos muy útil para defender sus derechos.

El 10 y 11 de enero de 1995, hubo una reunión de consulta sobre la licencia ambiental para la exploración petrolera entre los indígenas, el gobierno y la Oxy. Al final, acordaron volverse a reunir en febrero. Pero antes de que esto ocurriera, el gobierno otorgó el permiso.

Entonces, el pueblo u'wa se convirtió en pionero en la movilización jurídica y política, nacional e internacional del movimiento indígena en Colombia. Consideraron que el proyecto extraería la sangre de la tierra y se opusieron incluso hasta advertir el suicidio colectivo.

El caso pasó por dos de las más altas Cortes del país, dio lugar a la primera sentencia de la Corte Constitucional sobre consulta previa y llegó a las manos de una comisión entre la OEA y Harvard, que recomendó, entre otras medidas, la ampliación del resguardo, que el gobierno realizó –pasó de tener 69 mil a 220 mil hectáreas-, y la consulta previa de exploraciones y explotaciones no solo en territorio titulado, sino el que ocupan los indígenas.

En medio de la presión por sacar el crudo, del cual, según el gobierno dependía la autosuficiencia petrolera en el país y la radical posición de los indígenas, el gobierno formuló el Decreto 1320 de 1998, mencionado arriba. Finalmente, inició las perforaciones exploratorias en un punto cercano, pero por fuera del resguardo ampliado.

La prensa colombiana celebró el hecho con entusiasmo, pero la causa de los u'wa logró protestas en Estados Unidos, Suiza, Holanda, Japón, México, Israel y República Checa; un aviso en el New York Times y la simpatía de una representante a la Cámara en Estados Unidos, Cynthia MacKinney. Incluso, puso en aprietos al candidato Al Gore por tener acciones en la empresa. En el lugar de la exploración, se reunieron en paro miles de indígenas y campesinos, incluso de otras regiones. Como telón de fondo, estaba la guerrilla que minó parte de los territorios a los que entraría la maquinaria que, luego de todas las dificultades pudo comenzar a perforar. Sin embargo, no encontró nada de petróleo.

La Occidental se fue del país e ingresó a la escena Ecopetrol, que encontró importantes reservas de gas condensado. Tenía el propósito de explorar bloques petroleros que se traslapaban con el resguardo u'wa.

La empresa y el gobierno comenzaron a convocar a los indígenas para una consulta previa que se destacó por varias buenas prácticas: buscó veedurías y acompañantes externos, invitó a los indígenas con mucha antelación a las reuniones y se mostró dispuestos a aplazar las fechas cuando ellos lo exigían por razones culturales.

Entre los indígenas u'wa había dos grupos. Uno aceptó ir a la consulta previa, asistió a la reunión de apertura y participó en el diseño de la metodología. Al final, sin embargo, expresó su posición: "que nos dejen de molestar".⁷²

El otro sector, más tradicional y con su cultura y lenguas más arraigadas, organizado en Aso'wa, desde el principio consideró a la consulta previa como una trampa. Para ellos:

ACEPTAR LA CONSULTA PREVIA, es aceptar previamente la ejecución del proyecto, es consentir, es admitir y es desmayar en nuestras pretensiones, lo que chocaría directamente con el posicionamiento que entregamos oficialmente al gobierno nacional, y a la comunidad nacional e internacional el 10 de enero de 1995 en la ciudad de Arauca.⁷³

Después de aplazar varias veces una reunión con el gobierno, aceptó realizarla. Allí presentó un documento apoyado por la profesora de la Universidad de Standford Terry Karl, en el que justificaba por qué no debía realizarse la explotación con razones de economía política sobre los impactos de un proyecto petrolero en países con conflicto armado interno. Los u'wa expresaron que no irían a la consulta previa.

El gobierno consideró inapropiado que los indígenas renunciaran a un derecho fundamental. Entonces, le pidió un concepto al Consejo de Estado, tribunal que cuenta con una sala que responde al gobierno o a particulares consultas jurídicas, sobre cómo proceder. Le explicó que había respetado todas las garantías procedimentales y le anexó todas las convocatorias que había hecho, que eran alrededor de 20. El Consejo de Estado se pronunció finalmente así:

en relación con el procedimiento en sí mismo, no es necesario ningún trámite adicional para dar inicio al proyecto petrolero de exploración sísmica de interés general en las áreas de los resguardos indígenas (...) La no existencia de acuerdo entre el Gobierno y las comunidades afectadas o la renuencia injustificada de éstas a participar en el proceso de consulta previa, no afectan la legalidad de la iniciación del proyecto petrolero, siempre y cuando, como ya se dijo, su análisis ambiental se ajuste teniendo en cuenta, en cuanto sean razonables, las observaciones y objeciones formuladas por las comunidades afectadas.⁷⁴

El gobierno dio entonces por agotados todos los procedimientos para realizar la consulta previa con el pueblo u'wa. Hasta ahora, ha otorgado licencias para exploraciones en zonas por fuera del resguardo, que los indígenas consideran sitios sagrados. Ellos han continuado con actos de movilización, pero sin el incondicional eco de la prensa de la década antepasada.

⁷² Acta de protocolización del proceso de consulta a las comunidades U'wa del departamento de Arauca del área de influencia del proyecto de exploración sísmica Bloque Catleya de Ecopetrol, 7 de febrero de 2005.

⁷³ Aso'wa, Posición oficial del pueblo U'wa frente al tema de la consulta previa dentro del proyecto de exploración petrolera Sirirí, 2 de mayo de 2005

⁷⁴ Decisión del Consejo de Estado de la República de Colombia, a través del concepto 1.708 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, del 02 de febrero de 2006

El caso u'wa, para efectos de este texto, es interesante porque plantea la siguiente tensión: ¿qué pasa cuando el gobierno cumple con muchas de las garantías de tipo procedimental de la consulta previa, pero el pueblo, por aspectos de su cosmovisión, definitivamente se niega a participar en la consulta y a aceptar el proyecto? Puesto en forma más abstracta y separando temas: ¿es la consulta previa una obligación para los pueblos indígenas?, ¿es la consulta previa una imposición de occidente a los pueblos indígenas?, ¿es la consulta previa una obligación del gobierno de medio y no de resultados? y ¿se agota con la verificación de garantías procesales?

Muchos de los estudios sobre consulta previa buscan casos “exitosos” para extraer buenas prácticas. De estas, hay muchas basadas en la buena fe, en la disposición de diálogo, en el financiamiento de condiciones de igualdad, en la presencia de traductores y simetría entre las partes. Las discusiones en el plano de garantías procedimentales se resuelven con acuerdos sobre cronogramas, reglas de juego, acuerdos sobre los interlocutores etc. Sin embargo, el caso u'wa muestra que, aunque se cumplan estas garantías, el problema de fondo sobre visiones distintas de desarrollo, no se resuelve necesariamente a través de la consulta previa. Para ellos, lo que realmente importa es su derecho “preexistente” a decidir sobre su territorio y sobre su destino.

6. Conclusiones

La experiencia colombiana de consulta previa tiene algunos ingredientes distintos a las de otros países de América Latina: la institucionalización normativa temprana de este derecho, reconocido formalmente en 1991 a través de la Constitución y la adopción del Convenio 169, e invocado, fallado e implementado poco a poco en los años siguientes. Se trata de al menos dos décadas de debates internos, incorporación de estándares internacionales y de experiencias de consulta previa lleva Colombia desde entonces.

El movimiento indígena, aunque representa a una población bastante pequeña en números, pero a 102 pueblos distintos, supo aprovechar en su favor la ola del nuevo constitucionalismo en Colombia. El movimiento afro se sumó después y el campesino de forma muy tangencial. Los indígenas participaron e incidieron en la constituyente, estuvieron dispuestos a someter sus casos ante la justicia constitucional y se apropiaron de los argumentos jurídicos de la Corte Constitucional y de las instancias internacionales.

La Corte, además, sacó por completo de discusión si la consulta previa es un derecho obligatorio o no. Los actores lo reconocen como tal y saben que probablemente serán sancionados si no lo cumplen. La consecuencia es que hoy, en Colombia, el número de consultas previas ha aumentado vertiginosamente en los últimos años.

Con todo, ningún gobierno desde la Constitución ha asumido el derecho a la consulta previa de manera proactiva. Al contrario, ha actuado solo en cumplimiento de decisiones de la Corte Constitucional. Casi siempre, con poca voluntad política y no ha hecho reformas institucionales profundas para fortalecer las instituciones y funcionarios con respecto a los derechos étnicos. Por

el contrario, ha sostenido que el problema radica en la ausencia de normas, para lo cual ha emitido algunas –sin consultar- para agilizar su procedimiento, también de forma reactiva, pero no frente a la Corte, sino como respuesta al malestar de otros actores privados.

La eficacia de la invocación del derecho a la consulta previa para dejar sin piso leyes o para retrasar, suspender o anular proyectos ha opacado otros debates de reivindicaciones sobre participación ciudadana, descentralización de decisiones del gobierno sobre recursos naturales y autonomía de pueblos étnicos en sus territorios.

El altísimo número de consultas que se realizan excluye de la discusión los temas de fondo sobre el desarrollo y se concentra solamente en las etapas finales del diseño, contratación y aprobación de las normas y proyectos. Del lado de los pueblos indígenas, esto implica un desgaste que ha invadido sus propios espacios culturales.

El costo político de la Corte Constitucional, para defender la consulta previa ante una sociedad apática con este derecho, y un gobierno y un sector empresarial que lo culpan de obstaculizar el desarrollo, es cada vez más alto.

La consulta previa parece entonces estar llegando a un punto de saturación. La crisis del derecho a la participación se evidencia en múltiples manifestaciones sociales, entre ellas no solo étnicas, sino también campesinas y de estudiantes, por ejemplo. Tal vez sea necesario mantener la atención sobre la importancia del derecho a la consulta previa, pero comprender su carácter de mecanismo para garantizar otros derechos como la autonomía y los territoriales. Además, es urgente fortalecer otros debates sobre participación ciudadana en recursos naturales, biodiversidad, agua, planificación regional y ordenamiento territorial, y lograr con sinceridad consensos amplios sobre modelos de desarrollo y derecho a la autonomía de pueblos étnicos en sus territorios.

Bibliografía

- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 2007. *Colombia, una nación multicultural: su diversidad étnica*.
- Gómez Baos. 2010. *Pueblo Rrom – Gitano- de Colombia: Haciendo camino al andar*. Departamento Nacional de Planeación
- López, Diego. 2012. *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis
- ONIC. 2010. *Palabra dulce, aire de vida*. Bogotá
- ODR. 2009a. “Raza y Derechos Humanos.” Bogotá: Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes
- ODR. 2009b. “El derecho a no ser discriminados”. Bogotá: Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Universidad de los Andes
- Rodríguez Garavito, César, Meghan Morris, Natalia Orduz y Paula Buriticá. 2010. “La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional”. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz Salinas. 2010. “La paradoja de la consulta previa en Colombia”. Aportes DPLF, No. 14.
- Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz Salinas. 2012a. “Adiós Río. La disputa por la tierra, el agua y los derechos indígenas en torno a la represa de Urrá”. Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz Salinas. 2012b. *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez César. 2012. *Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez César y Natalia Orduz. 2012. *La consulta previa: dilemas y soluciones*. Bogotá: Dejusticia
- Sánchez, Beatriz Eugenia. 2001. El reto del multiculturalismo jurídico: la justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena. En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo II. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Sánchez León, Nelson Camilo y Natalia Orduz. 2012. *La restitución de derechos territoriales de pueblos indígenas. Módulo de autoformación*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa y Escuela Judicial.
- Universidad Sergio Arboleda e Instituto de Hidrocarburos, Minas y Energía –IHME. S.f. *Elementos para la formulación de una política pública en materia de consulta previa en Colombia*.